

Міністерство освіти і науки України  
Державний вищий навчальний заклад  
“Ужгородський національний університет”

**Марія Менджул**

**ПРИНЦИПИ  
СІМЕЙНОГО ПРАВА  
(СУТНІСТЬ ТА ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ)**

Монографія

Ужгород  
Видавництво Олександри Гаркуші

2019

Монографія є комплексним дослідженням сутності та проблем застосування принципів сімейного права. Висвітлено основні концепції щодо розуміння поняття та ознак принципів сімейного права. Досліджено види принципів сімейного права, а також їх місце в системі правових принципів.

Особливу увагу приділено аналізу способів фіксації та особливостей застосування принципів сімейного права в Україні, США, Канаді та державах ЄС. Проаналізовано досвід ЄС щодо проведення уніфікації принципів сімейного права.

Досліджено значення принципу рівності у регулюванні сімейних відносин, висвітлено сутнісні особливості окремих принципів сімейного права у сфері охорони шлюбу та сім'ї (державної охорони сім'ї, недопустимості втручання у сімейне життя, добровільності укладення шлюбу, найкращих інтересів дитини та інших), а також надано пропозиції щодо удосконалення законодавства України.

Монографія розрахована на науковців, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих навчальних закладів, юристів-практиків, а також читачів, яких цікавлять проблеми сімейного права.

**Рецензенти:**

**Давидова Н.О.**, доктор юридичних наук, професор кафедри права Київського національного лінгвістичного університету

**Надьон В.В.**, доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права № 2 Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого

**Сафончик О. І.**, доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Національного університету “Одеська юридична академія”

*Рекомендовано до друку рішенням Вченої ради  
ДВНЗ “Ужгородський національний університет”  
(протокол № 11 від 12.11.2019 року)*

**З М І С Т**

Перелік умовних скорочень .....	5
Передмова .....	7

Розділ 1.

**Теоретико-методологічний аналіз сутності  
принципів сімейного права**

1.1. Поняття, ознаки та функції принципів сімейного права .....	9
1.2. Система принципів сімейного права та їх класифікація .....	29
1.3. Місце принципів сімейного права в системі правових принципів .....	43

Розділ 2.

**Розвиток принципів сімейного права у праві України, ЄС,  
Великобританії, Канади та США**

2.1. Способи фіксації принципів сімейного права у писаному праві .....	72
2.2. Особливості застосування принципів сімейного права .....	115
2.3. Уніфікація як спосіб створення принципів сімейного права ЄС .....	148
2.4. Проблеми імплементації європейських принципів сімейного права у національне законодавство України .....	188

Розділ 3.

**Рівність як фундаментальний принцип  
регулювання сімейних відносин**

3.1. Концептуальні засади рівності у регулюванні сімейних відносин .....	206
3.2. Принцип рівності та інститут шлюбу .....	234
3.3. Дія принципу рівності у особистих немайнових та майнових відносинах подружжя .....	272

Розділ 4.

**Проблеми застосування принципів сімейного права  
у сфері охорони шлюбу та сім'ї**

4.1. Змістовна характеристика принципу державної охорони сім'ї .....	306
4.2. Проблемні аспекти застосування принципу недопустимості втручання у сімейне життя .....	326
4.3. Значення принципу добровільності шлюбу .....	343
4.4. Теоретичні та практичні проблеми дії принципу найкращих інтересів дитини .....	360
4.5. Застосування інших принципів сімейного права у сфері охорони шлюбу та сім'ї .....	392
Додатки .....	412

**ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ**

<b>АРЄ</b>	– Арабська Республіка Єгипет
<b>ВС</b>	– Верховний Суд
<b>ВС України</b>	– Верховний Суд України
<b>ВРУ</b>	– Верховна Рада України
<b>ВПО</b>	– внутрішньо переміщена особа
<b>ДРТ</b>	– допоміжні репродуктивні технології
<b>КУ</b>	– Конституція України
<b>ЄС</b>	– Європейський Союз
<b>ЄСПЛ</b>	– Європейський суд з прав людини
<b>КМУ</b>	– Кабінет Міністрів України
<b>Конвенція</b>	– Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р.
<b>КСУ</b>	– Конституційний Суд України
<b>КпШС</b>	– Кодекс про шлюб та сім'ю
<b>МОЗ</b>	– Міністерство охорони здоров'я
<b>МОП</b>	– Міжнародна організація праці
<b>НЦУ</b>	– Німецьке цивільне укладення
<b>ОБСЄ</b>	– Організація з безпеки і співробітництва в Європі
<b>п.</b>	– пункт
<b>РФ</b>	– Російська Федерація
<b>СК України</b>	– Сімейний кодекс України
<b>СК</b>	– Сімейний кодекс
<b>ст.</b>	– стаття
<b>США</b>	– Сполучені Штати Америки
<b>ЦК України</b>	– Цивільний кодекс України
<b>ЦК</b>	– Цивільний кодекс

**ЦПК України**

**Угода про асоціацію**

**ч.**

**ООН**

**ОАЕ**

**CEFL**

- Цивільний процесуальний кодекс України
- Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27.06.2014
- частина
- Організація Об'єднаних Націй
- Об'єднані Арабські Емірати
- Комісія з європейського сімейного права

## ПЕРЕДМОВА

Принципи сімейного права є фундаментальними засадами правового регулювання сімейних відносин, які визначають напрями розвитку сімейного права, а також відображають культурний та моральний рівень суспільного розвитку. Незважаючи на це, в українській юридичній науці не достатньо уваги приділено з'ясуванню сутнісних ознак принципів сімейного права та дослідженню проблем їх застосування у порівняльно-правовому аспекті.

Теоретичним підґрунтям монографії стали наукові дослідження загальнотеоретичних положень принципів права загалом як закордонних (Бін Ченг, М.К. Бассіуні, А. Гуїдо, К. Воїгт, Ч. Котуби, Й. Рац, Р.Б. Шлезінгер та інші), так і українських (М.Г. Братасюк, О.Л. Богиніч, О.В. Зайчук, Г.С. Журавльова, М.І. Козюбра, А.М. Колодій, О.О. Мережко, С.П. Погребняк, М.В. Савчин, О.Д. Тихомиров, С.В. Шевчук, О.О. Уварова та ін.) вчених, ґрунтовні дослідження принципів приватного права та їх дії в рамках окремих цивільно-правових інститутів (А.Ю. Бабаскін, О.В. Басай, С.М. Бервено, В.І. Борисова, С.Б. Булеца, І.В. Венедіктова, М.К. Галянтич, А.Б. Гриняк, К.В. Гусаров, О.В. Дзера, І.В. Діковська, А.С. Довгерт, Ю.М. Жорнокуй, Ж.В. Завальна, Ю.О. Заїка, І.С. Канзафарова, І.Р. Калаур, О.Р. Кібенко, В.М. Коссак, О.О. Кот, О.В. Кохановська, Н.С. Кузнецова, В.А. Кройтор, В.В. Луць, Р.А. Майданик, Є.О. Мічурін, В.В. Надьон, М.Д. Пленюк, В.Д. Примак, Ю.Д. Притика, І.Й. Пучковська, І.Я. Сенюта, В.О. Серьогін, Т.Л. Сироїд, І.В. Спасибо-Фатєєва, О.В. Синегубов, С.О. Сліпченко, Р.О. Стефанчук, О.А. Устименко, С.Я. Фурса, Є.О. Харитонов, О.І. Харитонova, Я.М. Шевченко, С.І. Шимон, Р.Б. Шишка, Н.В. Федорченко, В.Л. Яроцький та інші), а також наукові праці присвячені аналізу принципів сімейного права (таких вчених як М.В. Антокольська, Е. Барлоу, Т.В. Боднар, К. Боеле-Вулке, В.А. Ватрас, І.В. Жилінкова, В.Я. Калакур, Л.В. Красицька, Б.К. Левківський, С.М. Лепех, Д. Мартіні, Н. Лоу, В. Пінтенс, О.В. Розгон, З.В. Ромовська, О.І. Сафончик, Ф. Свеннен, Д. Шваб, Н.С. Шерстнева, М. Рот, В.І. Труба, Ф. Ферран, В.М. Чернега, Ю.С. Червоний, О.А. Явор та інші).

Монографія є спробою комплексного аналізу поняття, ознак, системи принципів сімейного права, а також проблем їх застосування в Україні, державах ЄС, США та Канаді.

Структурно монографія містить чотири розділи. У першому розділі, “Теоретико-методологічний аналіз сутності принципів сімейного права”, розкрито поняття, сутнісні ознаки та функції принципів сімейного права. У другому розділі детально досліджено проблеми розвитку принципів сімейного права у праві України, ЄС, Великобританії, Канади та США, особливості фіксації та застосування принципів сімейного права, встановлено проблеми імплементації європейських принципів сімейного права до права України.

Третій та четвертий розділи присвячені аналізу проблем застосування принципів сімейного права. Так, у третьому розділі розкрито значення принципу рівності у регулюванні шлюбних відносин, а також його дію у особистих немайнових та майнових відносинах подружжя як в Україні, так і зарубіжних державах. Четвертий розділ монографії розкриває проблеми дії окремих принципів сімейного права, у тому числі принципу державної охорони сім’ї, принципу недопустимості втручання у сімейне життя, принципу добровільності шлюбу, принципу найкращих інтересів дитини та інших принципів. У монографії запропоновано конкретні пропозиції з удосконалення законодавства України, в тому числі із врахуванням досвіду ЄС та інших зарубіжних держав.

## РОЗДІЛ 1.

### ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АНАЛІЗ СУТНОСТІ ПРИНЦИПІВ СІМЕЙНОГО ПРАВА

#### 1.1. Поняття, ознаки та функції принципів сімейного права

Принципи сімейного права відображають досвід розвитку як суспільних відносин, так і права в цілому, і водночас вони визначають напрями розвитку правового регулювання сімейних відносин. За своєю сутністю принципи дзеркально зображують вплив на сімейне право моралі, релігії і навіть культурний та економічний розвиток в суспільстві. При цьому дослідження проблем дії принципів сімейного права є доволі складним. Саме тому для ґрунтовного аналізу поняття та ознак принципів сімейного права, необхідно з’ясувати поняття сімейного права та принципів права загалом.

Сімейне право є частиною приватного права і щодо цього ні в кого не виникає сумнівів, незважаючи на те, що у сімейному праві при переважанні приватноправових норм присутні і публічно-правові норми. Дискусія триває вже не одне десятиліття з приводу співвідношення цивільного та сімейного права: чи є сімейне право підгалуззю цивільного права, чи самостійною галуззю права?

Одні вчені (Т. Боднар, Є. Ворожейкін, К. Глиняна, В. Гопанчук, Л. Красицька, Г. Матвеев, З. Ромовська, В. Рясенцев, Ю. Толстой, В. Труба, Ю. Червоний, В. Яковлев та інші) вважають, що предмет та метод сімейного права має достатньо особливостей, які зумовлюють його самостійність як галузі права. Серед ґрунтовних аргументів щодо специфіки предмету сімейного права вчені наводять: особливий склад суб’єктів сімейних відносин; специфічні юридичні факти, що зумовлюють виникнення, зміну та припинення сімейних відносин; відносно довгу тривалість переважної більшості сімейних відносин, їх особисто-довірчий та безоплатний характер; переважання особистих немайнових відносин над майновими і похідний характер остан-

ніх; індивідуалізацію учасників сімейних відносин та недопустимість представництва тощо).<sup>1</sup>

Інші науковці (підтримують такі вчені: Ч. Азімов, М. Антокольська, В. Борисова, М. Дякович, І. Жилінкова, Р. Майданик, Є. Харитонов та ін.) обґрунтовують, що сімейне право є підгалуззю цивільного права. При цьому вчені зауважують, що незважаючи на особливості предмету сімейного права, воно все ж є частиною предмету цивільного права, оскільки регулюванню підлягають майнові та особисті немайнові відносини на засадах рівності та майнової самостійності.<sup>2</sup> І. Жилінкова зауважує, що у дореволюційній цивілістиці питання про самостійність сімейного права взагалі не виникало і його розглядали як інститут цивільного права.<sup>3</sup> При цьому слід враховувати, що до ХХ ст. держава обмежено регулювала сімейні відносини за допомогою права і це була прерогатива релігійних та моральних норм.

Щодо методу сімейного права, то вчені розглядають його як “комплексний”<sup>4</sup>, “з переважанням диспозитивних засад”<sup>5</sup> і навіть “імперативно-дозволювальний”<sup>6</sup>. Із останнім підходом ми не можемо погодитися, оскільки незважаючи на присутність імперативності

<sup>1</sup> Боднар Т. Сімейне право в системі права України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 130-131; Красицька Л.В. Співвідношення сімейного та цивільного права. Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від Дня народження академіка Ярослави Миколаївни Шевченко); за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Київ: АртЕк, 2017. С. 179-181; Ромовська З.В. Українське сімейне право: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. С. 20-21; Сімейне право України: підручник / за ред. С.Б. Булеци, В.Г. Фазикоша. Київ: Знання, 2015. С. 21-24; Сімейне право України: підручник / за ред. Ю.С. Червоного. Київ: Істина, 2004. С. 9-20.

<sup>2</sup> Сімейне право України: підручник / за заг. ред. В.І. Борисової та І.В. Жилінкової. 2-е вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 20-23.

<sup>3</sup> Жилінкова І. Сімейне право: галузевий суверенітет чи десоверенізація? *Вісник Академії правових наук України*. 2001. №3 (26). Харків: Право, 2001. С. 148.

<sup>4</sup> Боднар Т. Сімейне право в системі права України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 132.

<sup>5</sup> Красицька Л.В. Співвідношення сімейного та цивільного права. Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від Дня народження академіка Ярослави Миколаївни Шевченко); за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Київ: АртЕк, 2017. С. 183.

<sup>6</sup> Сімейне право України: підручник / за ред. Ю.С. Червоного. Київ: Істина, 2004. С. 23.

у методі сімейного права, переважають все ж таки диспозитивні засади, в тому числі і через природну належність сімейного права до приватного права.

З приводу субсидіарного регулювання сімейних відносин цивільним законодавством (згідно ст. 8 СК України), то і тут позиції вчених різняться, оскільки на думку одних, – це впливає із положень Цивільного та Сімейного кодексів.<sup>1</sup> На думку інших, – це зумовлено тим, що Цивільний кодекс містить загальні засади, а Сімейний кодекс – “окреме законодавче поле регулювання”.<sup>2</sup> Є. Харитонов зазначає, що має бути спеціальний підхід до застосування норм СК України, який враховує загальне правове регулювання становища приватної особи, із урахуванням норм ЦК України, а також особливості морально-етичних переконань щодо сутності та значення шлюбу і сім’ї.<sup>3</sup>

Таким чином, сімейне право є підгалуззю приватного права, що на сутнісному рівні тісно пов’язано із цивільним правом і є системою правових норм, які на основі рівності, справедливості та інших засадах регулює особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, партнерами у фактичному союзі, усиновителями та усиновленими, дітьми без батьківського піклування і особами, що їх виховують, іншими членами сім’ї та родичами.

Дослідивши поняття сімейного права, необхідно перейти до ґрунтованого аналізу принципів права.

Принципи права є досить багатограним явищем, пов’язаним з мораллю, філософією, соціологією і взагалі буттям людини. Термін “принцип” (з латинського слова “principium” – начало, основа) часто вживається у таких значеннях: 1) основні засади, вихідні ідеї, які є універсальними та мають загальну значущість, характеризуються вищою імперативністю і відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внутрішнього і міжнародного права, політичної,

<sup>1</sup> Боднар Т. Сімейне право в системі права України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 132.

<sup>2</sup> Ромовська З.В. Українське сімейне право: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. С. 20-21.

<sup>3</sup> Сімейне право України: навч. посіб. / за ред. Є.О. Харитонова. Київ: Істина, 2008. С. 6-7.



державної чи громадської організації (гуманізм, законність, справедливість, рівність громадян перед законом тощо); 2) внутрішнє переконання людини, що визначає її ставлення до дійсності, суспільних ідей та діяльності<sup>1</sup>; 3) методи мислення<sup>2</sup>.

Цінним є дослідження принципів права Гоббса, який розглядав основоположні принципи як втілення основних законів природи.<sup>3</sup> Згодом Штейн і Шенд обґрунтували, що в основі принципів лежать головні цінності.<sup>4</sup> Погляди сучасних вітчизняних науковців на розуміння поняття принципів права різняться.

Ряд вчених при аналізі принципів права вважають, що вони є певними ідеями. Зокрема, О.В. Зайчука вважає, що: “принципи права – це вихідні, визначальні ідеї, положення, установки, які складають моральну та організаційну основу виникнення, розвитку і функціонування права”.<sup>5</sup> А.М. Колодій зазначає, що: “принципи права – це такі відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності, підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права та утворюють його основні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальнозначимістю, відповідають об’єктивній необхідності побудови та зміцнення певного суспільного ладу”.<sup>6</sup> М.Г. Братасюк вважає, що принципи права – це “універсальні, фундаментальні, базові положення, ідеї, які відображають глибинні засади людського буття, загальні зв’язки, утворені учасниками правовідносин унаслідок суспільної взаємодії, та слугу-

<sup>1</sup> Зайчук О.В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 22.

<sup>2</sup> John Dewey. Logical Method and Law. *Cornell Law Review*. Volume 10. Issue 1. December 1924. P. 27. URL: <https://pdfs.semanticscholar.org/fac2/3c601fc95bbad1243f1f162323657619ed01.pdf>

<sup>3</sup> Charles Covell. Hobbes, Realism and the Tradition of International Law. 2004. P. 11.

<sup>4</sup> Alpa Guido. General Principles of Law. *Annual Survey of International & Comparative Law*. 1994. Vol. 1. Iss. 1, Article 2. P. 6-7. URL: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol1/iss1/2>

<sup>5</sup> Зайчук О.В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 23.

<sup>6</sup> Колодій А.М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 43.

ють фундаментом правового розвитку”<sup>1</sup>. Принципи права, на думку О.В. Старчук, “такі засадничі ідеї права, які визначають зміст і спрямованість його норм та характеризуються системністю, взаємоузгодженістю, загальнообов’язковістю, універсальністю, стабільністю, предметною визначеністю, загальнозначущістю й регулятивністю”<sup>2</sup>. В основі принципу права завжди певна ідея, яка, на думку С.П. Погребняка демонструє, що принципи є інтелектуально-духовними засадами права.<sup>3</sup> На думку Чан Бінь Лінь: “принципи права – це згустки правової матерії, в яких сконцентровано відправні ідеї права, що відображають нормативну необхідність, мають універсальний характер, спрямовані на організацію правового буття і виступають трансляторами правової традиції”.<sup>4</sup> Таким чином, науковці переважно обґрунтовують, що принципи є певними фундаментальними ідеями, що відображають сутність права та засади людського буття.

Інші науковці розглядають принципи права крізь призму цінностей і це доволі поширена позиція. Так, В.В. Колесніченко обґрунтовує: “принципи права – це основні засади формування, розвитку і функціонування права, що відбивають сутність і призначення права, концентровано виражають важливі риси, властиві даній правовій системі, які втілюють у собі найважливіші ціннісні орієнтири суспільства і визначають конкретний зміст і загальну концептуальну спрямованість правового регулювання суспільних відносин”<sup>5</sup>.

Аксіологічний підхід до дослідження принципів обґрунтовує і саму цінність правових принципів та аналізує зв’язок принципів права і загальнолюдських та інших цінностей. Насамперед йдеться про

<sup>1</sup> Братасюк М.Г. Співвідношення загальних принципів та норм права в основних типах право розуміння. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2016. № 1 (11). С. 69.

<sup>2</sup> Старчук О.В. Щодо поняття принципів права. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 42.

<sup>3</sup> Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. Харків. 2008. С. 25.

<sup>4</sup> Чан Бінь Лінь. Принципи права Китайської Народної Республіки : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Одеса, 2017. С. 5.

<sup>5</sup> Колесніченко В.В. Принципи права Європейського Союзу: загальнотеоретичне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Одеса, 2010. С. 7.

справедливість, яка відображає нерозривний зв'язок між правом та мораллю, є основою права, і без неї право не було б правом, і відповідно принципи права так само втратили б своє значення. Відображенням справедливості є категорії рівності, свободи та гуманізму. Ці цінності нерозривно пов'язані із категорією людської гідності і визначають систему захисту прав людини. У принципах права проявляється така властивість права як міра свободи та справедливості.

До правових цінностей, як правило, відносять правові норми та інститути, юридичні конструкції, правові презумпції, правові аксіоми тощо. При такому розумінні правові цінності є ширшим поняттям за принципи права, і охоплюють їх. Тобто принципи права є правовою цінністю, і водночас побудовані на загальнолюдських цінностях справедливості, рівності, свободи, гуманізму тощо.

Менш поширеною є позиція про розгляд сутності принципів права через взаємозв'язок з нормами права. Зокрема, Л.В. Козловська обґрунтовує, що принцип права є вихідною засадою при створенні норм права, які становлять інститут, підгалузь чи галузь права, а також при їх тлумаченні та правозастосуванні.<sup>1</sup> Альпа Гвідо вважає, що "принципи – це норми в справжньому розумінні, і тому їх повинні дотримуватися всі, зокрема, ті, хто інституційно тлумачить закони".<sup>2</sup> Бахновська І.П. обґрунтовує, що принципи права мають дуалістичну природу, оскільки є одночасно і змістом, і джерелом права, і відповідно самостійним елементом правової системи.

Незважаючи на важливість принципів права, через поширення позитивізму у правозастосуванні надають перевагу нормам права. Більше того, через ототожнення багатьма правниками права та закону, якщо і визнаються та застосовуються принципи, то тільки ті, що закріплені у правовій нормі. З цим ми абсолютно не погоджуємося і вважаємо, що принципи права є самостійним джерелом права

<sup>1</sup> Козловська Л.В. Функціональне значення принципів спадкового права. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2014. Вип. 6-1. Том 1. С. 167.

<sup>2</sup> Alpa Guido. *General Principles of Law. Annual Survey of International & Comparative Law*. 1994. Vol. 1.: Iss. 1, Article 2. P. 17. URL: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol1/iss1/2>

і підлягають застосуванню не залежно від того, чи закріплені вони в об'єктивному праві. При здійсненні доктринального дослідження принципів сімейного права, безперечно, необхідно застосувати комплексний методологічний підхід до аналізу як позитивіських, так і природноправових концепцій.

Принципи права розглядають також як узагальнення правоположень практики, що склалася, та які не досягають позитивізації на рівні правовстановлення, зберігаються у своїй якості, є своєрідною "з'єднувальною ланкою" між об'єктивним та суб'єктивним правом, і які дозволяють праву гнучко розвиватись та виконувати свої соціальні функції та призначення.<sup>1</sup> Йозеф Рац зауважує, що принципи права є нечіткими, невиразними, у зв'язку з цими суди стикаються з проблемами при їх застосуванні. З іншого боку, це створює умови для судового розсуду. Якщо норми закону значно звужують судовий розсуд, то принципи права, навпаки, його розширюють. Обсяг розсуду фактично збільшується вдвічі, оскільки суд має визначити не лише відносну важливість принципів, але й важливість відносно кожного принципу, який він застосує чи не застосує в конкретних випадках.<sup>2</sup> О. Юхимюк вважає, що принципи права надають певну сферу свободи судді, оскільки не встановлюють конкретне рішення, а надають аргументацію для його прийняття.<sup>3</sup> Можна погодитися із вказаними позиціями, оскільки при застосуванні принципів права під час вирішення конкретної справи найбільш виразно проявляється суддівський розсуд та суб'єктивна творчість судді у процесі тлумачення принципів права. Таким чином, принципи права розширюють судовий розсуд, і водночас спрямовують його та обмежують категорією справедливості.

При аналізі епістемологічної природи принципів права, М. Козюбра зауважує, що поширений в науці погляд, що принципи права є результатом осмислення об'єктивних закономірностей розвитку сус-

<sup>1</sup> Гумега О.В. Реалізація цивільно-правових принципів у процесі захисту прав інтелектуальної власності : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ. 2018. С. 36.

<sup>2</sup> Joseph Raz. *Legal Principles and the Limits of Law*. *Yale Law Journal*. 1972. Vol. 81. Issue 5. P. 846. URL: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol81/iss5/2>

<sup>3</sup> Юхимюк Ольга. Роль загальних принципів права у здійсненні судочинства в міжнародному праві. *Лідпріємицтво, господарство і право*. 2017. № 3. С. 222.



пільства є результатом тривалого панування у теорії та філософії права уявлення про необмежені можливості людського розуму в пізнанні світу. Виключно науково-пізнавальний підхід до характеристики права та його принципів далеко не завжди спроможний пояснити як їх онтологічну складність, так і епістемологічну природу принципів права.<sup>1</sup> Безумовно, ми погоджуємося, що зв'язок принципів права та науки – досить складне питання. Представники аналітичної юриспруденції пропонують розглядати право виключно через наукові критерії (раціональність, об'єктивність, верифікованість, істинність). На нашу думку, дослідити та зрозуміти право, а тим більше принципи права, можна тільки за допомогою комплексного методологічного підходу.

З позиції антропології права обґрунтовується зв'язок принципів права та людського буття, розкривається природа права через з'ясування сутності людини, доводиться, що право є результатом взаємодії учасників правовідносин. На основі антропологічного підходу в правових системах закріплені принципи гідного людського життя, свободи та рівності.<sup>2</sup> З онтологічних підходів принципи права розглядають крізь призму єдності свідомості та буття, і в аспекті розгляду правопорядку як складової частини соціорегулятивної системи, аналізують функціональні та змістові зв'язки принципів права із соціо-нормативними системами (моральною та політичною).<sup>3</sup>

У результаті аналізу поняття принципу низка вчених зауважують, що до його змісту входять такі компоненти: певні уявлення щодо сфери правосвідомості; їх закріплення у законодавстві; реалізація принципів права у конкретних суспільних відносинах.<sup>4</sup> Такий підхід відображає і процес формування принципів права від їх виникнення у

<sup>1</sup> Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 145-146.

<sup>2</sup> Завальнюк В.В. Принцип антропології права у сучасних дослідженнях. *Наукові праці Національного університету "Одеська юридична академія"*. 2012. Т. 11. С. 25-27.

<sup>3</sup> Новіков В.В. Правові принципи юридичної діяльності в системі прав і свобод людини. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2015. Вип. 1. Т.1. С. 41.

<sup>4</sup> Зайчук О.В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 23.

вигляді певної ідеї до закріплення у законодавстві та практичної реалізації у суспільних відносинах. З таким підходом не можна цілком погодитися, оскільки він розкриває тільки механізм формування і дії принципів, що закріплені в законодавстві. Водночас принципи права можуть і не бути закріплені в законодавстві, а бути принципами-ідеями і проявлятися у правових нормах і так само регулювати суспільні відносини. Принципи права формуються не зверху, тобто при їх законодавчому закріпленні, а знизу – під час комунікації між людьми, узгодження ними своєї поведінки.

Складним є питання про момент виникнення принципу. С.М. Задорожна вважає, що всі загальні принципи мають звичаєву природу, сформувалися на перших етапах розвитку людства у вигляді звичаїв.<sup>1</sup> Тегізбекова Ж.Ч., досліджуючи сімейне право Киргизької Республіки зауважує, що до входження Киргизстану до складу Росії (друга половина XIX-го століття) суспільні відносини киргизів, в тому числі і сімейні відносини, переважно регулювалися звичаями.<sup>2</sup> М. Козюбра пропонує витоки принципів права шукати у міфології (табу на кровозмішення, невірність, крадіжку тощо), релігії (зокрема у заповідях, які можна віднайти у всіх релігіях: "не вбий", "не кради", "не прелюбодій" тощо), суспільній моралі (в таких засадах, як "віддай кожному за його заслугами", "турбуючись про власне благо, не зашкодь іншому" тощо). І при цьому науковець зазначає, що формуванням принципів завдячують практиці суддів, оскільки саме при вирішенні конкретних практичних справ відбувалося їх становлення.<sup>3</sup>

Ми не погоджуємося з тими вченими, котрі вважають, що принцип виникає з моменту його законодавчого закріплення. Безумовно, у разі законодавчої визначеності існує гарантована можливість його прямої дії при застосуванні аналогії права. Водночас принципи права

<sup>1</sup> Задорожна С.М. Звичаєве право та загальні принципи міжнародного права. *Eurasian Academic Research Journal*. 2016. № 6 (06). С. 86.

<sup>2</sup> Тегізбекова Ж.Ч. Регулирование брачно-семейных отношений кыргызов по обычному праву : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Бишкек, 2013. С. 6-7.

<sup>3</sup> Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 144.

виникли, як і право, до держави. О.О. Уварова в монографічному дослідженні обґрунтовує, що формування норм права підпорядковане принципам права, і відповідно вони історично виникли скоріше, ніж правові норми.<sup>1</sup> Ми погоджуємося з цією позицією, оскільки принципи права виникають як результат узагальнення правового регулювання, а правило поведінки може бути закріплене у правовій нормі, якщо відповідає правовому принципу. Більше того, є дослідження, що обґрунтовують формування звичаю як джерела права пізніше принципів. У англосаксонській правовій системі процес формування та розвитку принципів права пов'язують з їх застосуванням судами при розгляді конкретних судових справ, необхідністю утверджувати справедливість у конкретних випадках та приймати законно-принципові рішення.<sup>2</sup>

Щодо легітимації права, то С.П. Погребняк виділяє два шляхи, а саме: легітимацію за змістом (авторитет права забезпечується його сприйняттям як справедливого та корисного регулятора) та легітимацією за допомогою процедур (право є породженням певної організованої системи, слідує від офіційного джерела, що зумовлює його легітимність).<sup>3</sup> Якщо принцип права переходить з одного століття до наступного, від однієї правової системи до іншої, він набуває такої авторитетності, що здається майже незаперечним.<sup>4</sup> Іншими словами, принцип набуває легітимності, і його існування, дія зумовлюють стабільність та переконливість.

На нашу думку, принцип права є стандартом, якого слід дотримуватися настільки, наскільки він виражає справедливість, правильність чи будь-який інший моральний вимір, що сприяє його легітимації. Безперечно, така легітимація можлива при якісному змісті принци-

<sup>1</sup> Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : монографія. Харків : Друкарня МАДРИД, 2012. С. 21-22.

<sup>2</sup> Lord Lloyd-Jones. General Principles of Law in International Law and Common Law. 16 February 2018. P. 2. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180216.pdf>

<sup>3</sup> Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістова характеристика): монографія. Харків. 2008. С. 14-15.

<sup>4</sup> Alpa Guido. General Principles of Law. Annual Survey of International & Comparative Law. 1994. Vol. 1. Iss. 1, Article 2. P. 2. URL: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol1/iss1/2>

пу права. О.В. Гумега зазначає, що якість правових принципів є визначальною як для правотворення, так і для правозастосування усіма суб'єктами суспільних відносин.<sup>1</sup> Тобто принципи права легітимуються насамперед через їх якісний зміст та усвідомлення суб'єктами правозастосування.

Під час формування писаного права набули свого закріплення і принципи права, і держава це здійснювала з метою уніфікації норм, можливості більшої регламентованості поведінки людей. Проте це не спростовує позиції про історичну першість принципів права у порівнянні з правовими нормами. Так само це не підтверджує залежність принципів права від законодавства. Тому можна погодитися із позицією М. Козюбри, що ілюзорною є думка про можливість виведення принципів права із системи законодавства за допомогою логіко-формального його аналізу, яка була започаткована юридичним позитивізмом. На думку науковця, виведення юридичних рішень навіть із закріплених нормами законодавства принципів передбачає активну творчу участь суб'єкта застосування принципу.<sup>2</sup> Саме завдяки його творчій активності принципу надається необхідна визначеність, і велике значення має правосвідомість суб'єкта коли, принципи права не є відкрито сформульовані у нормативних актах. Вони розкриваються на основі як тлумачення положень, що містяться у нормативних актах, так і юридичної практики.

У теорії права використовують два терміни “принципи права” і “правові принципи”. Досить частими є випадки ототожнення вказаних понять.<sup>3</sup> На думку низки вчених, вони не тотожні, і відрізняються тим, що правові принципи виникають, як правило, до їх закріплення у законодавстві, а вже після відтворення їх в праві стають принципами

<sup>1</sup> Гумега О.В. Реалізація цивільно-правових принципів у процесі захисту прав інтелектуальної власності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2018. С. 44.

<sup>2</sup> Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 145.

<sup>3</sup> Осадчук С.С. Застосування принципів права у правотворчому та правозастосовному процесах. *Наше право*. 2012. № 3. Ч. 3. С. 32-33.

права.<sup>1</sup> Навіть досі сучасні науковці, що поділяють позитивістичну теорію, вважають, що принципи права не можуть існувати без їх нормативного закріплення.<sup>2</sup> З цим ми не погоджуємося і вважаємо терміни “принципи права” і “правові принципи” синонімічними за значенням.

Крім того, зустрічається термін “засада законодавства”. О.В. Басай при аналізі співвідношення понять “ідеї права”, “принципи права” та “засади законодавства” дійшов висновку, що засади цивільного законодавства є відображенням принципів цивільного права, але не кожен принцип цивільного права фіксується законодавцем серед засад цивільного законодавства. При цьому автор вважає допустимим взаємозаміну понять “принципи цивільного права” та “засади цивільного права”, оскільки вважає їх синонімами.<sup>3</sup> На нашу думку, “принципи права” – ширше поняття, ніж “засади законодавства”, адже не тільки нормативно-правові акти є джерелом права, принципи права теж є джерелом права. Безперечно, засади законодавства повинні відповідати принципам права, навіть співпадати, будучи їх законодавчим закріпленням, але термін “засади законодавства” не вичерпує поняття “принципи права”.

Тотожними, на нашу думку, терміну “засади законодавства” є поняття “законодавчі принципи” та “принципи законодавства”. Зокрема, аналізуючи особисті немайнові права і обов’язки чоловіка та дружини, які не визначені у главі 6 СК України, О.В. Кохановська зазначає, що вони регулюються у більшій мірі законодавчими принципами побудови і функціонування сім’ї, що спрямовані на побудову довірчих відносин любові, дружби, взаємоповаги і взаємодопомоги.<sup>4</sup> Так само,

<sup>1</sup> Зайчук О.В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 22.

<sup>2</sup> Карпечкін П.Ф. Принципи права та виключення у праві: поняття, значення, співвідношення та класифікація. 2011. № 2 (23). URL: <https://kia.court.gov.ua/sud2690/1j/4q/51101/>

<sup>3</sup> Басай О.В. Загальні засади (принципи) цивільного законодавства України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Одеса, 2014. С. 7.

<sup>4</sup> Кохановська О.В. Особисті немайнові права і обов’язки чоловіка і дружини, не врегульовані у главі 6 СК України : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 22 лют. 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 70.

як засади законодавства, принципи законодавства можуть відображати принципи права, проте не вичерпувати їх.

Таким чином, в юриспруденції термін “принцип” використовується у різних аспектах: як елемент галузі права, як ідея, як цінність, як інструмент, як абстрактне правило, що застосовується до конкретних випадків.

Аналіз поданих позицій щодо розуміння поняття принципів права дає змогу визначити принципи права як вихідні, керівні ідеї, що відображають загальнолюдські та інші цінності, які формують сутність права і є загальнообов’язковими та універсальними.

З’ясувавши поняття та сутність принципів права, можна перейти до аналізу принципів сімейного права, які є складовою частиною правових принципів.

Принципи сімейного права є такими правовими явищами, які пов’язують зміст сімейного права із тими закономірностями суспільного життя, на яких воно будується і, які воно водночас закріплює. Зміст принципів сімейного права багато в чому визначається і суспільним світоглядом, і пануючими культурними, моральними та релігійними цінностями і також тісно пов’язаний з людським буттям.

На думку З.В. Ромовської, прогалини в Сімейному кодексі не можуть бути перешкодою вирішення спору, оскільки в таких випадках можна очікувати на субсидіарну допомогу інших регуляторів сімейних відносин.<sup>1</sup> Вочевидь, серед таких регуляторів і принципи сімейного права, які можуть заповнювати прогалини сімейного законодавства.

Принципи сімейного права є своєрідним стандартом законності. Вони повинні застосовуватися при тлумаченні суперечливих норм законодавства. Принципи сімейного права можуть посилювати аргументованість при встановленні законності певного діяння або рішення. Цим самим принципи сімейного права утворюють автономію як учасників сімейних відносин, так і суду при вирішенні сімейних справ.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Ромовська З.В. Українське сімейне право : підручник. Київ : Правова єдність, 2009. С. 20.

<sup>2</sup> Менджул М.В. Сутнісні ознаки принципів сімейного права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 58. Том 1. С. 129.

Розкрити сутність принципів сімейного права можна через систему ознак, що їх характеризують. Враховуючи, що принципи сімейного права є різновидом правових принципів, то їм насамперед притаманні загальні ознаки принципів права.

Досить поширеним при аналізі ознак принципів права їх порівняння з нормою права. При такому аналізі виділяють спільні риси (нормативність, загальний характер, суспільна зумовленість, стабільність, категоричність), але при цьому відмічається їх посиленний прояв саме у принципах права. Науковці зауважують, що принципи права “розчиняються” у правових нормах, тобто присутні у праві завжди і можуть замінити правову норму (у випадку застосування аналогії права). До спеціальних ознак, таких, які властиві тільки принципам права, відносять: їх первинний, установчий характер, вищу ієрархічність, високий ступінь абстрактності, особливу імперативність та універсальність, стабільність, здатність виражати сутнісне в праві.<sup>1</sup>

С.П. Погребняк виділяє ознаки основоположних принципів права, а саме: 1) що вони є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, які притаманні певній системі права; 2) у разі конкуренції принципів при вирішенні певної ситуації вибір здійснюється не за традиційними правилами подолання колізій між нормами (і якщо певний принцип поступився іншому не факт, що в майбутньому при вирішенні подібної справи він не буде застосований); 3) принципи мають найбільш загальний характер, що передбачає і найвищий ступінь їх абстрагування; 4) основоположні принципи визначають змістовний характер системи права і напрями подальшого розвитку; 5) більш стійкі у порівнянні з нормами права; 6) зазвичай фіксуються у джерелах права.<sup>2</sup> Ми не зовсім погоджуємося, оскільки серед пере-

<sup>1</sup> Братасюк М.Г. Співвідношення загальних принципів та норм права в основних типах право розуміння. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2016. № 1 (11). С. 66; Бахновська І.П. Риси принципів права: теоретичні аспекти. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Вип. 23. Ч. I. Том 1, 2013. С. 19; Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика: монографія. Харків: Друкарня МАДРИД, 2012. С. 28-48.

<sup>2</sup> Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Харків. 2008. С. 27-34.

рахованих ознак є такі, що скоріше визначають функцію принципів права, а також такі ознаки, які характерні для всіх принципів права, а не тільки основоположних.

Принципам сімейного права властиві загальні ознаки, що притаманні принципам права в цілому, і так само, з урахуванням співвідношення принципів та норм сімейного права, можна їх сутнісні ознаки умовно поділити на дві групи:

1) Ознаки принципів сімейного права, що є характерними і для норм сімейного права:

- Загальнообов'язковий характер. Принципи сімейного права є обов'язковими для застосування і дотримання не тільки на рівні розробки і прийняття нормативно-правових актів, але і в процесі їх впровадження. При цьому в теорії права досить часто таку сутнісну ознаку як загальнообов'язковий характер ототожнюють із нормативністю<sup>1</sup> або обґрунтовують самостійність останньої.<sup>2</sup> Ми не погоджуємося із такою ознакою принципів права як нормативність. На нашу думку, принципи права не обов'язково повинні бути нормативно визначені – вони можуть впливати із змісту та суті права. В протилежному випадку, визнання певного принципу ставиться у залежність від волі законодавця, і тоді б він втрачав таку свою сутнісну ознаку як об'єктивність. Безперечно, можливі випадки, коли на рівні закону визначено основні принципи, і зокрема, це має місце в Сімейному кодексі України. Проте принципи, які закріплені в нормах сімейного

<sup>1</sup> Козловська Л.В. Функціональне значення принципів спадкового права. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2014. Вип. 6-1. Том 1. С. 165; Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загально-теоретична характеристика: монографія. Харків: Друкарня МАДРИД, 2012. С. 28.

<sup>2</sup> Басай О.В. Загальні засади (принципи) цивільного законодавства України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2014. С. 13; Alpa Guido. General Principles of Law. Annual Survey of International & Comparative Law. 1994. Vol. 1. Iss. 1, Article 2. P. 20. URL: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol1/iss1/2>; Братасюк М.Г. Співвідношення загальних принципів та норм права в основних типах право розуміння. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2016. № 1 (11). С. 65; Бахновська І.П. Риси принципів права: теоретичні аспекти. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Вип. 23. Ч. I. Том 1. 2013. С. 19.



законодавства, не є і не повинні бути вичерпними.

- Загальний характер. Принципи сімейного права не є персоніфікованими, і тому можуть застосовуватися невичерпну кількість разів, до невизначеної кількості випадків та невизначеного кола осіб.

- Зумовленість сімейними відносинами. Формування, як і саме існування принципів та норм сімейного права, зумовлено необхідністю регулювання сімейних відносин як окремого виду суспільних відносин. Через принципи сімейного права розкривається зміст сімейного права, проявляється сутність сімейно-правових норм і водночас розкриваються цілі правового регулювання сімейних відносин.

- Регулятивність. Переважно саме норми сімейного права є регуляторами сімейних відносин. При цьому принципи сімейного права можуть безпосередньо регулювати сімейні відносини за відсутності правової норми (при застосуванні аналогії права), а також опосередковано – через правові норми, які пронизані принципами права та відображають їх. Здатність принципів права не тільки визначати правове регулювання суспільних відносин, але і безпосередньо їх регулювати, є показником демократичності та утвердження верховенства права.

2) Сутнісні ознаки принципів сімейного права, що відображають відмінність між ними та нормами сімейного права:

- Насамперед сутнісною ознакою принципів сімейного права є їх імперативність. Якщо правова норма може бути як імперативною, так і диспозитивною, то принципи сімейного права завжди імперативні, чіткі, беззаперечні, не допускають якихось винятків.

- Стабільність. Принципи сімейного права є незмінними протягом досить тривалого історичного періоду, на відміну від правових норм. Безперечно, правові принципи також корелюються з рівнем суспільного та культурного розвитку, зміною моральних цінностей. Проте правові норми можуть змінюватися часто, а принцип залишається при цьому незмінним.

- Самокорегованість. Незважаючи на більшій ступінь стабільності у порівнянні з правовими нормами, принципи сімейного права не є і не можуть бути незмінними. На відміну від правових норм, які змінюються уповноваженими суб'єктами, зміна принципів сімейного

права, як і будь-якого принципу права, відбувається природно, із урахуванням змін у суспільстві, тобто принципи самостійно корегуються відповідно до суспільних змін.

- Більший ступінь об'єктивності у порівнянні з нормами сімейного права. Оскільки правова норма обов'язково повинна бути формально визначеною, то відбувається процес її закріплення у певному акті, що приймається уповноваженим суб'єктом правотворення. Як правило, такими суб'єктами є публічні органи та їх посадові особи, що вносять певну суб'єктивність до змісту норми сімейного права. Принципи сімейного права об'єктивно сформовані зазвичай під впливом історичного розвитку суспільства, зміною ідеологічних та моральних засад. Крім того, принципи сімейного права не повинні бути формально визначені для здійснення регулювання сімейних відносин, що зумовлює більший ступінь їх об'єктивності.

- Принципи сімейного права мають високий рівень узагальненості і конкретизуються через правові інститути та правові норми. Принципи сімейного права є фундаментальною основою всього сімейного права. Наприклад, сімейне право побудоване на принципі рівності, який “пронизує” практично всі норми сімейного права. Більший ступінь узагальненості дає можливість принципам сімейного права бути ефективним інструментом правового регулювання при швидкій динамічності сімейних відносин, чого не можна сказати про норми сімейного права, які часто не справляються із новими практичними проблемами.

- Принципи сімейного права є змістовні і часто ширші за змістом, аніж сімейно-правові норми. У більшості випадків один принцип сімейного права зумовлює сутність та зміст цілої низки сімейно-правових норм та навіть інститутів.

- Принципи сімейного права є ціннісно-орієнтованими, тобто відображають ті моральні, сімейні та інші цінності, які наразі переважають у суспільстві.

- Принципи сімейного права характеризуються також системністю, внутрішньою єдністю, яка передбачає узгодженість та взаємопов'язаність принципів сімейного права, і відсутність одного з принципів призвела б до дисбалансу у регулюванні сімейних від-

носин. Таким чином, принципи сімейного права визначають системність сімейного права і при цьому є повноцінними та самостійними.

- Принципи сімейного права характеризуються природним пріоритетом щодо норм сімейного права. Норми сімейного права повинні узгоджуватися і відповідати принципам права, інакше, прийнята правова норма може суперечити сутності сімейного права, яку відображають принципи. У разі колізії між нормою сімейного права та принципом повинен застосовуватися саме принцип права, який має вищу юридичну силу. На нашу думку, така пріоритетність принципів права над нормою права є природною, узгоджується із сутністю та системою права.<sup>1</sup>

Таким чином, здійснивши порівняльний аналіз сутнісних ознак принципів сімейного права та правових норм, можна дійти висновку, що сімейно-правові принципи є ближчими до людського буття і в силу цього вони є первинними щодо норм сімейного права, мають фундаментальне значення, виражають сутність сімейного права. Принципи сімейного права через свою абстрактність, загальність встановлюють можливість варіативної поведінки учасників сімейних відносин, розширюють тим самим свободу їхніх дій і більш динамічно реагують на стрімкий розвиток сімейних відносин під впливом глобалізаційних процесів.

Крім ознак принципів сімейного права необхідно дослідити їх функції. Загалом, функції принципів права у науковій літературі розглядаються як основні напрями їх впливу безпосередньо на суспільні відносини та на механізм правового регулювання. О.О. Уварова також додає, що функції принципів права визначаються їх призначенням як ціннісного та системоутворюючого елементу права.<sup>2</sup> У теорії права виокремлюють регулятивну, системоутворюючу, інформаційну, правовиховну, пізнавальну, ціннісну та програмно-орієнтаційну функції

<sup>1</sup> Менджул М.В. Сутнісні ознаки принципів сімейного права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 58. Том 1. С. 129-131.

<sup>2</sup> Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : монографія. Харків : Друкарня МАДРИД, 2012. С. 57.

принципів права.<sup>1</sup> О.В. Басай при дослідженні принципів цивільного права обґрунтував, що вони виконують такі функції: системоформуючу, “нормостворюючу”; є нормами прямої дії (у випадку закріплення їх у вигляді загальних засад законодавства чи виведенні з інших норм ЦК України); використовуються при застосуванні аналогії права; мають братися до уваги при тлумаченні; інформаційну функцію; формують відповідну правосвідомість учасників цивільних відносин, правове мислення та правову культуру.<sup>2</sup> На нашу думку, те, що принципи цивільного права є нормами прямої дії є не функцією, а скоріше їх ознакою.

Безперечно, принципи сімейного права, як і принципи права загалом та принципи цивільного права, виконують регулятивну функцію, яка проявляється в тому, що принципи є важливим елементом системи правового регулювання сімейних відносин. Ми не погоджуємося з позицією, що регулятивна функція принципів права проявляється виключно через норми права.<sup>3</sup> Принципи сімейного права можуть мати пряму регулятивну дію, і не тільки при застосуванні аналогії права. На нашу думку, принципи сімейного права обов’язково повинні реалізовуватися у сімейних відносинах. Більше того, коли принципи сімейного права є основою для вирішення конкретних сімейних конфліктів та винесення судом відповідних рішень, у позитивне право включаються елементи природного права, в тому числі справедливості та інші загальні цінності. Також принципи сімейного права використовують у процесі тлумачення сімейного права, що частково є проявом регулятивної функції.

Важливе значення має охоронна функція принципів сімейного права, оскільки в силу високих вимог щодо якісного змісту принципів

<sup>1</sup> Братасюк М.Г. Співвідношення загальних принципів та норм права в основних типах право розуміння. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2016. № 1 (11). С. 67-68 ; Бахновська І.П. Риси принципів права: теоретичні аспекти. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2013. Вип. 23. Ч. 1. Том 1. С. 20-21.

<sup>2</sup> Басай О.В. Загальні засади (принципи) цивільного законодавства України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2014. С. 7-8.

<sup>3</sup> Кондратьєв Р., Гернего О. Принципи права та їх роль у регулюванні суспільних відносин. *ПравоУкраїни*. 2000. № 2. С. 43.



сімейного права, яким мають відповідати сімейно-правові норми, відбувається охорона моральних цінностей суспільства у сфері сімейних відносин. Принципи сімейного права виконують і системоутворюючу функцію, так як відображають специфіку окремих сімейно-правових інститутів та норм, взаємозв'язок між ними і об'єднують їх в цілісну систему. Принципи сімейного права є своєрідним генетичним кодом сімейного права. Їх внутрішня функціональна спрямованість забезпечує узгодженість сімейно-правових норм та інститутів, і в результаті гарантує системність сімейного права.

Ціннісна функція принципів сімейного права полягає в тому, що вони відображають сформовані суспільні, у тому числі моральні, цінності та на їх основі і у відповідних ціннісних межах визначають напрями розвитку правового регулювання сімейних відносин. Крім того, принципи сімейного права виконують стабілізуючу функцію, оскільки, на відміну від правових норм, які можуть часто змінюватися, вони є більш стійкими до змін, і відповідно забезпечують правову визначеність.

Принципи сімейного права є критерієм правомірності вчинків та дій як окремих учасників сімейних відносин, так і органів публічної влади при створенні умов для здійснення особами своїх сімейних прав. Принципи сімейного права мають також пізнавальне значення, оскільки є основою методології наукових досліджень сімейно-правових інститутів. Пізнавальна функція сімейного права теж має вирішальне значення при формуванні правової свідомості.

Крім того, принципи сімейного права визначають напрями розвитку правового регулювання сімейних відносин, є своєрідними векторами стратегії реформування сімейного законодавства, що дає можливість сміливо стверджувати про виконання ними і прогностичної функції. На розвиток сімейного права, як і права загалом, впливають загальні глобалізаційні процеси, стрімкий технологічний розвиток, а також розвиток медицини, генної інженерії, і саме в цьому контексті принципи забезпечують збереження загальнолюдських цінностей в сімейному праві.

Таким чином, принципи сімейного права – це зумовлені змістом сімейних відносин ідеї про певні цінності, що відображають об'єктивні закономірності розвитку цих відносин, характеризуються імператив-

ністю, універсальністю, найвищою стабільністю, об'єктивністю та загальнообов'язковістю, а також визначають соціальне призначення й сутність сімейного права, є основою для вдосконалення сімейного законодавства.

Принципи сімейного права характеризуються такими сутнісними ознаками: високий рівень узагальненості, об'єктивність, імперативність, загальнообов'язковість, регулятивність, стабільність, самокорегованість, системність, ціннісна орієнтованість, змістовність, зумовленість сімейними відносинами, природна пріоритетність над нормами сімейного права. Завдяки таким сутнісним ознакам принципи сімейного права виконують регулятивну, охоронну, системоутворюючу, стабілізуючу, інформаційну, правовиховну, прогностичну, пізнавальну та ціннісну функції.

Формування, як і саме існування принципів та норм сімейного права, зумовлено необхідністю регулювання сімейних відносин як окремого виду суспільних відносин. Через принципи сімейного права розкривається зміст сімейного права, проявляється сутність сімейно-правових норм і водночас розкриваються цілі правового регулювання сімейних відносин.

## 1.2. Система принципів сімейного права та їх класифікація

Важливим є з'ясування питання, які принципи регулюють сімейні відносини і, які з них є саме принципами сімейного права.

У XX столітті радянські науковці виділяли та досліджували принципи рівності громадян в сімейних відносинах, свободи і добровільності укладення шлюбу, рівності чоловіка та дружини та особистих і майнових прав, що виникають внаслідок укладення шлюбу, охорони материнства і дитинства, здійснення батьківських прав виключно в інтересах дітей, одношлюбності (або моногамії), свободи розірвання шлюбу, визнання тільки світського шлюбу, всесвітній захист прав та інтересів дітей.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Семейное право : учебник / Гонгало Б.М., Крашенинников П.В., Михеева Л.Ю., Рузакова О.А.; под ред. П.В. Крашенинникова. Москва : Статут, 2008. С. 15-16.

Американські науковці при аналізі засад сімейного права виділяють два ключові принципи – біблійний традиціоналізм і ліберальний індивідуалізм, які, на їхню думку, характеризують сучасне американське сімейне право. При цьому Вівіан Е. Гамільтон зазначає, що кожен з цих принципів є індивідуально недосконалим. Біблійний традиціоналізм формує нормативний погляд на “моральну сім’ю”, а ліберальний індивідуалізм підкреслює автономність індивіда і захищає свободу в світському і плюралістичному суспільстві.<sup>1</sup> Ліберальний індивідуалізм також втілюється в таких поняттях: свобода від втручання держави (недоторканність приватного життя), свобода укладання договорів; через концепцію “*parens patriae*”, регулювання нетрадиційних форм співжиття та ін.<sup>2</sup>

Серед українських вчених нема єдності у підходах щодо розуміння, які принципи становлять систему принципів сімейного права. Низка науковців до принципів саме сімейного права відносять такі принципи: державна охорона сім’ї, материнства, батьківства; рівність учасників сімейних відносин; недопустимість державного чи будь-якого іншого втручання в сімейне життя; пріоритет сімейного виховання; регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками; пріоритет захисту прав та інтересів дітей та непрацездатних членів сім’ї.<sup>3</sup> Зустрічається і більш розширений підхід, коли до основних принципів сімейного права, крім зазначених вище відносять також регулювання сімейних відносин на засадах справедливості, добросовісності та розумності, відповідно до моральних засад суспільства; добровільність шлюбного союзу чоловіка та жінки; визнання шлюбу, укладеного тільки в державному органі реєстрації актів цивільного стану.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Vivian E. Hamilton. Principles of U.S. Family Law. 2006. Faculty Publications. 31-33 URL: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F&httpsredir=1&article=1183&context=facpubs&fbclid=IwAR3hK74ZFhQIwn6dPV-8r6QAaT-tzQ5eKCMOvEkJ1ZqWsuJ3eZDEJ1bJmLc>.

<sup>2</sup> Там само. С. 61.

<sup>3</sup> Сімейне право України : підручник / Л.М. Баранова, В.І. Борисова, І.В. Жилінкова та ін. ; за заг. ред. В.І. Борисової та І.В. Жилінкової. 2-е вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 31-32.

<sup>4</sup> Оніщенко О.В. Сімейне право : навч. посіб. Київ: Вид-во Нац. авіаційного ун-ту “НАУ-друк”, 2009. С. 13-14.

Т.В. Боднар вважає, що саме принципами сімейного права є рівність учасників сімейних відносин, рівність прав та обов’язків жінки і чоловіка у сімейних відносинах, пріоритет захисту прав та інтересів дітей та непрацездатних членів сім’ї, найкращого забезпечення прав дитини. Вказані принципи науковець вважає галузевими, які необхідно закріпити при визначенні переліку принципів в СК України.<sup>1</sup> Водночас, на нашу думку, принцип рівності прав та обов’язків жінки і чоловіка у сімейних відносинах є елементом принципу рівності учасників сімейних відносин.

На думку Достдар Р.М., сімейне право побудоване на принципах: автономії; добровільності; юридичної рівності; диспозитивності; загального дозволу; правового захисту приватного інтересу та ін.<sup>2</sup> Вказані науковцем принципи є насамперед принципами приватного права загалом, і регулюють не тільки сімейні, але і інші приватні відносини.

Враховуючи різний підхід науковців до визначення переліку принципів сімейного права, варто дослідити законодавство зарубіжних держав щодо закріплення принципів сімейного права, і відповідно встановлення їх системи. Так, у Словацькій Республіці з 11 лютого 2005 р. чинним є Закон “Про сім’ю та про внесення змін і доповнень до деяких законів”, згідно якого принципами сімейного права є: захист шлюбу, материнства і сім’ї державою; моногамія, а також можливість реєструвати шлюб тільки між чоловіком та жінкою; рівність чоловіка і дружини в правах і обов’язках; принцип солідарності (взаємної допомоги членів сім’ї один одному); гарантування батькам можливості виховувати своїх дітей відповідно до власних релігійних і філософських переконань; пріоритет прав та інтересів неповнолітніх; рівність громадянського і церковного шлюбу.<sup>3</sup>

У Чехії принципи сімейного права поділяють на загальні (принцип добробуту дитини, принцип солідарності (взаємодопомоги), принцип

<sup>1</sup> Боднар Т.В. До питання щодо принципів сімейного права України : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народження д.-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 22 лют. 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 15.

<sup>2</sup> Достдар Р.М. Рецепція принципів візантійської Еклоги сучасним сімейним та спадковим законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Оdesa, 2005. С. 12.

<sup>3</sup> Zakon z 19. januára 2005 o rodine a o zmene a doplnenie ktorých zákonov. URL: <http://www.zakonypreludi.sk/zz/2005-36>

рівності суб'єктів)<sup>1</sup> та принципи, що стосуються лише деяких видів сімейно-правових відносин (принцип посиленого захисту шлюбу і батьківства, принцип моногамії, принцип добровільності шлюбу, принцип можливості розірвання шлюбу, принцип рівності чоловіка і жінки у шлюбі, рівність дітей, народжених у шлюбі та поза шлюбом).<sup>2</sup> У чеській літературі з сімейного права також обґрунтовується виділення таких принципів, як принцип автономії волі та принцип захисту інтересів слабшої сторони. Принцип автономії волі в контексті сімейних відносин розглядається як “право особи, незалежно від вступу у шлюб, жити своїм сімейним життям та право розірвати шлюб”.<sup>3</sup>

Інтерес становлять законодавчі підходи до визначення принципів сімейного права та їх системи в державах, що мають спільну історію з Україною під час перебування у складі Радянського Союзу. Так, досить поширеною є практика закріплення принципів сімейного права на конституційному рівні, зокрема як в Україні, так і в інших державах (Грузія<sup>4</sup>, Казахстан<sup>5</sup>, Киргизькій Республіці<sup>6</sup>, Російській Федерації<sup>7</sup>, Таджи-

<sup>1</sup> Rodinné právo. URL: <http://eupsi.cz/rodinne-pravo.html>.

<sup>2</sup> Zásady rodinného práva. URL: <http://www.honzapsek.cz/law/007.html#4>.

<sup>3</sup> Hrušáková Milana, Zdeňka Králíčková, Lenka Westphalová, Radovan Dávid. Rodinné právo. Vyd. 1. Praha: C.H. Beck, 2015, str. 18-20.

<sup>4</sup> საქართველოს კონსტიტუციის კანონი. URL: [http://www.parliament.ge/ge/ajax/downloadFile/89003/%E1%83%99%E1%83%9D%E1%83%9C%E1%83%A1%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A2%E1%83%A3%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90\\_%E1%83%AA%E1%83%95%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%90\\_%E1%83%A1%E1%83%90%E1%83%91%E1%83%9D%E1%83%9A%E1%83%9D%E1%83%9D\\_%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%93%E1%83%90%E1%83%A5%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%98](http://www.parliament.ge/ge/ajax/downloadFile/89003/%E1%83%99%E1%83%9D%E1%83%9C%E1%83%A1%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A2%E1%83%A3%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90_%E1%83%AA%E1%83%95%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%90_%E1%83%A1%E1%83%90%E1%83%91%E1%83%9D%E1%83%9A%E1%83%9D%E1%83%9D_%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%93%E1%83%90%E1%83%A5%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%98)

<sup>5</sup> Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 года. URL: [https://tengrinews.kz/zakon/parlament\\_respubliki\\_kazahstan/konstitutsionnyy\\_stroy\\_i\\_osnovyi\\_gosudarstvennogo\\_upravleniya/id-K950001000/](https://tengrinews.kz/zakon/parlament_respubliki_kazahstan/konstitutsionnyy_stroy_i_osnovyi_gosudarstvennogo_upravleniya/id-K950001000/)

<sup>6</sup> Конституция Кыргызской Республики от 27 июня 2010 года. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202913>

<sup>7</sup> Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года. URL: <http://www.constitution.ru/10003000/10003000-3.htm>

кисані<sup>1</sup>, Туркменістані<sup>2</sup>, Узбекистані<sup>3</sup> та ін.) Серед спільних принципів сімейного права, закріплених у Конституціях досліджених держав такі: рівності; заборони дискримінації; державного захисту шлюбу, сім'ї, материнства, батьківства та дитинства; недоторканості сімейного життя; добровільності шлюбу; батьківської відповідальності за виховання дітей. Водночас є принципи, які закріплені тільки у деяких державах, наприклад: принцип догляду за непрацездатними батьками повнолітніми дієздатними дітьми (ч. 3 ст. 27 Конституції Республіки Казахстан<sup>4</sup> та ст. 34 Конституції Республіки Таджикистан<sup>5</sup>), принцип найкращих інтересів дитини (ст. 16 Конституція Киргизької Республіки)<sup>6</sup>.

Крім того, принципи сімейного права визначені і в сімейному законодавстві. Наприклад, у Республіці Білорусь сімейні відносини регулюються насамперед Кодексом про шлюб і сім'ю від 9 липня 1999 р.<sup>7</sup> У ньому відсутня окрема стаття, присвячена принципам сімейного права, з аналізу положень кодексу можна виділити такі принципи регулювання сімейних відносин: принцип зміцнення сім'ї на засадах загальнолюдської моралі та недопущення ослаблення і руйнування сімейних зв'язків; принцип добровільності шлюбу між жінкою і чоловіком; принцип одношлюбності; принцип визнання тільки світського шлюбу; принцип рівності прав подружжя в сім'ї; принцип

<sup>1</sup> Конституция Республики Таджикистан от 6 ноября 1994 г. URL: <http://www.president.tj/ru/taxonomy/term/5/112>

<sup>2</sup> Конституция Туркменистана от 18 мая 1992 года. URL: <http://infoabad.com/zakonodatelstvo-turkmenistana/konstitucija-turkmenistana-novaja-redakcija.html>

<sup>3</sup> Конституция Республики Узбекистан от 8 декабря 1992 года. URL: <http://constitution.uz/ru/clause/index#section7>

<sup>4</sup> Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 года. URL: [https://tengrinews.kz/zakon/parlament\\_respubliki\\_kazahstan/konstitutsionnyy\\_stroy\\_i\\_osnovyi\\_gosudarstvennogo\\_upravleniya/id-K950001000/](https://tengrinews.kz/zakon/parlament_respubliki_kazahstan/konstitutsionnyy_stroy_i_osnovyi_gosudarstvennogo_upravleniya/id-K950001000/)

<sup>5</sup> Конституция Республики Таджикистан от 6 ноября 1994 года. URL: <http://www.president.tj/ru/taxonomy/term/5/112>

<sup>6</sup> Конституция Кыргызской Республики от 27 июня 2010 года. URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202913>

<sup>7</sup> Кодекс Республики Беларусь о Браке и Семье от 9 июля 1999 года. URL: [http://kodeksy-by.com/kodeks\\_rb\\_o\\_brake\\_i\\_semje/1.htm](http://kodeksy-by.com/kodeks_rb_o_brake_i_semje/1.htm)

гарантування поваги і взаємодопомоги всіх членів сім'ї; принцип пріоритету прав дітей; принцип охорони материнства і батьківства.

Сімейний кодекс Російської Федерації був прийнятий 8 грудня 1995 р. і в ст. 1 визначає основні засади сімейного законодавства, зокрема: 1) державний захист сім'ї, материнства, батьківства та дитинства; 2) регулювання сімейних відносин задля зміцнення сім'ї, побудови сімейних відносин на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і відповідальності перед сім'єю всіх її членів; 3) неприпустимість довільного втручання когось-небудь у справи сім'ї; 4) забезпечення безперешкодного здійснення членами сім'ї своїх прав, можливості судового захисту цих прав; 5) визнання тільки шлюбу, укладеного в органах реєстрації актів цивільного стану; 6) принцип добровільності шлюбу чоловіка і жінки; 7) рівності прав подружжя в сім'ї, а також неприпустимості обмеження прав громадян при вступі в шлюб і в сімейних відносинах за ознаками соціальної, расової, національної, мовної чи релігійної приналежності; 8) вирішення внутрішньосімейних питань за взаємною згодою; 9) пріоритет сімейного виховання дітей, піклування про їх добробут та розвиток; 10) забезпечення пріоритетного захисту прав та інтересів неповнолітніх та непрацездатних членів сім'ї.<sup>1</sup> У російській літературі науковці зазначають, що принципи сімейного права, які в СК Російської Федерації мають назву «основні засади сімейного права», являють собою перелік бажаних і небажаних дій і вчинків з боку суб'єктів сімейного права<sup>2</sup>. При цьому низка науковців акцентують увагу на тому, що форма закріплення основних засад сімейного законодавства не чітка, що призводить до відсутності єдиних підходів в юридичній літературі до вирішення питання про те, які положення ст. 1 СК РФ є основними засадами, відповідно якою є їх кількість.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Семейный кодекс Российской Федерации от 8 декабря 1995 года. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102038925>

<sup>2</sup> Корнеева И.Л. Семейное право : учеб. для бакалавров. Москва : Изд-во Юрайт, 2015. С 18.

<sup>3</sup> Семейное право : учебник / под ред. П.В. Крашенинникова. Москва: Статут, 2008. С. 27.

Стаття 2 Сімейного кодексу Республіки Молдови встановлює, що принципами сімейного законодавства є: принцип захисту державою сім'ї і сімейних відносин, принцип визнання тільки світського шлюбу, а також принципи одношлюбності, добровільності шлюбного союзу чоловіка і жінки, рівноправності подружжя в сім'ї, надання взаємної моральної та матеріальної підтримки, зберігання подружньої вірності, пріоритету виховання дітей у сім'ї, прояви турботи про утримання, виховання неповнолітніх та непрацездатних членів сім'ї, захисту їхніх прав та інтересів, вирішення внутрішньосімейних проблем за взаємною згодою, неприпустимість довільного втручання когось-небудь у справи сім'ї, безперешкодного доступу до судового захисту прав і інтересів членів сім'ї.<sup>1</sup>

Крім того, принципи сімейного права містяться в Кодексі про шлюб та сім'ю Республіки Казахстан від 26 грудня 2011 р.<sup>2</sup>, СК Азербайджану від 28 грудня 1999 р.<sup>3</sup>, СК Республіки Вірменія від 8 грудня 2004 р.<sup>4</sup>, СК Киргизької республіки від 30 серпня 2003 р.<sup>5</sup>, СК Республіки Таджикистан від 13 листопада 1998 р.<sup>6</sup>, СК Туркменістану від 1 квітня 2012 р.<sup>7</sup>, СК Узбекистану від 30 квітня 1998 р., тільки в Грузії сімейні відносини регулюються п'ятою книгою Цивільного кодексу. Законодавство вказаних держав містить подібні принципи,

<sup>1</sup> Семейный кодекс Республики Молдова от 26 октября 2000 г. URL: <http://lex.justice.md/ru/286119/>

<sup>2</sup> О браке (супружестве) и семье: Кодекс Республики Казахстан от 26 декабря 2011 г. № 518-IV. URL: [https://tengrinews.kz/zakon/parlament\\_respubliki\\_kazahstan/bpak\\_i\\_semya/id-K1100000518/](https://tengrinews.kz/zakon/parlament_respubliki_kazahstan/bpak_i_semya/id-K1100000518/)

<sup>3</sup> Менджул М.В. Основные zasady регулювання сімейних відносин в окремих азіатських державах. *Юридичний бюлетень*. 2018. Вип. 7. Ч. 1. С. 257.

<sup>4</sup> Семейный кодекс Республики Армения от 8 декабря 2004 года № 3Р-123. [http://base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=8661](http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=8661)

<sup>5</sup> Семейный Кодекс Кыргызской Республики от 30 августа 2003 года №201. [http://base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=4088](http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=4088)

<sup>6</sup> Семейный кодекс Республики Таджикистан от 13 ноября 1998 года № 682 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.02.2017 г.) [https://online.zakon.kz/document/?doc\\_id=30445181](https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30445181)

<sup>7</sup> Семейный Кодекс Туркменистана от 10 января 2012 года. URL: <http://www.turkmenbusiness.org/content/semeynyi-kodeks-turkmenistana>



а саме: рівності; державного захисту сім'ї, материнства, батьківства та дитинства; взаємодопомоги та відповідальності перед сім'єю всіх її членів; неприпустимості свавільного втручання у сімейне життя; вирішення внутрішньосімейних питань за взаємною згодою; забезпечення безперешкодного здійснення членами сім'ї своїх прав; добровільності шлюбу; визнання тільки світського шлюбу; моногамії; піклування про добробут та розвиток дитини; пріоритету сімейного виховання дітей; державної опіки над дітьми без батьківського піклування; забезпечення пріоритетного захисту прав та інтересів неповнолітніх та непрацездатних членів сім'ї. Серед відмінних принципів, то СК Киргизької Республіки явно фіксує принцип найкращих інтересів дитини, а в СК Республіки Таджикистан містяться принцип зміцнення в сім'ї моральних засад, забезпечення в сім'ї сприятливих умов для здорового розвитку дитини та недопущення насильства у сім'ї. СК Казахстану також визначає принципи підтримки здорового способу життя всіх членів сім'ї та заборони обмеження прав у зв'язку із укладенням шлюбу. Г. Караханян, аналізуючи принципи сімейного права Вірменії, обґрунтовує також наявність такого принципу як незалежність сім'ї від церкви.<sup>1</sup>

В.А. Ілюхін та О.О. Демічев, порівнюючи принципи сімейного права РФ та Республіки Вірменія, дійшли до висновку, що в обох державах принципи можна об'єднати в три групи: 1) конституційні принципи, не продубльовані в галузевих кодексах; 2) конституційні принципи, продубльовані в галузевих кодексах; 3) галузеві принципи, що знайшли відображення в кодексах.<sup>2</sup> При цьому ми не погоджуємося з позицією науковців, що принципами сімейного права можна вважати тільки такі базові ідеї сімейного законодавства, які прямо названі "принципами" або "основними засадами". На нашу думку, принципи можуть і не бути закріплені в законодавстві, проте визначати засади правового регулювання сімейних відносин.

<sup>1</sup> Г. Караханян. Семья в свете Конституции Республики Армения. URL: [http://www.concourt.am/armenian/con\\_right/3.25-2004/kharakhanyan.htm](http://www.concourt.am/armenian/con_right/3.25-2004/kharakhanyan.htm)

<sup>2</sup> Илюхина В.А., Демичев А.А. Принципы семейного права Российской Федерации и Республики Армения (сравнительно-правовой анализ). URL: <http://justicemaker.ru/view-article.php?id=18&art=6205>

Таким чином, в досліджених державах принципи сімейного права визначені на конституційному та на законодавчому рівні, і серед них є як спільні (державного захисту сім'ї, материнства та дитинства, пріоритету інтересів дитини, пріоритету виховання дітей у сім'ї, визнання тільки світського шлюбу, моногамії та ін.), так і відмінні засади регулювання сімейних відносин (зміцнення в сім'ї моральних принципів, заборони дискримінації при вступі у шлюб та в сімейних відносинах, підтримки здорового способу життя всіх членів сім'ї та інші). На нашу думку, не тільки перебування досліджуваних держав у складі Радянського Союзу, але і загальні європейські та міжнародні тенденції у регулюванні сімейних відносин, вплинули на побудову сімейного законодавства в цих державах переважно на спільних засадах.

У сімейному праві азіатських країн на законодавчому рівні закріплюється також принцип планування дітонародження. Першими серед азіатських країн, якщо не брати до уваги Японію, яка розпочала політику зниження народжуваності ще на початку ХХ ст., виявилися Шрі-Ланка і Сінгапур (друга половина 50-х рр. ХХ ст.), потім – Республіка Корея, Тайвань і Філіпіни (перша половина 60-х рр. ХХ ст.), дещо пізніше – Гонконг, Малайзія і Таїланд (друга половина 60-х рр. ХХ ст.), останніми – Індія, Індонезія і КНР (перша половина 70-х рр. ХХ ст.).<sup>1</sup>

Сімейний кодекс України в ст. 5 містить положення, що розкривають принцип державної охорони сім'ї, а в ст. 7 закріплені загальні засади регулювання сімейних відносин.<sup>2</sup> Боднар Т.В. відзначає, що у змісті ст. 7 СК України містяться не тільки загальні засади правового регулювання сімейних відносин, але і принципи сімейного права, та навіть положення про джерела. Щодо джерел сімейного права, на думку науковиці, в ст. 7 містяться такі положення: "1) сімейні відносини регулюються цим Кодексом та іншими нормативно-правовими актами" (ми погоджуємося з позицією, що цей перелік повинен бути

<sup>1</sup> Косарева И.А. Планирование деторождения – конституционный и отраслевой принцип современного семейного права Китая. *Международное публичное и частное право*. 2006. № 3. URL: <http://www.center-bereg.ru/d1348.html>

<sup>2</sup> Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21, ст. 135.

доповнений Конституцією України); “2) сімейні відносини можуть бути врегульовані за домовленістю (договором) між їх учасниками”.<sup>1</sup> Безперечно, вказані положення мало стосуються принципів сімейного права, а щодо принципу свободи договору, то це приватно-правовий, міжгалузевий принцип.

Таким чином, систему принципів сімейного права України складають принципи, які закріплені на конституційному та законодавчому рівні, а також принципи, що не є зафіксовані у писаному праві але регулюють сімейні відносини, а саме: державної охорони сім’ї, дитинства, материнства і батьківства рівності учасників сімейних відносин обмеженого характеру правового регулювання сімейних відносин: недопустимості свавільного втручання у сімейне життя; регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками; пріоритету урахуванням інтересів дитини, непрацездатних членів сім’ї; гарантування дитині можливості здійснення її прав; гарантування судового захисту прав кожному учаснику сімейних відносин; добровільності шлюбу та ін.

Виникає також питання щодо підходів до класифікації принципів сімейного права. В доктрині сімейного права виділяють різні критерії для класифікації принципів. На думку О.А. Явор, за своїм найменуванням, змістом та нормативним закріпленням принципи права не рівноцінні. Високим ступенем верховенства наділені загальносімейні принципи: принципи регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками; принцип невтручання в сімейне життя; принцип приватності сімейного життя; принцип пріоритету сімейного виховання дітей; принцип регулювання сімейних відносин з урахуванням права на таємницю особистого життя їх учасників, їхнього права на особисту свободу; принципи юридичної рівності жінки та чоловіка у сімейних відносинах, шлюбі та сім’ї; принцип забезпечення здійснення прав дитини; принцип регулювання сімейних відносин на засадах справедливості; добросовісності та розум-

<sup>1</sup> Боднар Т.В. До питання щодо принципів сімейного права України : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 22 лют. 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 11-12.

ності, відповідно до моральних засад суспільства. Вони мають вплив на формування принципів усередині інститутів, визначають їх зміст. Наприклад, Сімейний кодекс України визначає, що права та інтереси малолітніх та неповнолітніх дітей є пріоритетними якщо дитина або особа, дієздатність якої обмежена, не може самостійно здійснювати своє право, ці права здійснюють батьки, опікун або самі ці особи за допомогою батьків чи піклувальника (принцип надання неповнолітнім батькам допомоги у здійсненні батьківських прав та виконанні батьківських обов’язків).<sup>1</sup> Проте, на нашу думку, такі принципи як справедливість, добросовісність, розумність, регулювання відносин відповідно до моральних засад суспільства, а також свобода договору не є загальносімейними, оскільки регулюють і інші приватноправові відносини.

Н.С. Шерстнева так само в системі принципів російського сімейного права виділила дві групи: 1) загальносімейні принципи; 2) принципи всередині інститутів. До загальносімейних принципів вчена віднесла: необхідність зміцнення сім’ї, побудову сімейних відносин на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги та відповідальності перед сім’єю усіх її членів, недопустимість свавільного втручання кого-небудь у справи сім’ї, забезпечення безперешкодного здійснення членами сім’ї своїх прав, можливість судового захисту цих прав. Всередині інститутів Н.С. Шерстнева принципи поділила на три підгрупи. По-перше, пріоритетні: забезпечення пріоритетного захисту прав та інтересів неповнолітніх; пріоритет сімейного виховання дітей, турботи про їх добробут. По-друге, взаємні: принцип добровільності шлюбного союзу чоловіка та жінки; рівність прав подружжя в сім’ї; вирішення внутрішньосімейних питань за взаємною згодою; забезпечення прав та інтересів непрацездатних членів сім’ї. По-третє, ціннісні принципи: забезпечення якості життя, забезпечення безпеки життєдіяльності сім’ї, материнства, батьківства та дитинства.<sup>2</sup> Обґрунтованим є поділ принципів сімейного права на загаль-

<sup>1</sup> Явор О.А. Загальні засади регулювання сімейних відносин: традиційний та сучасний підходи. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012. № 3 (25). С. 259.

<sup>2</sup> Шерстнева Н.С. Принципы российского семейного права : автореф. дис. д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. М., 2007. С. 12-13.



носімейні та всередині інститутів, водночас не всі принципи можна диференціювати на пріоритетні, взаємні та ціннісні.<sup>1</sup>

В.М. Чернега поділяє принципи сімейного права за критерієм “спосіб вираження в нормах сімейного права” на: 1) принципи, що прямо виражені в нормах сімейного права (експліцитні); 2) принципи, що опосередковано виражені в нормах сімейного права чи інакше кажучи, виведені зі змісту норм сімейного права (імпліцитні). До експліцитних принципів сімейного права науковець відносить: пріоритет сімейно-правової охорони прав та інтересів дитини; пріоритет сімейно-правової охорони прав та інтересів непрацевдатних членів сім’ї; пріоритет сімейного виховання дитини; компромісне врегулювання сімейних правовідносин; можливість і допустимість правового регулювання сімейних відносин; недопустимість свавільного втручання у сімейне життя; недискримінація суб’єктів сімейних правовідносин; гендерний баланс у сімейних правовідносинах; справедливість; добросовісність; розумність; відповідність моральним засадам суспільства; забезпечення судового захисту суб’єктів сімейних відносин. До імпліцитних принципів сімейного права віднесені: матеріальна підтримка членів сім’ї, які потребують матеріальної допомоги; моногамія і контрарність; добровільність укладення шлюбу; свобода розірвання шлюбу; визнання шлюбу, зареєстрованого в державному органі реєстрації актів цивільного стану.<sup>2</sup> На нашу думку, такі принципи як справедливість, добросовісність та розумність вийшли за рамки міжгалузевих принципів, та набули загального визнання.

Існує також класифікація принципів на писані та неписані, явні та неявні.<sup>3</sup> Причому такий поділ за сутнісним змістом тотожний, тобто

<sup>1</sup> Менджул М.В. Систематизація принципів сімейного права в Україні. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 1. С. 111.

<sup>2</sup> Чернега В.М. Принципи сімейного права України як об’єкти наукової класифікації. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 2. С. 46.

<sup>3</sup> Колесніченко В.В. Принципи права Європейського Союзу: загальнотеоретичне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Одеса, 2010. С. 7. ; Жукевич І. Явні та неявні принципи права: поняття, ознаки та особливості. *Юридична Україна*. 2009. Вип. 11. С. 10-16 ; Ключковський Ю.Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні : монографія. Київ : Ваіте, 2018. С. 61.

писані принципи є явними, а неписані принципи – неявні. Оскільки навіть при описі явних принципів науковці застосовують такі характеристики як “юридично визначені”, “законодавчо закріплені” і т.п. З одного боку, закріплення принципів в об’єктивному праві не має значення для визнання їх існування, але, з іншого боку, це впливає на практику застосування принципів, усвідомлення і розуміння практикуючими юристами. На жаль, не завжди підходи до викладання розуміння та значення принципів права на юридичних факультетах у вищих школах базуються на природно-правовій концепції, що зумовлює позитивістський підхід у юристів до принципів права і відповідно – не розуміння їх значення у правовому регулюванні.

Крім того, В.М. Чернега класифікує принципи сімейного права за такими критеріями: 1) за джерелами, в яких виражені принципи сімейного права (виражені в конституційних нормах; виражені в нормах сімейного права; виражені як у конституційних нормах, так і в нормах сімейного права); 2) за сферою їх дії (галузеві; підгалузеві; міжгалузеві; загальноправові). Також науковець поділяє загальноправові принципи, які по-особливому виражаються у сімейному праві, на: 1) спеціально-юридичні; 2) морально-правові (справедливість; добросовісність; розумність; відповідність моральним засадам суспільства).<sup>1</sup>

На нашу думку, принципи сімейного права за критерієм їх нормативно-правової визначеності, можна поділити на три групи:

1) абсолютно-визначені у законодавстві (до них можна віднести принципи: державної охорони сім’ї, дитинства, материнства і батьківства (ч. 3 ст. 51 Конституції України, ч. 1 ст. 5 СК України); рівності учасників сімейних відносин (ст. 21, 24 Конституції України та ч. 5, 6 ст. 7 СК України); обмеженого характеру правового регулювання сімейних відносин (ч. 3 ст. 7 СК України); недопустимості свавільного втручання у сімейне життя (ст. 32 Конституції України, статті 291, 301 ЦК, ч. 5 ст. 5, ч. 4 ст. 7 СК України); регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками (ч. 2 ст. 7 СК України); пріоритету урахування інтересів дитини, непрацевдатних членів сім’ї

<sup>1</sup> Чернега В.М. Принципи сімейного права України як об’єкти наукової класифікації. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 2. С. 49.

(ч. 8 ст. 7 СК України); гарантування дитині можливості здійснення її прав (ч. 7 ст. 7 СК України); гарантування судового захисту прав кожному учаснику сімейних відносин (ч. 10 ст. 7 СК України); справедливості, добросовісності та розумності, регулювання відповідно до моральних засад суспільства (ч. 9 ст. 7 СК України); одношлюбності (ст. 25 СК України); добровільності шлюбу (ст. 24 СК України) та визнання тільки шлюбу між чоловіком і жінкою, зареєстрованого у органі державної реєстрації актів цивільного стану (ст. 21 СК України) та ін.);

2) відносно-визначені у законодавстві (до них можна віднести принципи: свободи здійснення сімейних прав; забезпечення безперешкодного здійснення членами сім'ї своїх прав; пріоритету сімейного виховання; відповідального батьківства; свободи розірвання шлюбу; недопустимості зловживання сімейними правами; вирішення внутрішньосімейних питань за взаємною згодою учасників сімейних відносин; надання взаємної моральної та матеріальної підтримки учасникам сімейних відносин та ін.);

3) не визначені у законодавстві (до них можна віднести такі принципи: зберігання подружньої вірності; гуманності; пропорційності; законних очікувань учасників сімейних відносин, мовчазної згоди та ін.).<sup>1</sup>

Принципи сімейного права можна також класифікувати за функціональною спрямованістю на:

1) принципи, що визначають вимоги до сімейно-правового регулювання в цілому (наприклад, принципи верховенства права, справедливості, рівності, гуманізму, добросовісності). Такі принципи визначають вимоги, які мають бути дотримані в процесі правотворення норм сімейного права, оскільки характеризують якість сімейно-правового регулювання.

2) принципи, які визначають правове регулювання окремих сімейно-правових відносин (наприклад, принципи добровільності шлюбу, одношлюбності, найкращих інтересів дитини, принцип загальної та однакової відповідальності обох батьків за виховання і розвиток ди-

<sup>1</sup> Менджул М.В. Окремі аспекти класифікації принципів сімейного права. *Eurasian Academic Research Journal. Multilanguage Science Journal*. Yerevan, 2016. № 1. С. 116-117.

тини та ін.). Такі принципи також обов'язково враховуються у процесі правотворення, проте насамперед спрямовані на безпосереднє регулювання сімейних відносин і адресовані конкретним учасникам цих відносин. Поділ принципів за функціональною спрямованістю відображає також ієрархічність принципів сімейного права.

За ступенем впливу на регулювання суспільних відносин принципи сімейного права можна поділити на: програмні (справедливості, гуманності, забезпечення законних очікувань та ін.) та реальні (принципи найкращих інтересів дитини, добровільності шлюбу, моногамії тощо).

Таким чином, принципи сімейного права можна поділяти за такими критеріями: сферою їх дії (загальні принципи; наднаціональні принципи; цивільні принципи, які регулюють сімейні відносини; принципи сімейного права та принципи інститутів сімейного права); нормативно-правовою визначеністю (абсолютно-визначені, відносно-визначені та не визначені у законодавстві); за джерелом закріплення (виражені в сімейних нормах; закріплені як в конституційних нормах, так і нормах сімейного законодавства; в нормах цивільного та сімейного законодавства; не закріплені в законодавстві); функціональною спрямованістю (принципи, що визначають вимоги до сімейно-правового регулювання в цілому та принципи, які визначають правове регулювання окремих сімейно-правових відносин); за ступенем впливу на регулювання суспільних відносин (програмні та реальні).

### 1.3. Місце принципів сімейного права в системі правових принципів

Для розуміння сутності принципів права варто проаналізувати як вони співвідносяться із загальними правовими принципами, і яке їх місце в системі принципів права. Під "системою принципів права" розуміють комплекс принципів права, що володіє ознаками цілісності, стійкості, ієрархічності та є стрижнем правової системи.<sup>1</sup> В системі

<sup>1</sup> Чан Бін Лін. Принципи права Китайської Народної Республіки : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Одеса, 2017. С. 10.

принципів права є різні принципи, які в теорії права класифікують за різноманітними критеріями. Дослідження таких класифікаційних підходів загальних принципів дозволить з'ясувати місце принципів сімейного права в системі правових принципів.

Усталеним в теорії права є підхід до поділу принципів права за сферою дії на загальні, міжгалузеві, галузеві принципи та принципи інститутів права.<sup>1</sup> Проте зустрічаються і інші підходи. Так, М. Козюбра вважає, що принципи права за сферою дії поділяються на: універсальні або загальнолюдські принципи, які сформувалися в процесі історичного розвитку людства та притаманні всім правовим системам; цивілізаційні принципи (характерні для певних правових культур відповідних цивілізацій); правосімейні принципи права (діють у межах окремих правових сімей); національні принципи права (відображають особливості національної правової системи). Вказані принципи М. Козюбра пропонує об'єднати спільною назвою “загальні принципи права”, від яких відрізняються міжгалузеві, галузеві принципи права та принципи інститутів права.<sup>2</sup> О. Скакун пропонує виділяти загальнолюдські принципи (міжнародні, загальноцивілізаційні), регіонально-континентальні та національні (поділяються в свою чергу на міжгалузеві, галузеві, підгалузеві та інституційні).<sup>3</sup> На нашу думку, така класифікація потребує уточнення, що не просто загальнолюдські принципи, а загальнолюдські правові принципи.

С.П. Погребняк виділяє основоположні принципи права, під якими розуміє систему найбільш загальних і стабільних імперативних вимог, закріплених у праві, що є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, які притаманні цій системі права і визначають її характер та напрями подальшого розвитку. До осно-

<sup>1</sup> Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 150; Зайчук О.В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 25.

<sup>2</sup> Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 152-156.

<sup>3</sup> Скакун О.Ф. Теория государства и права. Энциклопедический курс. Харьков: Эспада, 2005. С. 283-285.

воположних принципів права науковець відносить справедливість, рівність, свободу та гуманізм.<sup>1</sup> М.І. Козюбра також виділяє основоположні принципи права, під якими розуміє найбільш важливі, фундаментальні вимоги, на яких ґрунтується право як соціальний регулятор (справедливість, рівність, принцип недискримінації, свобода, гуманізм), та загальні принципи права, тобто вихідні ідеї, що притаманні праву в цілому, діють у всіх його галузях та інститутах (принципи правової визначеності, пропорційності, добросовісності та розумності та ін.).<sup>2</sup> У даній класифікації принципи, які науковець відносить до загальних, є скоріше національними.

І.П. Бахновська також поділяє принципи на основоположні (свобода, справедливість, рівність і гуманізм) та інші (похідні від основоположних).<sup>3</sup> Водночас, на нашу думку, не завжди галузеві чи інституційні принципи походять від основоположних. Наприклад, такий принцип мусульманського сімейного права як полігамія не узгоджується і навіть суперечить принципам справедливості та рівності.

С.М. Задорожна пропонує виділяти загальновизнані принципи права, під якими розуміє імперативи у правотворчій та правозастосовній діяльності для всіх правових систем, які завжди є первинними щодо інших принципів права, здійснюють глобальний вплив на всі правові системи та визнаються всіма (чи більшістю) держав світу.<sup>4</sup>

Таким чином, запропоновані науковцями терміни “основоположні принципи права”, “загальні принципи права”, “загальновизнані принципи права” та “загальноправові принципи права” є тотожними за сутнісним змістом, і більш доречним, на нашу думку, є застосування терміну “загальні принципи права”.

<sup>1</sup> Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Харків. 2008. С. 37-38.

<sup>2</sup> Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. С. 70-73.

<sup>3</sup> Бахновська І.П. Основоположні принципи права як інтегруючий елемент правової системи України: автореф. дис ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. Харків, 2011. С. 13.

<sup>4</sup> Задорожна С.М. Загальновизнані принципи права – фундамент міжнародного права та міжнародного правопорядку. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2014. Вип. 728. Правознавство. С. 66.

В наукових дослідженнях зустрічаються різні підходи до розуміння поняття загальних принципів права. Так, М.Г. Братасюк обґрунтовує, що загальнолюдські принципи права є результатом не емпірично-розсудкового мислення (яке продукує норми), а розумного мислення, синтезом вищого категоріального рівня.<sup>1</sup> Загальні принципи права розглядають також як основні правові принципи, які відображають вимоги справедливості та є невід'ємною частиною кожної правової системи.<sup>2</sup> Згідно іншого підходу загальними принципами права є нормативне твердження, що може бути частиною “спільної правової совісті”.<sup>3</sup>

Зарубіжні вчені також мають різні позиції щодо розуміння загальних принципів права. Так, Р.Б. Шлезінгер під загальними принципами розуміє “ядро правових ідей, спільних для всіх цивілізованих правових систем”.<sup>4</sup> Л. Хенкін вважає, що загальні для правових систем принципи часто відображають принципи природного права, що лежать в основі міжнародного права.<sup>5</sup> М.К. Бассіуні зауважує, що оскільки “загальні принципи” набувають вирішального значення як джерело міжнародного права, необхідні більш конкретні правила ідентифікації, оцінки та застосування певного принципу до фактичної ситуації та чіткіше розуміння функціональних цілей застосування принципів.<sup>6</sup> М. Панезі вважає, що загальні принципи – це автономна, фундаментальна частина міжнародного права, створена загальним консенсусом, що складається з різних нормативних понять, на які судді посилаються з метою сприяння послідовності міжнародного

<sup>1</sup> Братасюк М.Г. Співвідношення принципів і норм права крізь призму форм раціональності. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 1. С. 386.

<sup>2</sup> Lord Lloyd-Jones. *General Principles of Law in International Law and Common Law*. 16 February 2018. p. 11. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180216.pdf>

<sup>3</sup> Christina Voigt. *The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law*. *RETFERD ARGANG*. 2008. №2/121. P. 5.

<sup>4</sup> Rudolf B. Schlesinger. *Research On The General Principles Of Law Recognized By Civilized Nations*. *The American Journal of International Law*. 1957. Vol. 51. P. 734-753.

<sup>5</sup> Henkin L. *International Law: Politics, Values and Functions: General Course in Public International Law*. 1989. P. 61-62.

<sup>6</sup> M. C. Bassiouni, *A Functional Approach to “General Principles of International Law”*. *Michigan Journal of International Law*. 1990, Vol. 11, Issue 3. P. 768-818.

права. Науковець обґрунтовує, що загальні принципи мають фактичний характер і сприймаються більшістю як належні, а також мають такі ознаки: є частиною міжнародного права; мають певну автономність; сприяють творчості суддів; є основоположними для правової системи; можуть бути “ідеями”, тому мають філософський характер; є одним із трьох джерел міжнародного права і підтримують міжнародну правову систему.<sup>1</sup> На нашу думку, загальні принципи можуть бути закріплені в міжнародних актах, національному законодавстві та випливати із сутності права.

Незважаючи на те, що в науковій літературі переважає обмежений підхід до розуміння загальних принципів права, зокрема їх дією в рамках національної правової системи, ми поділяємо іншу наукову позицію, що загальні принципи права є загальнолюдськими, і відповідно вони підходять для будь-якої правової системи, оскільки відображають найкращі досягнення людства і широко визнані в міжнародних документах.<sup>2</sup>

Загальні принципи права не слід ототожнювати із принципами міжнародного права. Якщо звернутися до положень Статуту Організації Об'єднаних Націй, то, згідно зі ст. 1, ООН повинна свою діяльність здійснювати у відповідності із принципами справедливості та міжнародного права.<sup>3</sup> У ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН встановлено, що при вирішенні спорів Суд повинен керуватися міжнародним правом і загальними принципами права, які визнані цивілізованими націями.<sup>4</sup> Загальні принципи можуть забезпечувати узгодженість міжнародно-правового порядку. Вони є і первинним джерелом міжнародного права, коли більшість цивілізованих правових

<sup>1</sup> Maria Panezi. *Sources of Law in Transition. Re-visiting General Principles of International Law*. *Ancilla Iuris*. 21.12.2007. P. 70-71.

<sup>2</sup> Зайчук О.В. *Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права*. Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 26 ; Рабінович П.М. *Основи загальної теорії права та держави* : навч. посіб. Вид. 9-те зі змінами. Львів : Край, 2007. С. 102-105.

<sup>3</sup> Статут Організації Об'єднаних Націй від 26.06.1945. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010)

<sup>4</sup> Статут Міжнародного Суду ООН від 26.06.1945. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010)



систем їх вважають загальноновизнаними. М.К. Бассіуні вважає, що, якщо принцип існує в більшості національних законів, він є так само суттєвою частиною структури міжнародного права. І серед таких загальних принципів автор називає принципи справедливості, рівності та добросовісності.<sup>1</sup> Європейські дослідники також зазначають, що загальні принципи, визнані у національному законодавстві, є резервом принципів, які міжнародний суддя уповноважений ст. 38 застосовувати у міжнародному спорі, якщо їх застосування видається релевантним та доцільним у різних умовах.<sup>2</sup>

При цьому міжнародні суди обмежено застосовують загальні принципи права з різних причин: по-перше, міжнародні суди та трибунали неохоче використовують загальні принципи, по-друге, загальні принципи рідко застосовують як підставу позову, і, по-третє, вчені-правознавці внесли свій внесок у критику щодо загальних принципів як “неоднозначного джерела права”<sup>3</sup>. Попри це, загальні принципи є найважливішим елементом міжнародного права, без якого неможливе його ефективне функціонування.

У нещодавно опублікованій у Великобританії науковій праці, яку порівнюють з фундаментальною працею про принципи права Б. Ченга<sup>4</sup>, аналізується значення загальних принципів права при розгляді транснаціональних спорів.<sup>5</sup> Автори цієї праці обґрунтовують, що загальні принципи “мають важливе значення для верховенства права в міжнародних відносинах”. Загальні принципи відіграють важливу роль у міжнародно-правовому процесі, заповнюючи прогалини, залишені

<sup>1</sup> M.C. Bassiouni. A Functional Approach to “General Principles of International Law”. *Michigan Journal of International Law*. 1990, Volume 11, Issue 3. P. 772-773.

<sup>2</sup> Lord Lloyd-Jones. General Principles of Law in International Law and Common Law. 16 February 2018. P. 2. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180216.pdf>

<sup>3</sup> Christina Voigt. The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law. *RETÆRD ÅRGANG*. 2008. № 2/121. P. 5.

<sup>4</sup> B. Cheng. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. London : Stevens, 1953. P. 490.

<sup>5</sup> Charles T. Kotuby, Luke A. Sobota. *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*. Oxford: Oxford University Press, 2017. 304 p.

іншими джерелами міжнародного права.<sup>1</sup> Саме тому, важко погодитися з О. Юхимюк, яка вважає, що конструкція загальних принципів права настільки мінлива, що їх застосування міжнародним судами може призвести до квазіправотворчості та призведе до недотримання засади передбачуваності судової практики.<sup>2</sup> Навпаки, загальні принципи формуються протягом тривалого історичного періоду, є найкращим надбанням цивілізації і характеризуються підвищеним ступенем стабільності.

Щодо того, які принципи є загальними, також думки науковців різняться. Так, П. Рабінович до загальнолюдських принципів права відносить: закріплені та захищені правом основні права людини, їх свобода; юридичну рівність перед державою та законом; єдність юридичних прав та обов’язків; загальнодозволений тип регулювання поведінки людей і їх об’єднань (“дозволено все, крім прямо забороненого законом”); спеціально дозволений тип регулювання діяльності державних органів та посадових осіб та ін.<sup>3</sup> На думку, О.О. Мережка серед загальних принципів права варто виділити: *acta sunt servanda*, добросовісність, незловживання правом, рівність сторін у спорі, відповідальність за правопорушення, справедливість тощо.<sup>4</sup>

Таким чином, до загальних принципів права можна віднести такі: верховенство права; рівність; справедливість, гуманність, демократичність, застосування юридичної відповідальності тільки в разі вчинення особою винного протиправного діяння (презумпція невинуватості особи) та інші.

<sup>1</sup> Martins Paporinskis. Book Reviews. Charles T. Kotuby Jrand Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*. Oxford: Oxford University Press, 2017. *The European Journal of International Law*. 2019. Vol. 30. №. 2. P. 691.

<sup>2</sup> Ольга Юхимюк. Роль загальних принципів права у здійсненні судочинства в міжнародному праві. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 3. С. 222.

<sup>3</sup> Рабінович П.М. *Основи загальної теорії права та держави* : навч. посіб. Вид. 9-те зі змінами. Львів: Край, 2007. С. 102.

<sup>4</sup> Мережка О.О. Загальні принципи права як джерело міжнародного права та транснаціонального торгового права. *Науковий вісник Дипломатичної академії України*. 1999. Вип. 2. С. 192.

Загальні принципи права також мають регулюючий вплив на сімейні відносини. Важливо проаналізувати значення та вплив верховенства права на сімейно-правове регулювання.

Верховенство права, на думку С.П. Погребняка, є ціннісним сплавом ідей справедливості, рівності, свободи та гуманізму, який формує відповідний образ правової системи і визначає умови, за яких цей образ перетворюється на реальність.<sup>1</sup> Верховенство права розглядають і як програмний принцип сучасного права, що є “ціннісним сплавом ідей справедливості, рівності, свободи і гуманізму”, що призначений для перетворення правових ідеалів у практичну площину, досягнення гармонії правових цінностей та правової нормативності.<sup>2</sup>

В.Д. Гапотій вважає, що верховенство права може проявлятися у національній правовій системі: через верховенство закону (науковець уточнює, що того “закону, який відповідає вимогам природного права”); через “коректувальну” правотворчу практику та практику тлумачення, при якій позитивне право, яке не відповідає вимогам природного права, піддається корегуванню компетентними державними органами; через належну правозастосовчу діяльність, яка здійснюється відповідно до вимог природного права, за умови, коли позитивне право не містить однозначного вирішення ситуації.<sup>3</sup> На думку М.В. Савчина, до структури верховенства права входять: законність, правова визначеність, повага до прав людини, незалежність і безсторонність суду, заборона свавілля, рівність та заборона дискримінації<sup>4</sup>. З аналізу вказаних позицій, можна зробити висновок, що верховенство права є комплексною системою цінностей та принципів.

<sup>1</sup> Погребняк С. Роль основоположних принципів права в забезпеченні прав людини. *Наукове життя*. Вісник № 1 (56). С. 74. URL: [http://dspace.nulau.edu.ua/bitstream/123456789/5654/1/Pogrebnaak\\_71.pdf](http://dspace.nulau.edu.ua/bitstream/123456789/5654/1/Pogrebnaak_71.pdf)

<sup>2</sup> Чан Бін Лін. Принципи права Китайської Народної Республіки : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Одеса, 2017. С. 10.

<sup>3</sup> Гапотій В.Д. Верховенство права: сучасні наукові концепції : монографія. Мелітополь : Мелітопольський держ. пед. ун-т імені Богдана Хмельницького, 2016. С. 8-9.

<sup>4</sup> Савчин М.В. Порівняльне конституційне право : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2019. С. 105-106.

Таким чином, принцип верховенства права є вже не загальним принципом, а надбудовою над ними, своєрідним мега-принципом, концептуальною сутністю права.

Принцип верховенства права визнаний як елемент спільної спадщини держав-учасниць в преамбулі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року<sup>1</sup> і є в обґрунтованні багатьох рішень Європейського суду з прав людини.

Принцип верховенства права та загальні принципи права знайшли своє закріплення в Конституції України, зокрема: демократичність (ст. 1), верховенство права (ст. 8), визнання людини найвищою соціальною цінністю (ст. 3), невідчужуваність прав людини (ст. 21), рівність (ст. 21) та інші.<sup>2</sup> На жаль, несприйняття в суспільстві та суб'єктами правозастосування цих загальнолюдських принципів як дієвих норм, що мають пряму дію, і не є декларативними, призвело до уповільнення розбудови громадянського суспільства та правової держави, системних порушень прав людини, зростання корупції та недовіри до судової системи. Ми переконані, що у разі практичної реалізованості загальних принципів права та їх укорінення в правовій свідомості можливе твердження про формування правової держави.

У своїх рішеннях ЄСПЛ тлумачить принцип верховенства права, зокрема до основних його елементів відносить справедливий судовий розгляд та принцип правової визначеності (який в тому числі означає, що у будь-якому спорі рішення суду, яке набрало законної сили, не може ставитися під сумнів, тобто має дотримуватися принцип *res judicata*, –рішення ЄСПЛ у справах “Совтрансавто-Холдинг проти України”, параграф 72,<sup>3</sup> “Брумареску проти Румунії”, параграф 61<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>2</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>3</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Совтрансавто-Холдинг” проти України” (заява № 48553/99) від 25.07.2002. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_043](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_043)

<sup>4</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Брумареску проти Румунії” від 28 листопада 1999 року. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=307>



“Христов проти України”, параграфи 33-34<sup>1</sup>); відповідність закону (вчинені дії мають відповідати якісному закону, який не може суперечити принципу верховенства права, – рішення ЄСПЛ у справах “Крюслен проти Франції”, параграф 27<sup>2</sup>, “Назаренко проти України”, параграф 153<sup>3</sup>, “Хохліч проти України”, параграф 201<sup>4</sup>, “Полторацький проти України”, параграф 155<sup>5</sup>); втручання в права людини має переслідувати правомірну мету та бути необхідним у демократичному суспільстві (відповідність дій цим критеріям ЄСПЛ встановлює при розгляді кожної справи); принцип пропорційності (при розгляді оскаржуваного втручання ЄСПЛ має встановити, чи було воно “пропорційним легітимній меті, яка переслідувалась”, і чи можна причини, наведені національними органами, вважати “достатніми і належними” для виправдання такого втручання).

У контексті практики ЄСПЛ В.І. Темченко вважає, що концепція “верховенство права” включає такі принципи: 1) щодо форми права (принцип єдності писаного та неписаного права); 2) щодо сутності права (визнання принципу верховенства права сутнісною характеристикою всіх норм “закону”; принцип консенсусу моральної свободи у суспільстві; принцип верховенства права є принципом демократичного суспільства; рівність перед законом; гарантії демократичного суспільства та його інституцій); 3) щодо змісту права (принцип правової визначеності; принцип пропорційності; втручання у права повинно бути передбачено національним правом, що має гарантувати засоби захисту від свавільного втручання; межі свободи розсуду дискреційних повноважень держави; правові та практичні умови втілення за-

<sup>1</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Христов проти України” від 19 лютого 2009 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_443](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_443)

<sup>2</sup> Решение “Крюслен (Kruslin) против Франции” от 24 апреля 1990 г. URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461408/2461408.htm>

<sup>3</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Назаренко проти України” від 29 квітня 2003 року. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=594>

<sup>4</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Хохліч проти України” від 29 квітня 2003 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_112](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_112)

<sup>5</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Полторацький проти України” від 29 квітня 2003 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_838](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_838)

кону в життя); 4) у правосудді (принцип гарантованості прав судовим захистом та довіри до суду; ефективний громадський контроль над втручанням влади в здійснення прав людини; гарантію “немає злочину, немає покарання без закону, що його передбачає”; презумпція невинуватості; принцип доступу до правосуддя; принцип справедливого судового розгляду та принцип забезпечення виконання судових рішень).<sup>1</sup> Ми вже обґрунтували, що верховенство права є ціннісною надбудовою, мега-принципом. Водночас щодо складових концепції “верховенства права”, обґрунтованої В.І. Темченко, відсутні такі принципи як гуманізм, справедливість, які є, на нашу думку, ключовими складовими верховенства права.

Тлумачення принципу верховенства права здійснив і Конституційний Суд України в своєму рішенні від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004, зокрема верховенство права визначено як панування права у суспільстві, що вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, і відповідно закони за своїм змістом повинні відповідати ідеям соціальної справедливості, свободи, рівності та ін. Крім того, КСУ зауважив, що проявом верховенства права є також те, що право не обмежується законодавством як однією з його форм, а включає інші соціальні регулятори (норми моралі, традиції, звичаї тощо), які легітимовані суспільством, обумовлені культурним рівнем суспільства та якісно об’єднані відповідністю ідеології справедливості. Вказане розуміння принципу верховенства права, обґрунтовує неможливість отождолення права та закону, який може бути і несправедливим та обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість є однією з головних засад права, вирішальною при визнанні його регулятором суспільних відносин, загальнолюдянським виміром права.<sup>2</sup> Конституційний Суд України також зауважив, що основними елементами верховенства права є справедливість, рівність та право-

<sup>1</sup> Темченко В.І. Верховенство права у практиці Євросуду та конституційного суду України. *Наукові записки. Юридичні науки*. 2007. Том 64. С. 16-19.

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м’якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>

ва визначеність<sup>1</sup>. Те, що діяльність правотворчих та правозастосовчих органів повинна здійснюватися на підставі принципів справедливості, гуманізму, верховенства і прямої дії норм Конституції, а їх повноваження обмежуються законом, встановлено у рішенні КСУ від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005.<sup>2</sup>

Таким чином, верховенство права є тією ціннісною надбудовою, якій повинні відповідати принципи сімейного права як правові принципи нижчого рівня. Водночас верховенство права через свої складові елементи впливає як на процес правотворення сімейних норм, так і на якість правового регулювання сімейних відносин у відповідності до загальнолюдських цінностей, у тому числі справедливості, свободи та рівності.

Важливе значення має принцип правової визначеності, який у контексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, на думку науковців, виражається у таких вимогах: наявність правових підстав для втручання в права особи; правова визначеність злочину; створення судів виключно на підставі закону; правової регламентованості процедури встановлення вини; правове регулювання процедури оскарження вироків та виплати компенсації судової помилки; неприпустимості повторного засудження та покарання за злочини.<sup>3</sup> На дум-

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців тринадцятого, чотирнадцятого пункту 32 розділу I Закону України “Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи” та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України (справа про оподаткування пенсій і щомісячного довічного грошового утримання) від 27 лютого 2018 року № 1-р/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-18>

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV “Прикінцеві положення” Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” та офіційного тлумачення положення частини третьої статті 11 Закону України “Про статус суддів” (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання) від 11 жовтня 2005 року N 8-рп/2005. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-05>

<sup>3</sup> Темченко В. І. Верховенство права у практиці Євросуду та Конституційного Суду України. *Наукові записки. Юридичні науки*. 2007. Том 64. С. 17-18.

ку КСУ принцип правової визначеності як один із елементів верховенства права передбачає, що обмеження основних прав людини та практичне втілення цих обмежень допустиме тільки за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, і обмеження права має базуватися на критеріях, які дадуть змогу відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, а також передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.<sup>1</sup> Таким чином, принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості, однозначності, передбачуваності та стабільності норм сімейного права, як і всіх правових норм.

Важливу роль у регулюванні сімейних відносин відіграють такі принципи як справедливість, добросовісність та розумність.

Справедливість ряд науковців вважають не принципом, а радше якісною властивістю, субстанціальною сутністю права.<sup>2</sup> І.Г. Бабич відзначає, що принцип справедливості, який широко застосовувався ще у римському праві, використовувався в той час для правильного, відповідного властивостям самого права, розуміння норм позитивного права.<sup>3</sup> Ми погоджуємося з О.О. Отраднвою, що принцип справедливості за своєю сутністю є природно-правовим принципом, що не змінюється у зв’язку з його фіксацією у законодавстві.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України “Про міліцію” від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10> ; Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 7 частини другої статті 42 Закону України “Про вищу освіту” від 20 грудня 2017 року № 2-р/2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-17>

<sup>2</sup> Петрова Л.В. До оновленого правосвітогляду (роздуми над книгою професора Володимира Селіванова). *Юридичний вісник України*. 2002. 12-18 жовт. С. 7.

<sup>3</sup> Бабич І.Г. Принципи справедливості в римському праві і у сучасному зобов’язальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Одеса, 2006. С. 10.

<sup>4</sup> Отраднова О. Реалізація принципу справедливості у цивільно-правових зобов’язаннях із завдання недоговорної шкоди. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2007. Вип. 74-76. С. 121.

Основним орієнтиром принципу справедливості є добро, яке має бути повсюдно, що і є справедливістю.<sup>1</sup> Поширеною позицією є розгляд справедливості як рівності пропорцій або як концепції пропорційності обраних засобів поставленій меті. Справедливість є категорією, що завжди конкретна та універсальна за сферами використання, може бути реалізована через невичерпну різноманітність правозастосовної діяльності та захищається судом.<sup>2</sup>

Справедливість, на думку Н.Ю. Голубевої, вимагає відповідності між діями та їх соціальними наслідками. Принцип справедливості є визначальним для приватного права і саме тому впливає на метод його регулювання. Принцип справедливості в найбільшій мірі виражає загальносоціальну сутність права, прагнення до пошуку компромісу між учасниками правових відносин, між особою та суспільством, громадянином та державою.<sup>3</sup> На думку В.Д. Примака, справедливість може бути визначена як окрема властивість, один з численних проявів верховенства права та як цілісна, інтегральна ознака правопорядку, що побудований на засадах верховенства права.<sup>4</sup> Безперечно, справедливість є ядром права і проявляється у зв'язку із дією верховенства права.

З позиції природного права справедливість – це застосування моральних критеріїв як правових вимог до актів законодавства, поняття про належне, яке відповідає розумінню сутності прав людини. Дуже часто справедливість розуміють як концепцію пропорційності обраних засобів поставленій меті.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Сливка С. Філософські принципи у праві. 2014. С. 91. URL: <http://ena.lp.edu.ua/bitstream/ntb/24597/1/17-87-95.pdf>

<sup>2</sup> Цюкало Ю.В. Принцип справедливості у цивільно-правовому аспекті. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2013. Вип. 644. Правознавство. С. 72

<sup>3</sup> Голубева Н.Ю. Поняття та система принципів цивільного процесуального права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2010. С. 106.

<sup>4</sup> Примак В.Д. Справедливість цивільно-правової відповідальності у співвідношенні з принципами розумності, добросовісності, верховенства права, юридичної рівності та пропорційності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2014. № 24. Т. 2. С. 86.

<sup>5</sup> Менджул М.В. Принцип справедливості в правовому регулюванні сімейних відносин в Україні (окремі аспекти) : матеріали ІХ Міжнар. наук.-практ. конф. “Закарпатські правові читання”, (м. Ужгород, 20-22 квіт. 2017 р.) / Ужгородський національний ун-т ; за заг. ред. В.І. Смоланки, О.Я. Рогача, Я.В. Лазура. Ужгород, 2017. Т. 1. С. 272.

Усталеним у науковій літературі є також підхід, що добросовісність є внутрішнім критерієм, в той час як справедливість і розумність – зовнішнім або об'єктивним мірилом якості права. Автор поділяє позицію науковців, що співвідношення принципу верховенства права, засад справедливості, розумності та добросовісності, а також людської гідності як найважливіших правових цінностей характеризується їх тісною взаємодією, оскільки: справедливість є підґрунтям для практичного утвердження людської гідності, що становить вершину ієрархії цивілізаційних цінностей демократичного суспільства; розумність і добросовісність є відносно самостійними засадами правового регулювання, які у взаємодії одна з одною та іншими основоположними принципами права створюють передумови для реалізації справедливості; інституціональні та інструментальні елементи принципу верховенства права становлять фундамент для втілення засад справедливості, розумності й добросовісності.<sup>1</sup>

Принцип справедливості є загальним принципом права, також засадою цивільного та сімейного права. Принцип справедливості в сімейному праві, на думку В.М. Чернеги, – це морально-правова ідея, на якій ґрунтується сімейно-правове регулювання відносин на підставі правильного, об'єктивного, неупередженого та збалансованого ставлення до всіх учасників.<sup>2</sup>

На нашу думку, справедливість у сімейному праві можна визначити як встановлені правовими нормами, а також такі, що їм не суперечать, обсяг та межі здійснення і захисту прав та інтересів учасників сімейних відносин, що є недискримінаційними та пропорційними. Принцип справедливості є засобом відновлення дисбалансу між нерівними учасниками сімейних відносин (наприклад, батьками та дітьми).

Принцип справедливості знайшов своє застосування і в судовій практиці. Так, принцип справедливості вже неодноразово застосовувався при вирішенні справ Конституційним Судом України. Зокрема,

<sup>1</sup> Примак В.Д. Справедливість цивільно-правової відповідальності у співвідношенні з принципами розумності, добросовісності, верховенства права, юридичної рівності та пропорційності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2014. № 24. Т. 2. С. 88.

<sup>2</sup> Чернега В.М. Оціночні поняття в сімейному праві України. *Форум права*. 2015. № 4. С. 314.

у рішенні від 22 вересня 2005 року КСУ зазначив, що із конституційних принципів рівності та справедливості випливає вимога ясності, визначеності та недвозначності норми права, оскільки ніщо інше не може забезпечити її однакове застосування.<sup>1</sup> У своєму рішенні від 2 листопада 2004 року Конституційний Суд України визначив, що справедливість – це одна з основних засад права, яка має вирішальне значення у визначенні його як регулятора суспільних відносин, є одним із загальнолюдських вимірів права. Як правило, справедливість розглядають як властивість права, що виражається у рівному юридичному масштабі поведінки, а також у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. Справедливе застосування норм права передбачає насамперед недискримінаційний підхід та неупередженість.<sup>2</sup> Конституційний Суд України також розглядає принцип справедливості в поєднанні з принципом розмірності<sup>3</sup>, а в рішенні від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005 визначає розмірність як елемент принципу справедливості.<sup>4</sup> Рішення Конституційного Суду

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X “Перехідні положення” Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005 № 5-рп/2005. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05/page>

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м’якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04/print1470342840760363>

<sup>3</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 70 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини першої статті 10, пункту 3 частини другої, частин п’ятої, шостої статті 11, статті 15, частини першої статті 17, статті 24, пункту 3 розділу VI “Заключні положення” Закону України “Про політичні партії в Україні” (справа про утворення політичних партій в Україні) від 12 червня 2007 року. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-07>

<sup>4</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 1.17 статті 1, статті 8 Закону України “Про порядок погашення зобов’язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами” (справа про податкову заставу) від 24 березня 2005 р. № 2-рп/2005. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-05/print1470342840760363>

України про тлумачення норм Сімейного кодексу України<sup>1</sup>, хоч і не містять прямого посилання на принцип справедливості, проте відповідають його змісту.

Суди загальної юрисдикції під час розгляду сімейних спорів так само застосовують принцип справедливості, в тому числі при розгляді справ про право на утримання, стягнення та зміну розміру аліментів (рішення Кіровського районного суду міста Кіровограда від 19 липня 2016 р.<sup>2</sup>, рішення Кременчуцького районного суду Полтавської області від 25 листопада 2016 р.<sup>3</sup>, рішення Чортківського районного суду Тернопільської області від 1 лютого 2017 р.<sup>4</sup> тощо), розірвання шлюбу (рішення Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 28 липня 2011 р.<sup>5</sup>, рішення Заводського районного суду м. Запоріжжя від 4 березня 2016 р.<sup>6</sup> тощо) та інші.

Справедливість є конкретною та універсальною категорією, що може бути реалізована через невичерпну багатоманітність правозастосовної діяльності та захищається в судовому порядку. Справедливість в сімейному праві має суб’єктивно-об’єктивний характер. З одного боку, справедливість відображає намір учасника правових відно-

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення частини другої статті 211 Сімейного кодексу України (справа про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною) від 3 лютого 2009 року № 3-рп/2009. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-09>. ; Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства “ІКІО” щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19 вересня 2012 року № 17-рп/2012. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-12>

<sup>2</sup> Рішення Кіровського районного суду міста Кіровограда від 19 липня 2016 р. по справі № 404/8032/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59115635>

<sup>3</sup> Рішення Кременчуцького районного суду Полтавської області від 25 листопада 2016 р. по справі № 536/1750/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62972159>

<sup>4</sup> Рішення Чортківського районного суду Тернопільської області від 1 лютого 2017 р. по справі 608/2084/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64557015>

<sup>5</sup> Рішення Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 28 липня 2011 р. по справі № 0417/2-900/2011. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/47650677>

<sup>6</sup> Рішення Заводського районного суду м. Запоріжжя від 4 березня 2016 р. по справі № 332/416/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56262911>



син зіставляти свої інтереси з інтересами інших учасників, з іншого боку – являє собою певну об'єктивну умову людського існування.

Значну роль принцип справедливості відіграє у випадку, коли є прогалини в сімейному законодавстві, тобто коли застосовують уже не аналогію закону, а аналогію права, тобто відносини регулюють відповідно до загальних принципів права та законодавства.

Загалом зміст принципу справедливості полягає в тому, що як тексти нормативно-правових актів, що регулюють сімейні відносини, так і способи здійснення сімейних прав та виконання сімейних обов'язків учасниками сімейних відносин мають бути належними та відповідати загальноновизнаним нормам моралі. Крім того, принцип справедливості у сімейному праві полягає у достатності правового регулювання, в тому числі з метою створення ефективної системи захисту прав для кожного учасника сімейних відносин.<sup>1</sup>

Крім принципу справедливості, міжгалузевий характер мають також принципи добросовісності та розумності. Н.Ф. Чубоха, вважає добросовісність морально-етичною категорією, яка є оціночною, поєднує об'єктивний (вимогу певної поведінки суб'єкта правовідносин, що передбачена правовою нормою) та суб'єктивний (пов'язаний з діями суб'єкта правовідносин, які мають відповідати критеріям чесності, правдивості та поваги до прав інших осіб, безумовного виконання обов'язків та розумінням необхідності певної поведінки) елементи.<sup>2</sup> Л.В. Красицька вважає, що: “добросовісною є така поведінка, яка передбачає усвідомлення особою своїх вчинків і зіставлення їх з установленими в суспільстві вимогами щодо корисної поведінки, яке не порушує права інших осіб та надає можливість задовольняти особисті

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принцип справедливості в правовому регулюванні сімейних відносин в Україні (окремі аспекти) : матеріали ІХ Міжнар. наук.-практ. конф. “Закарпатські правові читання”, (м. Ужгород, 20-22 квітня 2017 р.) / Ужгородський національний ун-т ; за заг. ред. В.І. Смоланки, О.Я. Рогача, Я.В. Лазура. Ужгород, 2017. Т. 1. С. 275-276.

<sup>2</sup> Чубоха Н. Ф. Принцип добросовісності у цивільному праві України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 2. С. 174.

потреби”.<sup>1</sup> І.А. Діковська обґрунтовує, що застосування принципу добросовісності можливе внаслідок створеної системи правил, які розроблені доктриною, судовою практикою, і які сприяють “об'єктивації” добросовісності (створенню спеціальних обов'язків, заборон, що розкривають зміст добросовісності).<sup>2</sup> Таким чином, будучи моральною категорією, добросовісність встановлює правові вимоги щодо поведінки учасників відносин і відображає усвідомленість ними відповідності своєї поведінки таким вимогам.

Принцип добросовісності, на думку В.М. Чернеги, реалізується в нормах СК України шляхом встановлення: норм, які місять вимогу добросовісної поведінки суб'єктів сімейного права; норм, що закріплюють правило поведінки, яке відповідає вимогам добросовісності; норм, які встановлюють презумпцію добросовісності дій учасника сімейних правових відносин; норм, що визначають наслідки недобросовісності (санкції чи інші правові наслідки).<sup>3</sup> Така позиція потребує уточнення, оскільки проведений аналіз положень СК України показав, що вимога добросовісності у регулюванні сімейних відносин міститься тільки у ч. 9 ст. 7, тому переважно сімейне законодавство містить норми, що встановлюють правила поведінки учасників у відповідності із принципом добросовісності.

Щодо принципу розумності, то на думку В.М. Чернеги більшість норм сімейного права є втіленням вказаного принципу, і на основі його вимог забезпечується: об'єктивне тлумачення категорій в сімейному праві, які є оціночними; встановлення доцільних правил поведінки учасників сімейних відносин; відповідність засобів меті сімейно-правовому регулюванню; дотримання вимог розсудливості

<sup>1</sup> Красицька Л. В. Правові наслідки добросовісної поведінки в сімейних правовідносинах : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 22 лютого 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 72.

<sup>2</sup> Діковська І.А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань : монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2014. С. 273.

<sup>3</sup> Чернега В.М. Способи втілення принципу добросовісності в нормах сімейного права України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 2. С. 80-84.

учасниками сімейних відносин.<sup>1</sup> На відміну від Цивільного кодексу України, норми якого досить часто застосовують принцип розумності, у тому числі щодо строків, Сімейний кодекс України, в більшій мірі ґрунтує правове регулювання сімейних відносин на вказаному принципі, нефіксує його.

Таким чином, загальні принципи є в основі правового регулювання всіх суспільних відносин, у тому числі сімейних. Вони є своєрідною базою основних юридичних понять, які є універсальними у застосуванні, незалежні від правових інститутів будь-якої конкретної держави та є невід'ємною сутністю всіх правових систем. З'ясування ступеня проникнення загальних принципів права у правову систему неможливе без компаративних досліджень, при здійсненні яких повинен застосовуватися порівняльно-правовий аналіз національних емпіричних даних.

У межі найбільш поширеної класифікації принципів права важко вмістити загальні принципи права ЄС, серед яких науковці виділяють: принцип поваги до основних прав; спільні принципи для правових систем держав-членів ЄС; загальні принципи міжнародного права; принципи, що походять з природи права ЄС (принципи солідарності, щирого співробітництва, пропорційності, недискримінації, правової визначеності, принцип законних очікувань).<sup>2</sup> Наведена класифікація принципів права ЄС умовна. Водночас, в основних документах ЄС вживаються різні терміни принципів, зокрема - керівні, існуючі, базові, фундаментальні, загальні, істотні.<sup>3</sup> Ці різні означення застосовуються до основних принципів ЄС, які розглядають як загальну систему відліку для всього первинного права, правового порядку ЄС.

Принципи права ЄС мають вплив на національні правові системи держав-членів, і є їх частиною. Так, у Великобританії, під впливом

<sup>1</sup> Чернега В.М. Принцип розумності в сімейному праві України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 1. С. 49.

<sup>2</sup> Назаренко О.А. Загальні принципи права ЄС в правовій системі ЄС. *Правове регулювання економіки*. 2015. № 15. С. 245-248.

<sup>3</sup> Arminvon Bogdandy. *Founding Principles of EU Law. A Theoretical and Doctrinal Sketch*. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2010. № 12. P. 47-48.

права Європейського Союзу та практики ЄСПЛ, суди Сполученого Королівства у своїй практиці принципи законних очікувань та пропорційності.<sup>1</sup> Є.В. Ткаченко зазначає, що принципи права ЄС є джерелом права і це помітно у рішеннях ЄСПЛ, а також німецькі науковці відносять їх до первинного права.<sup>2</sup> Таким чином, принципи права ЄС містяться в установчих договорах ЄС, практиці ЄСПЛ, визнаються джерелом права і відповідно займають особливе місце у системі правових принципів.

Окремо варто відзначити значення принципів, які утвердилися в практиці Європейського суду з прав людини. Зокрема, у рішеннях ЄСПЛ у справі “Вінтерверп (Winterwerp) проти Нідерландів” (п. 45)<sup>3</sup> та “Таважук проти України” (п. 63)<sup>4</sup> встановлено, що “національне законодавство повинно відповідати як Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, так і загальним принципам, що в ній виражені або впливають з неї”. Таким чином, незважаючи на те, чи принципи прямо закріплені в Конвенції, чи впливають з неї, національне законодавство і практика його застосування повинні їм відповідати. Досить часто ЄСПЛ обґрунтовує свої рішення, керуючись принципами верховенства права, законності, пропорційності, субсидіарності та ін.

Крім того, виникає питання про місце та значення принципів колізійного регулювання сімейних відносин, які є не замінними у регулюванні сімейних відносинах з іноземним елементом. В.Я. Калакура зауважує, що подальшими тенденціями розвитку колізійного регулювання є удосконалення принципу тісного зв'язку, розширення застосування до сімейних відносин принципів автономії волі та застосу-

<sup>1</sup> Lord Lloyd-Jones. *General Principles of Law in International Law and Common Law*. 16 February 2018. P. 8. URL: <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-180216.pdf>

<sup>2</sup> Ткаченко Є. В. Загальні принципи права в правовій системі Європейського Союзу. *Університетські наукові записки*. 2009. № 1. С. 324.

<sup>3</sup> Рішення ЄСПЛ у справі “Вінтерверп (Winterwerp) проти Нідерландів” від 24 жовтня 1979 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_155](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_155)

<sup>4</sup> Рішення ЄСПЛ у справі “Таважук проти України” від 18 лютого 2010 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_546/print](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_546/print)



вання сприятливого права для слабкої сторони.<sup>1</sup> Вказані принципи є важливими регуляторами у міжнародному приватному праві загалом і міжнародному сімейному праві, зокрема, та мають відносну самостійність щодо матеріально-правових принципів, і водночас виконують щодо них допоміжну роль.

Враховуючи викладене, принципи права варто класифікувати на: над-принцип (верховенство права), загальні принципи права, наднаціональні принципи права (принципи права ЄС, принципи, утверджені в практиці ЄСПЛ), національні принципи права (включають міжгалузеві, галузеві, підгалузеві та інституційні принципи права).

Таким чином, у сімейному праві діє над-принцип верховенства права, а також такі загальні принципи: законність, справедливість, демократизм, гуманізм та рівність.

Невирішеною науковою проблемою є ієрархічність принципів в системі джерел права, а також питання ієрархії у системі самих принципів. Йозеф Рац зауважував, що принципи використовуються для тлумачення не тільки всіх законів, але й інших принципів меншого рівня.<sup>2</sup> М.К. Бассіуні в своєму дослідженні стверджує, що загальні принципи є “*jus cogens*”, тобто мають найвищу силу в ієрархії всіх інших принципів та норм.<sup>3</sup> О.О. Уварова при формулюванні поняття принципів права зауважує, що принципи права мають ієрархічну єдність, а також зазначає, що уся система принципів права є розгортанням принципу справедливості, і принципи нижчого рівня виводяться з його змісту і встановлюють вимоги, яким повинен відповідати механізм правового регулювання та практика.<sup>4</sup> Ми погоджуємося з науковцями, адже загальним принципам права повинні відповідати над-

<sup>1</sup> Калакура В.Я. Удосконалення принципів колізійного регулювання сімейних відносин в сучасних умовах : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 22 лютого 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 57.

<sup>2</sup> Joseph Raz. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*. 1972. Vol. 81. Issue 5. P. 839.

<sup>3</sup> Bassiouni M. C. A Functional Approach to “General Principles of International Law”. *Michigan Journal of International Law*. 1990. Volume 11, Issue 3. P. 801.

<sup>4</sup> Уварова О. О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : монографія. Харків: Друкарня МАДРИД, 2012. С. 55-56.

національні та національні принципи права (галузеві, підгалузеві та інституційні принципи права). Ієрархічність принципів природно зумовлена ієрархією цінностей, які вони відображають та утверджують.

Національні принципи права (міжгалузеві, галузеві, підгалузеві та інституційні) можуть бути однаковими у багатьох державах, наприклад принципи свободи договору, добровільності шлюбу, найкращих інтересів дитини, протидії насильству в сім'ї тощо. При цьому не обов'язковим є поділ національної системи права на галузі чи підгалузів, як це є традиційним в Україні та державах романо-германської правової сім'ї.

Ми погоджуємося з позицією М. Козюбри, що в умовах глобалізаційних процесів, навіть при сучасних кризових явищах, які їх супроводжують, зосередження дослідження тільки в рамках національних принципів права, пошуку винятково української специфіки, може призвести до чергової правової ізоляції, яка вже мала місце у вітчизняній історії.<sup>1</sup> Саме тому, на нашу думку, дослідження національних принципів права сімейного права повинно відбуватися з врахуванням міжнародного досвіду, загальнолюдських та європейських цінностей. Безумовно принципи права України мають свою специфіку, зумовлену історичним розвитком нашої держави, розвитком культури, моральними та духовними цінностями, віковим прагненням до свободи, незалежності та поваги до людської гідності, що підтверджено і останнім десятиліттям історії нашої незалежності.

Щодо розуміння місця сімейного права у правовій системі України, то ми вже обґрунтували в підрозділі 1.1., що досі серед науковців є дві позиції, а саме: визнання сімейного права як самостійної галузі права та як підгалузів цивільного права. Для нашого дослідження важливо з'ясувати співвідношення принципів сімейного права та цивільного права і значення останніх у регулюванні сімейних відносин.

Варто зауважити, що ряд науковців відстоюють позицію, згідно якої принципи сімейного права характеризується своїми особливостями, і відповідно сімейне право має специфічні принципи. Зокрема

<sup>1</sup> Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 160-161.

Боднар Т.В. виділяє власне принципи сімейного права України і відзначає, що вони є галузевими.<sup>1</sup>

Принципи цивільного права є галузевими і О.В. Басай під ними пропонує розуміти: “конкретизовані правосвідомістю засадничі положення цивільного права, що відображають об’єктивні закономірності розвитку та потреби суспільства, які існують у декількох площинах (у вигляді правових ідей, нормативно закріплених принципів цивільного права) та відповідно до яких здійснюється правове регулювання цивільних відносин”.<sup>2</sup> Під принципами цивільного права науковці також розуміють “керівні засади, основоположні ідеї, основні положення, які виражають сутність цивільно-правового регулювання, забезпечують його внутрішню єдність, визначають загальний зміст та спрямованість”.<sup>3</sup>

Принципи цивільного права також класифікують і, зокрема, такі як диспозитивність, рівність сторін, об’єктивної істини, змагальності відносять до міжгалузевих. До галузевих відносять більшість засад цивільного законодавства, серед підгалузевих – принципи права власності, зобов’язального, спадкового права тощо. Такі принципи як принципи виконання зобов’язань, авторського права, цивільно-правової відповідальності О.В. Басай вважає принципами окремих інститутів цивільного права.<sup>4</sup>

О.О. Кот у своєму дисертаційному дослідженні обґрунтовує, що на здійснення суб’єктивних цивільних прав впливають три рівні принципів, а саме: загальноправові принципи; галузеві принципи (власне принципи цивільного права, - свобода здійснення суб’єктивних ци-

<sup>1</sup> Боднар Т.В. До питання щодо принципів сімейного права України : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 22 лютого 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 13.

<sup>2</sup> Басай О.В. Загальні засади (принципи) цивільного законодавства України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Одеса, 2014. С. 6.

<sup>3</sup> Цивільне право України : підручник : в 2 т. Т. 1 / кол. авторів ; за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів, 2014. С. 14.

<sup>4</sup> Басай О.В. Деякі проблеми класифікації принципів цивільного права. *Правова держава*. 2013. № 16. С. 57.

вільних прав, справедливість, добросовісність, розумність); спеціальні (інституційні) принципи. До останньої групи науковець відносить саме принципи здійснення суб’єктивних цивільних прав (здійснення суб’єктивного цивільного права відповідно до мети та гарантованість здійснення суб’єктивного права).<sup>1</sup> Можна погодитися із науковцем, що такі принципи як диспозитивність та рівність мають загальний характер.

В дисертаційному дослідженні О.В. Басай обґрунтував, що до групи принципів цивільного права, які виводяться із змісту інших норм ЦК України належать принципи: “юридичної рівності, вільного волевиявлення чи диспозитивності (ч. 1 ст. 1 ЦК України), недопустимості односторонньої відмови від зобов’язання (ст. 525, 629, 651 ЦК України); здійснення цивільних прав відповідно до моральних засад суспільства (ч. 4 ст. 13 ЦК України), належного виконання зобов’язання (ст. 526 ЦК України), реального виконання (ч. 1 ст. 622 ЦК України), економічності виконання зобов’язання (ст. 666, 845 ЦК України)”.<sup>2</sup> Ми погоджуємося, що такий принцип як диспозитивність не є виключно цивільно-правовим принципом. Н.С. Кузнецова зазначає, що хоча серед засад цивільного законодавства, визначених у ст. 3 ЦК України немає принципу диспозитивності, але ні в кого не виникає сумнівів щодо цього принципу.<sup>3</sup> О.Є. Кухарев вважає диспозитивність важливим регулятором динаміки цивільних правовідносин, а також фактором, що визначає розвиток сімейного законодавства.<sup>4</sup>

В.В. Кочин вважає, що загальноцивілізаційними є також принципи неприпустимості позбавлення права власності, неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини та судовий за-

<sup>1</sup> Кот О.О. Проблеми здійснення та захисту суб’єктивних цивільних прав : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2017. С. 58-82

<sup>2</sup> Басай О.В. Загальні засади (принципи) цивільного законодавства України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Одеса, 2014. С. 6.

<sup>3</sup> Кузнецова Н.С. Принципи сучасного зобов’язального права України. *Українське комерційне право*. 2003. № 4. С. 10-11.

<sup>4</sup> Кухарев О.Є. Диспозитивність як базова категорія приватного права. *Право і суспільство*. 2017. № 6. С. 72.

хист цивільного права та інтересу.<sup>1</sup> Ми частково погоджуємося з такою позицією, єдине загальний характер має не принцип судового захисту цивільного права та інтересу, а принцип судового захисту прав та інтересів.

В.А. Кройтор зазначає, що принципи справедливості, добросовісності, розумності, в основі яких лежать моральні категорії, в наукових дослідженнях не чітко розмежовують з поняттям моральних засад суспільства, згідно яких мають регулюватися відносини, і у випадку конкуренції між писаними принципами цивільного права та моральними засадами суспільства, перевага надається саме принципам.<sup>2</sup> Нами вже проаналізовано принципи добросовісності та розумності, але можна погодитися із науковцем, що вони тісно пов'язані із принципом моральності (відповідності моральним засадам суспільства).

В.М. Чернеги під принципом відповідності моральним засадам суспільства пропонує розуміти морально-правову ідею, на якій ґрунтується сімейно-правове регулювання відносин на основі усталених поглядів про сім'ю, що склалися у свідомості людей на основі уявлень про добро, гідність, совість, людяність та інші панівні у суспільстві загальнолюдські цінності.<sup>3</sup> На нашу думку, принцип відповідності моральним засадам суспільства вже вийшов за рамки галузевих принципів. Щодо його значення у сімейному праві, то саме правове регулювання сімейних відносин найтісніше пов'язано із моральними засадами, які склалися у суспільстві. Ми ілюстративно це наводимо на прикладі змін у правовому регулюванні інституту шлюбу у ряді зарубіжних держав під впливом трансформації моральних цінностей (підрозділ 3.2).

<sup>1</sup> Кочин В.В. Принципи цивільного права України: проблеми нормативного закріплення та наукового пізнання : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 22 лютого 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 167.

<sup>2</sup> Кройтор В.А. Співвідношення змісту принципів цивільного права (справедливість, добросовісність та розумність) і моральних засад суспільства : матеріали XVII наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В.П. Маслова (Харків, 22 лютого 2019 р.). Харків : Право, 2019. С. 78-80.

<sup>3</sup> Чернега В.М. Морально-правові принципи в сімейному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2015. С. 5

Принцип моральності (відповідності моральним засадам суспільства) є явним принципом сімейного права, який чітко зафіксований у СК України. Зокрема: як засада регулювання сімейних відносин (ч. 9 ст. 7); як обмеження для підстав створення сім'ї (ч. 4 ст. 3); як обмеження договірному регулюванню сімейних відносин (ст. 9, ч. 5 ст. 97) та застосування звичаїв (ст. 11); як підстава для зміни сімейних правовідносин чи настання сімейно-правової відповідальності (ч. 3 ст. 31); як обмеження сімейних прав (ч. 2 ст. 56, ч. 3 ст. 151, ч. 3 ст. 155). Чітка фіксація принципу моральності зумовила і поширену судову практику, в якій при обґрунтуванні рішень застосовується вказаний принцип, і не тільки у зв'язку із закріпленням у відповідних нормах СК України<sup>1</sup>, але і з певною інтерпретацією суду (наприклад "відсутність морально-правової основи шлюбу")<sup>2</sup>.

На нашу думку, чітка фіксація принципу моральності у СК України зумовлена тісним зв'язком сімейного права та моральних засад суспільства, і принципи сімейного права є певним відображенням впливу морального розвитку суспільства на сімейні відносини. Саме тому принцип відповідності моральним засадам суспільства можна визначити як фундаментальну ідею правового регулювання сімейних відносин, що ґрунтується на стійких моральних поглядах про сім'ю, шлюб, відносини батьків та дітей у взаємозв'язку із усвідомленими уявленнями людини про добро, гідність та інші загальнолюдські цінності.

В.О. Кожевникова, порівнюючи принципи цивільного та сімейного права виділяє дві групи: загальні принципи, які характерні для обох галузей права (принцип рівноправності, майнової самостійності, автономії волі учасників правовідносин, свободи договору, легалізації окремих юридичних фактів, принцип забезпечення пріоритетного за-

<sup>1</sup> Рішення Київського районного суду м. Полтави від 31 жовтня 2014 р. у справі № 552/6379/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41160758>; Постанова Апеляційного суду Харківської області від 21 грудня 2017 р. у справі № 635/3465/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71340117>; Постанова Верховного Суду від 8 серпня 2018 року у справі № 727/3197/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75893964>

<sup>2</sup> Рішення Волочеського районного суду Хмельницької області від 29 січня 2013 р. у справі №: 671/83/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/28887994>

хисту прав та інтересів недієздатних членів сім'ї) та спеціальні принципи, які виділяють сімейне право, проте не підтверджують самостійність як галузі (тривалість існування відносин, принцип пріоритету сімейного виховання дітей, правового статусу дитини, забезпечення здійснення прав дитини).<sup>1</sup> Водночас у самих висновках автора наукової статті є суперечності: з одного боку В.О. Кожевникова зауважує, що сімейне право не може виділятися як самостійна галузь права, з іншого боку – стверджує: "... цивільне та сімейне право має ряд загальних принципів, притаманних обом галузям права". Крім того, ми не зовсім погоджуємося з такою класифікацією принципів, оскільки серед них є і загальні принципи (наприклад, рівності), і принципи, що набули міжгалузевого значення (наприклад, принцип автономії волі учасників правовідносин, свободи договору, легалізації окремих юридичних фактів). Крім того, автор до спеціальних принципів сімейного права відносить тривалість існування, що, на нашу думку, не є принципом, а особливістю сімейних відносин. Також не погоджуємося із віднесенням до принципів сімейного права правовий статус дитини.

На нашу думку, у контексті співвідношення цивільно-правових та сімейно-правових принципів як регуляторів сімейних відносин можна виділити: цивільно-правові принципи, які не регулюють сімейні відносини (наприклад, принцип свободи підприємницької діяльності та ін.); цивільно-правові принципи, які регулюють сімейні відносини (регулювання відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками, гарантування таємниці особистого життя їх учасників, неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя); виключно сімейно-правові принципи (державної охорони сім'ї, дитинства, материнства і батьківства, найкращих інтересів дитини, пріоритету сімейного виховання та ін.).

Також виникає питання чи можливі конфлікти між принципами права? Щодо сімейного права, то такі конфлікти можливі, наприклад між принципом рівності та принципом визнання тільки різностатевих шлюбів чи принципом полігамії. Саме ієрархічність системи принци-

<sup>1</sup> Кожевникова В.О. Принципи цивільного та сімейного права: порівняльно-правовий аспект. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2013. № 6-1. Том 2. С. 40-42.

пів, на нашу думку, може дозволити вирішити потенційні колізійні ситуації, і відповідно принципи нижчого рівня повинні тлумачитися із врахуванням їх підпорядкованості загальним принципам. Крім ієрархічності, варто, на нашу думку, враховувати критерій спеціальності, тобто в рамках принципів галузі сімейного права, може мати пріоритет принцип який регулює саме конкретний випадок.

Таким чином, система принципів правового регулювання сімейних відносин ширше поняття ніж принципи сімейного права, оскільки включає принцип верховенства права (який ми охарактеризували як над-принцип), загальні (справедливість, рівність, гуманність, законність, гарантування судового захисту прав та ін.), наднаціональні (у тому числі принцип законних очікувань та принцип пропорційності), а також національні принципи, які регулюють сімейні відносини. Серед національних принципів можна виділити цивільні принципи, які регулюють сімейні відносини (принцип регулювання відносин за домовленістю (договором) між їх учасниками, принцип неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя та ін.), сімейно-правові принципи та принципи інститутів сімейного права. Систему принципів сімейного права складають сімейно-правові принципи та принципи інститутів сімейного права. Виключно сімейно-правовими принципами є: державна охорона сім'ї, дитинства, материнства і батьківства; пріоритет найкращих інтересів дитини, заборона насильства в сім'ї та інші. До принципів інститутів сімейного права відносяться ті засади, які є основою регулювання однорідних сімейних відносин, наприклад, в основі інституту шлюбу такі принципи: одношлюбності (моногамії), добровільності шлюбу; свободи розірвання шлюбу та ін.

## РОЗВИТОК ПРИНЦИПІВ СІМЕЙНОГО ПРАВА У ПРАВІ УКРАЇНИ, ЄС, ВЕЛИКОБРИТАНІЇ, КАНАДИ ТА США

### 2.1. Способи фіксації принципів сімейного права у писаному праві

Принципи сімейного права виникають як ідеї, що визначають за-сади регулювання сімейних відносин, і поступово вони отримують визнання не тільки серед науковців та практикуючих юристів, але й утверджуються у правосвідомості, відображаються у нормативно-правових та правозастосовних актах. Дія принципів сімейного права залежить від усвідомлення суб'єктами правозастосування доцільності їх застосування для регулювання сімейних відносин. Принципи сімейного права можуть бути закріплені у писаному праві, що сприяє їх практичному застосуванню та в багатьох правових системах є обґрунтуванням прямої дії сімейно-правових принципів. Саме тому, важливим є аналіз способів фіксації принципів сімейного права у писаному праві.

На думку О.В. Зайчука, критерієм визначення держави як демократичної та правової є відповідність правової системи загальнолюдським принципам права, їх фіксація у внутрішньодержавному законодавстві та застосування в юридичній практиці, і оскільки Україна прагне увійти у світовий та європейський правовий простір, необхідно впровадити ці принципи у національне законодавство та юридичну практику.<sup>1</sup> На нашу думку, важливим є не тільки фіксація загальних принципів права, але і галузевих та підгалузевих, в тому числі і сімейного права.

Виникає запитання: чи повинні всі принципи права бути закріплені у писаному праві, чи вони можуть існувати у вигляді ідей? М.І. Козюбра зауважує, що принципи, як і правові норми, зазвичай закріплюються у джерелах права (нормативно-правових актах, судових

прецедентах, судовій практиці та ін.).<sup>1</sup> Ми не зовсім погоджуємося із тим, що судова практика і судовий прецедент є окремими джерелами права, судові рішення є актом правозастосування, джерелом права є саме судові прецеденти. Водночас слушним є поділ, запропонований науковцем принципів залежно від форми викладення на принципи, що безпосередньо сформульовані в джерелах права, і принципи, що не мають прямого вираження в джерелах права, існують в непрямій (латентній) формі. Подібний поділ нами розглянуто у першому розділі.

Позитивізм, як правило, при аналізі поняття “писане право”, ото-тожнює право та закон.<sup>2</sup> Тобто з позиції позитивізму, писане право – це право, яке закріплене в законах та інших нормативно-правових актах. При такому підході принципи сімейного права повинні бути закріплені у сімейному законодавстві, з чим ми не зовсім погоджуємося, оскільки принципи не обов'язково повинні бути закріплені у писаному праві. Л.В. Ярмол у дисертаційному дослідженні зазначає, що ЄСПЛ не один раз у своїх рішеннях наголошував, що під терміном “закон” слід розуміти норми, встановлені писаним правом, а також сформовані у прецедентному праві.<sup>3</sup> Водночас для цілей Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод нормативно-правовий акт вважатиметься “законом”, якщо він відповідає вимогам щодо його якості, а саме є доступним (оприлюдненим та передбачуваним) та чітким.<sup>4</sup> У пунктах 46 та 47 рішення у справі “Корецький та інші проти України” ЄСПЛ також наголосив на тому, що закон повинен бути “якісним”, і що це в тому числі означає його доступність для конкретної особи та сформульованість з достатньою чіткістю для того,

<sup>1</sup> Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ, 2015. С. 77-78.

<sup>2</sup> Саміло Г.О. Актуальні проблеми теорії права : навч. посіб. Запоріжжя : Про-світа, 2014. С. 30.

<sup>3</sup> Ярмол Л.В. Свобода вираження поглядів та проблеми юридичного забезпечення її реалізації в Україні (загальнотеоретичне дослідження) : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01. Львів, 2018. С. 281.

<sup>4</sup> Дудар С.К. Критерії якості закону: проблема доктринального визначення в аспекті правової інтеграції України та ЄС. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 1. С. 25.

<sup>1</sup> Зайчук О.В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 26.



щоб особа могла, в розумних межах та виходячи з обставин справи, зрозуміти наслідки спричиненої дії.<sup>1</sup> Якість закону пов'язана із принципом правової визначеності, з врахуванням якого науковці вважають, що закон повинен бути зрозумілим та чітким.<sup>2</sup> Ми погоджуємося з позицією, що термін “якість” закону передбачає: доступність та чіткість норм; передбачуваність норм; обмежену дискрецію компетентних органів для захисту від свавільного втручання та забезпечення законної мети.<sup>3</sup> Крім того, якість закону, на нашу думку, передбачає відповідність принципам права.

Таким чином, принципи сімейного права, що фіксуються у писаному праві, повинні бути закріплені у якісному законі, тобто такому, що є доступним та чітким. Якщо вони закріплюються у судових прецедентах, то останні також підпадають під дію принципу правової визначеності, і крім того, сам суд повинен бути законним (повинні бути правові підстави існування суду, формування складу суду у кожному провадженні, а також дотримання судом встановленої юрисдикції та норм закону).

Цікавою є позиція ЄСПЛ, висловлена у п. 47 рішення “The Sunday Times v. the United Kingdom”, згідно з ним “закон” у розумінні “передбачений законом” охоплює також і неписаний закон<sup>4</sup>. У справі ЄСПЛ “Стіл та інші проти Сполученого Королівства” (п. 54) ЄСПЛ підтвердив свою попередню позицію, що термін “законний” вимагає, щоб все право (писане або неписане) було достатньо чітким, щоб особа, у разі потреби, з належною консультацією, могла передбачати наслідки, які

<sup>1</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Корецький та інші проти України” (Заява № 40269/02) від 03.04.2008. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_446](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_446)

<sup>2</sup> Мусиченко О. Зрозумілість і чіткість закону як складова частина принципу правової визначеності в практиці Європейського суду з прав людини. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016.1/2. С. 149.

<sup>3</sup> Лоскутова М. Основні критерії визначення законності відповідно до практики Європейського суду з прав людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 8. С. 180.

<sup>4</sup> Case of the Sunday Times v. The United Kingdom, 26 April 1979. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57584%22%7D>

може спричинити дія.<sup>1</sup> Рівень передбачуваності, на думку ЄСПЛ, значною мірою залежить від змісту заходу, сфери, яку він має охопити, а також кількості осіб, до котрих він застосовується, та їх статусу.<sup>2</sup> Таким чином, ЄСПЛ, поєднуючи право писане та неписане, розглядає поняття “закон” не у формальному аспекті, а з точки зору його сутності.

Науковці зазначають, що принципами права є не тільки ті положення, що закріплені в законодавстві та інших джерелах правових норм, а також ідеї правосвідомості, які отримали загальне визнання в діяльності органів правосуддя, інших суб'єктів національного та міжнародного права, навіть якщо вони не є зафіксованими в об'єктивному праві.<sup>3</sup> Ми погоджуємося з такою позицією і вважаємо, що принципи сімейного права не обов'язково мають фіксуватися у писаному праві, щоб визнаватися принципом, і відповідно можуть існувати незалежно від їх закріплення. І в контексті позиції ЄСПЛ принципи, зафіксовані у неписаному праві, також повинні бути чіткими.

На практиці більш застосовувані ті принципи, які є визначені у писаних нормах. Більше того, науковці зазначають, що проведені дослідження показують, як судді віддають перевагу конкретним сформульованим нормам законів чи інших нормативних актів, навіть у випадках, коли такі норми, явно не узгоджуються із принципами права.<sup>4</sup>

Таким чином, принципи сімейного права можуть бути зафіксовані у писаному праві, а також перебувати в усній формі (у вигляді ідей, усвідомлених на рівні правосвідомості).

Принципи сімейного права зафіксовані і в міжнародних договорах та конвенціях, причому як універсальних, так і спеціальних. Напри-

<sup>1</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі “Стіл та інші проти Сполученого Королівства” (Case of Steel and others v. the United Kingdom) від 23.09.1998. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_106](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_106)

<sup>2</sup> Рішення у справі “Салов проти України” (Заява N 65518/01) від 06.09.2005. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_428](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_428)

<sup>3</sup> Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : монографія. Харків : Друкарня МАДРИД, 2012. С. 33.

<sup>4</sup> Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України*. 2017. № 11. С. 143.

клад, ст. 16 Загальної декларації прав людини встановлює, що повнолітні чоловіки та жінки мають право незалежно від обмежень за ознакам раси, релігії чи національності укладати шлюб і створювати сім'ю. Більше того, в цій статті конкретизовано принцип рівності, зокрема, що чоловік та жінка мають однакові права щодо укладення шлюбу, під час шлюбу та під час його розірвання. Крім того, у другій частині ст. 16 закріплено принцип добровільності шлюбу, а в третій частині – принцип державної охорони сім'ї.<sup>1</sup> Принцип добровільності шлюбу та принцип рівності подружжя містяться також у ст. 23 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, принцип рівності дітей закріплено у ст. 24, а ст. 17 цього міжнародного акта містить принцип заборони свавільного втручання в сімейне життя.<sup>2</sup> У ст. 10 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права закріплено принцип державної охорони сім'ї.<sup>3</sup>

Щодо актів на рівні Європейського Союзу, то ст. 2 Договору про заснування Європейської Спільноти від 25 березня 1957 р. містить положення, що завданням Спільноти є також і утвердження рівності жінок та чоловіків.<sup>4</sup> Прикладом актів, що закріплюють принципи, є також Протокол про застосування принципів субсидіарності та пропорційності від 2 жовтня 1997 р. до Договору про заснування Європейської Спільноти від 25 березня 1957 р.<sup>5</sup>

Щодо спеціальних міжнародних договорів у сфері сімейних відносин, то вони так само фіксують принципи сімейного права. Наприклад, у преамбулі Конвенції про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів від 10 грудня 1962 р. зафіксовано принцип

<sup>1</sup> Загальна декларація прав людини від 10.12.1948. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015)

<sup>2</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043)

<sup>3</sup> Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042)

<sup>4</sup> Договір про заснування Європейської Спільноти від 25.03.1957. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_017](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017)

<sup>5</sup> Протокол про застосування принципів субсидіарності та пропорційності від 02.10.1997. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_641](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_641)

рівності наречених та подружжя, а також принцип добровільності шлюбу, який також розкривається у першій та другій статтях. Принцип найкращих інтересів дитини зафіксовано у преамбулах Конвенції про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 р., Конвенції про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29 травня 1993 р., Європейській конвенції про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р. та Конвенції про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 19 жовтня 1996 р. Принцип найкращих інтересів дитини закріплено також у преамбулі та ст. 4 - 8 Конвенції про контакт з дітьми від 15 травня 2003 р., преамбулі та ст. 4, 6, 9, 14 та 19 Європейської конвенції про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 р. Принципи справедливості та найкращих інтересів дитини зафіксовані у преамбулі Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р. Принцип рівності чоловіка та жінки закріплено у ст. 1, 4 та 6 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами від 11 травня 2011 р.

Проведений аналіз надає змогу спеціальні міжнародні акти у сфері сімейних відносин з позиції фіксації принципів сімейного права поділити на дві групи:

1) міжнародні договори, що фіксують принципи сімейного права (наприклад, Конвенція про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів від 10 грудня 1962 р.<sup>1</sup>, Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 р.<sup>2</sup>, Конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29 травня 1993 р.<sup>3</sup>, Європейська конвен-

<sup>1</sup> Конвенція про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів від 10 грудня 1962 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_242](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_242)

<sup>2</sup> Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_188](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_188)

<sup>3</sup> Конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29 травня 1993 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_365](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_365)

ція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р.<sup>1</sup>, Конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 19 жовтня 1996 р.<sup>2</sup>, Конвенція про контакт з дітьми від 15 травня 2003 р.<sup>3</sup>, Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р.<sup>4</sup>, Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 р.<sup>5</sup>, Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами від 11 травня 2011 р.<sup>6</sup> та інші);

2) міжнародні договори, які не фіксують принципи сімейного права, проте ґрунтуються на них (Конвенція про стягнення аліментів за кордоном від 20 червня 1956 р.<sup>7</sup>, Конвенція про громадянство одруженої жінки від 29 січня 1957 р.<sup>8</sup>, Конвенція про визнання розлучень та рішень про роздільне проживання подружжя від 1 червня 1970 р.<sup>9</sup>, Конвенція про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про

утримання від 2 жовтня 1973 р.<sup>1</sup>, Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом від 15 жовтня 1975 р.<sup>2</sup>, Конвенція про право, застосовуване до режимів власності подружжя від 14 березня 1978 р.<sup>3</sup>, Європейська конвенція про визнання та виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми від 20 травня 1980 р.<sup>4</sup> та інші).

Принципи сімейного права фіксуються у національному законодавстві в конституціях, цивільних та сімейних кодексах, інших законодавчих та підзаконних актах.

Аналіз законодавства України показав, що в нашій державі принципи сімейного права зафіксовані в Конституції, Сімейному кодексі України та інших нормативно-правових актах. Зокрема, у писаному праві закріплені такі принципи сімейного права: державної охорони сім'ї (ч. 3 ст. 51 Конституції України, ст. 5 СК України); рівності чоловіка та жінки, інших учасників сімейних відносин (ст. 21, 24, ч. 1 ст. 51, ч. 1 ст. 52 Конституції України, ч. 5 та ч. 6 ст. 7 СК України); обмеженого характеру правового регулювання сімейних відносин (ч. 3 ст. 7 СК України); недопустимості свавільного втручання у сімейне життя (ст. 32 Конституції України, ч. 4 ст. 291 ЦК України<sup>5</sup>, ч. 5 ст. 5, ч. 4 ст. 7 СК України); принцип свободи договору (ч. 2 ст. 7 СК України); найкращих інтересів дитини (ч. 8 ст. 7 СК України, у преамбулі та ст. 1 Закону України "Про охорону дитинства"<sup>6</sup>); принцип пріоритету урахуванням інтересів непрацездатних членів сім'ї (ч. 8 ст. 7 СК України); принципи справедливості, добросовісності та

<sup>1</sup> Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_135](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_135)

<sup>2</sup> Конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 19 жовтня 1996 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973\\_002](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_002)

<sup>3</sup> Конвенція про контакт з дітьми від 15 травня 2003 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_659](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_659)

<sup>4</sup> Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_112](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_112)

<sup>5</sup> Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a17](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a17)

<sup>6</sup> Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами від 11 травня 2011 р. URL: <https://tm.coe.int/1680096e45>

<sup>7</sup> Конвенція про стягнення аліментів за кордоном від 20 червня 1956 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_425](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_425)

<sup>8</sup> Конвенція про громадянство одруженої жінки від 29 січня 1957 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_158](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_158)

<sup>9</sup> Конвенція про визнання розлучень та рішень про роздільне проживання подружжя від 1 червня 1970 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_925](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_925)

<sup>1</sup> Конвенція про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання від 2 жовтня 1973 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973\\_001](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973_001)

<sup>2</sup> Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом від 15 жовтня 1975 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_568](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_568)

<sup>3</sup> Конвенція про право, застосовуване до режимів власності подружжя від 14 березня 1978 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_923](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_923)

<sup>4</sup> Європейська конвенція про визнання та виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми від 20 травня 1980 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_327](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_327)

<sup>5</sup> Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n1651>

<sup>6</sup> Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 № 2402-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>

розумності (ч. 9 ст. 7 СК України); одношлюбності (ст. 25 СК України); добровільності шлюбу (ст. 24 СК України); визнання тільки світського шлюбу (ст. 21 СК України); принцип побудови сімейних відносин на засадах паритетності (п. 3 ч. 2 ст. 1 СК України) та ін.

Враховуючи євроінтеграційний напрям розвитку України, важливим є дослідження способів фіксації принципів сімейного права в державах Європейського Союзу та інших країнах. Наразі в Україні здійснено окремі дослідження проблем принципів сімейного права загалом, а також порівняльні дослідження окремих інститутів сімейного права в Великобританії<sup>1</sup>, США<sup>2</sup>, Німеччині та Франції<sup>3</sup>, Польщі<sup>4</sup>, Угорщині<sup>5</sup> та

<sup>1</sup> Кожевникова В. Правове регулювання здійснення та обмеження права на утримання одного з подружжя. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 12. С. 35-39; Олійник О.С. Майнові відносини подружжя: порівняльно-правовий аспект. *Юриспруденція: теорія і практика : наук.-практ. журн.* Центр правових досліджень С. Фурси. Київ. 2009. № 5 (55). С. 2-7; Пашинський Анатолій. Поділ майна подружжя за англійським правом. *Юридична газета online*. 16 серпня 2017. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/simeyne-pravo/podil-mayna-podruzzhzha-z-angliyskim-pravom.html>

<sup>2</sup> Розгон О.В. Інститут права наставництва в Україні та за кордоном. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 4. С. 99-103; Семенюк І.С. Режим майна подружжя: порівняльно-правова характеристика. *Держава та регіони. Серія Право*. 2017. № 2 (56). С. 36-41.

<sup>3</sup> Логвиненко М.І., Терещенко В.П. Порівняльно-правова характеристика інституту шлюбних відносин за законодавством України, Німеччини та Франції. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 1. С. 88 - 91; Мошак Г. Модель професора В. Гомолки (ФРН) щодо єврейського шлюбного права. *Право України*. 2014. № 11. С. 163-169; Маланчук Т.В., Дегтяр Р.О. Інститут шлюбного договору в Україні: перспективи удосконалення та зарубіжний досвід правового регулювання. *Молодий вчений*. 2018. № 5 (57). С. 620-623; Радченко Л. Шлюбний договір в іноземних правопорядках: окремі засади правового регулювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 38-41.

<sup>4</sup> Калітенко О. Окремі аспекти реалізації права на сім'ю за законодавством України та Польщі. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 5. Т.1. С. 77 – 81; Онишко О.Б. Нормативно-правове забезпечення права на опіку в Польщі (1918-1939 рр.). *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2016. Вип. 39. Том 1. С. 11-14.

<sup>5</sup> Ревуцька І.Е. Поняття шлюбу в теорії сімейного права та за законодавством України і країн-членів ЄС: сучасні тенденції. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2017. № 27. С. 64-68.

інших державах ЄС<sup>1</sup>. Водночас відсутнє комплексне порівняльне дослідження фіксації принципів сімейного права в європейських державах.

Враховуючи значну кількість європейських держав, принципи сімейного права яких необхідно дослідити, ми умовно виділили при аналізі: держави Східної Європи, Балтійські держави, держави Західної Європи, держави Південної Європи та Нордичні держави.

З часу підписання 15 лютого 1991 р. Декларації про співробітництво і донині триває тісна співпраця між Польщею, Чехією, Словаччиною та Угорщиною. Саме ці держави (Вишеградської групи) надають Україні надзвичайну підтримку на шляху до євроінтеграції. За аналізом експертів, під час нинішньої кризи в Україні, а також окупації Криму та військового конфлікту на території Донецької і Луганської областей держави Вишеградської групи зберігали єдність у питаннях визнання територіальної цілісності України, особливо безкомпромісною була позиція Польщі.<sup>2</sup> Враховуючи триваючі реформи в Україні з метою наближення її законодавства до європейського, надзвичайно важливим є дослідження досвіду фіксації принципів правового регулювання сімейних відносин в державах, які є сусідніми до території України та мають багато спільного в історичному розвитку.

В Угорщині принципи сімейного права зафіксовані в положеннях Конституції, Цивільного кодексу та Законі “Про захист сім’ї”. Четверта книга Цивільного кодексу Угорщини присвячена сімейному праву і закріплює такі принципи: захисту шлюбу і сім’ї, захисту найкращих інтересів дитини, пріоритету виховання дитини в сім’ї; принцип рівності подружжя, принцип справедливості та захисту слабшої сторони.<sup>3</sup> У Законі “Про захист сім’ї” Угорщини (глава I) містяться

<sup>1</sup> Менджул М.В. Порівняльний аналіз принципів правового регулювання сімейних відносин в Україні та державах Вишеградської групи. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2018. № 6. Т.1. С. 138.

<sup>2</sup> Лендєль М.О. Україна та Вишеградська четвірка: стан і перспективи розвитку відносин. Аналітична записка / Національний інститут стратегічних досліджень. URL: <http://www.niss.gov.ua/articles/1861/> 1.

<sup>3</sup> 2013. évi V. Törvény a Polgári Törvénykönyvről. URL: <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=A1300005.TV>



такі принципи: принцип державного захисту сім'ї та шлюбу; принцип захисту сімейних відносин для гарантування фізичного, психічного і духовного здоров'я; принцип державної підтримки народження дітей задля забезпечення демографічних процесів населення країни і реалізації батьками своїх прав; принцип державної підтримки виховання дітей у сім'ї, підтримки усиновлення та швидкого, справедливого прийняття рішення з урахуванням інтересів дитини.<sup>1</sup>

Закон Угорщини “Про захист сім'ї” від 2 грудня 2012 р. в преамбулі встановлює, що сім'я в історії людства є незалежною спільнотою, заснованою на моральних принципах, яка передусє формуванню права і держави.<sup>2</sup> У вказаному Законі глава I містить такі принципи: державного захисту сім'ї та шлюбу; захисту сімейних відносин для гарантування фізичного, психічного і духовного здоров'я; державної підтримки народження дітей задля забезпечення демографічних процесів населення країни і реалізації батьками своїх прав; державної підтримки виховання дітей у сім'ї, підтримки усиновлення та швидкого, справедливого прийняття рішення з врахуванням інтересів дитини.

На території Чехії до січня 2014 р. діяв Закон “Про сім'ю” Чехословаччини від 4 грудня 1963 р.<sup>3</sup> З 1 січня 2014 р. набув чинності новий Цивільний кодекс Чехії, друга частина якого присвячена регулюванню сімейних відносин (§ 655 – 975)<sup>4</sup>. Зафіксованими у писаному праві Чехії є такі принципи сімейного права: добробуту дитини, принцип солідарності (взаємодопомоги), принцип рівності чоловіка і жінки у шлюбі, рівність дітей, народжених у шлюбі та поза шлюбом, моногамії, добровільності шлюбу, свободи розірвання шлюбу.

У Словацькій Республіці з 11 лютого 2005 р. діє Закон “Про сім'ю та про внесення змін і доповнень до деяких законів” (з останніми змі-

нами від 1 квітня 2017 р.)<sup>1</sup>, який хоч і не має окремої статті, присвяченої принципам, проте в його положеннях фіксуються такі принципи: захист шлюбу, материнства і сім'ї державою; моногамія; рівність чоловіка і дружини; принцип солідарності (взаємної допомоги членів сім'ї один одному); гарантування батькам можливості виховувати своїх дітей відповідно до власних релігійних і філософських переконань; пріоритет інтересів неповнолітніх.

У Польщі Кодекс про сім'ю та опіку, прийнятий 25 лютого 1964 р.<sup>2</sup>, із змінами, внесеними у 2018 р., не містить окремої статті, яка б систематизувала принципи сімейного права. Водночас у польській літературі до принципів сімейного права відносять: принцип спеціального захисту сім'ї та дитини (ст. 18 Конституції Республіки Польща); принцип добробуту дитини (ст. 72 Конституції Республіки Польща та пронизує Кодекс про сім'ю та опіку і передбачає державний захист дітей, позбавлених батьківського піклування, захист дітей від будь-яких форм насильства, пріоритет інтересів дитини при здійсненні батьківських прав, виконанні аліментних зобов'язань тощо); принцип добробуту сім'ї (подружжя зобов'язані спільно задовольняти потреби своєї сім'ї в її інтересах); принципи одношлюбності (ст. 13 § 1 Кодексу про сім'ю та опіку Польщі) та стабільності шлюбу (передбачає необхідність доказування виникнення обставин, що обґрунтовують необхідність розлучення чи визнання шлюбу недійсним. Крім того на рівні закону встановлено, що не може розірвання шлюбу суперечити інтересам малолітніх дітей, ст. 56 § 1-3 Кодексу про сім'ю та опіку Польщі); принцип рівності між подружжям (ст. 23 і 24 Кодексу про сім'ю та опіку Польщі).<sup>3</sup>

У Польщі розробники проекту нового Сімейного кодексу (2018 р.) окрему главу 2 присвятили засадам сімейного права і, зокрема, до основних принципів віднесли: принцип визнання дитини суб'єктом сімейних відносин (ст. 7), принцип добробуту дитини (ст. 8), принцип визначення походження дитини (ст. 9), принцип врахування думки

<sup>1</sup> Törvény a családok védelméről, 2012.12.02. URL: <http://www.parlament.hu/irom39/05128/05128.pdf>

<sup>2</sup> Törvény a családok védelméről, 2012.12.02. URL: <http://www.parlament.hu/irom39/05128/05128.pdf>

<sup>3</sup> Zákon o rodině č. 94/1963 Sb. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1963-94>

<sup>4</sup> Občanský zákoník 22.03.2012. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>

<sup>1</sup> Zakon z 19. januára 2005 o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov. URL: <http://www.zakonypreludi.sk/zz/2005-36>

<sup>2</sup> Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25lutego 1964 r. Kancelaria Sejmu. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640090059/U/D19640059Lj.pdf>

<sup>3</sup> Zasady prawa rodzinnego. URL: <https://notatek.pl/zasady-prawa-rodzinnego>



дитини (ст. 10), принцип виховання дитини в сімейному середовищі (ст. 11), принцип захисту сім'ї (ст. 12), принцип моногамії (ст. 13), принцип автономії сім'ї (ст. 14), принцип субсидіарності держави (ст. 15), принцип недискримінації дітей і сімей (ст. 16), принцип посередництва при вирішенні конфліктів і сімейних суперечок (ст. 17), принцип виключної юрисдикції сімейних судів (ст. 18, 19), принцип співпраці у сімейних справах (ст. 20).<sup>1</sup> Таким чином, у проєкті Сімейного кодексу Польщі значна увага приділена принципам у сфері захисту прав дітей.

У Румунії сімейні відносини до 1 жовтня 2011 р. регулювалися Сімейним кодексом, прийнятим 4 січня 1953 р. (набув чинності 1 лютого 1954 року). Євроінтеграційні процеси в Румунії прискорили розробку нового Цивільного кодексу<sup>2</sup>, який прийнято 17 липня 2009 року (викладений в новій редакції Законом від 15 липня 2011 року). Таким чином, у Румунії наразі сімейні відносини регулюються Цивільним кодексом. З аналізу норм румунського законодавства, що регулює сімейні відносини, можна виділити наступні принципи, які зафіксовані у писаному праві: принцип захисту сім'ї та шлюбу (ч. 2 ст. 48 Конституції Румунії, ч. 2-3 ст. 258, ч. 3, 4, 6 ст. 259 ЦК Румунії); принцип вільної згоди укладення шлюбу (ч. 1 ст. 48 Конституції Румунії, ч. 1 ст. 258, ч. 1 ст. 259, ст. 271 ЦК Румунії); принцип рівності кожного із подружжя (ч. 1 ст. 48 Конституції Румунії, ч. 1 ст. 258 ЦК Румунії); принцип моногамії (ст. 273, ч. 1 ст. 293 ЦК Румунії); принцип заборони одностатевих шлюбів (ч. 1 ст. 258, ч. 1-2 ст. 259, ч. 1 ст. 277 ЦК Румунії); принцип взаємної моральної та матеріальної підтримки подружжям та іншими членами сім'ї (ст. 309, ст. 325 ЦК Румунії); принцип вибору шлюбного режиму майна (ст. 312 ЦК Румунії); принцип найкращих інтересів дитини (ст. 263 ЦК Румунії); принцип захисту дітей та молоді (ст. 49 Конституції Румунії).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Kodeks rodzinny (projekt), 2018. URL: [http://brpd.gov.pl/sites/default/files/kodeks\\_rodzinny\\_projekt\\_z\\_uzasadnieniem.pdf](http://brpd.gov.pl/sites/default/files/kodeks_rodzinny_projekt_z_uzasadnieniem.pdf)

<sup>2</sup> Codul civil Parlamentul României. URL: <http://www.imliasi.ro/noul-cod-civil.pdf>

<sup>3</sup> Dreptul familiei / Dan Lupașcu, Cristiana Mihaela Crăciunescu. Ed. a 2-a. București: Universul Juridic, 2012. URL: <https://www.ujmag.ro/drept/dreptul-familiei/dreptul-familiei-editia-ii-noul-cod-civil/rasfoire/>; Noeiu și principiile generale ale dreptului familiei. URL: [http://www.hamangiu.ro/upload/cuprins\\_extras/dreptul-familiei-note-de-curs-si-manual-de-seminar\\_extras.pdf](http://www.hamangiu.ro/upload/cuprins_extras/dreptul-familiei-note-de-curs-si-manual-de-seminar_extras.pdf)

На території Сербії з 1 липня 2005 року діє Сімейний закон [29]<sup>1</sup>, і серед зафіксованих принципи: рівності, спеціального захисту сім'ї та дітей, принцип рівності дитини, народженої в шлюбі та поза шлюбом, принцип свободи виховання.<sup>2</sup>

Проведений аналіз дозволяє нам констатувати, що в державах Східної Європи різні підходи до законодавчого регулювання сімейних відносин та закріплення принципів сімейного права. Зокрема, сімейні відносини регулюються кодифікованими актами (в Україні, Республіці Білорусі, Польщі, Молдові, РФ), спеціальними законами (в Угорщині, Словаччині, Сербії), нормами Цивільного кодексу (в Чехії та Румунії).

Порівняльний аналіз дозволяє виділити такі спільні принципи сімейного права України та держав Східної Європи: принцип державної охорони сім'ї, дитинства, материнства і батьківства; принцип рівності; принцип недопустимості втручання у сімейне життя; принцип одношлюбності; принцип добровільності шлюбу та ін. Найбільш подібними до України є формулювання принципів сімейного права у Республіці Білорусії, Російській Федерації. На відміну від інших держав, у Молдові зафіксованим є зберігання подружньої, у Словаччині та Чехії – принцип солідарності, а у Польщі – принцип добробуту дитини та принцип добробуту сім'ї.

У всіх Балтійських державах основні принципи сімейного права закріплені на конституційному рівні. Так, Конституція Естонії від 28 червня 1992 р. (набула чинності 3 липня 1992 р.) у ст. 9 та 12 закріплює принцип рівності, в тому числі забороняє дискримінацію за будь-якою ознакою. Крім того, Конституція Естонії встановлює принципи поваги до сімейного життя (ст. 26), державного захисту сім'ї, батьків та дітей, рівності прав подружжя, взаємопідтримки членів сім'ї (ст. 27).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Породични закон бр. 18/2005. URL: <https://www.besplatnapravnapomoc.rs/wp-content/uploads/2012/02/Porodicni-zakon.pdf>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Принципи сімейного права у законодавстві держав Східної Європи. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2018. Вип. 53. Том 1. С. 110.

<sup>3</sup> Конституция Эстонской республики от 28 июня 1992 года. URL: [https://www.riigikogu.ee/wp-content/uploads/2015/02/3\\_Pohiseadus\\_VENE.pdf](https://www.riigikogu.ee/wp-content/uploads/2015/02/3_Pohiseadus_VENE.pdf)

Конституція Латвії набула чинності 7 листопада 1922 року, і її дію було відновлено після проголошення незалежності 4 травня 1990 року.<sup>1</sup> У Конституції Латвії містяться принципи рівності, державної підтримки та захисту шлюбу, сім'ї, батьківства та дітей, визнання тільки шлюбу між особами різної статі, захисту дітей без батьківської відповідальності, захисту жертв насильства. У Литві Конституція набула чинності 2 листопада 1992 року і містить такі принципи регулювання сімейних відносин: поваги приватного та сімейного життя особи (ст. 22), рівності (ст. 29), державного захисту сім'ї, материнства, батьківства та дитинства (ст. 38), визнання шлюбу між особами різної статі, можливості укладення світського та церковного шлюбу (ст. 38), підтримки сімейного виховання (ст. 39).<sup>2</sup>

Для більш повного дослідження варто проаналізувати норми спеціальних законодавчих актів. В Естонії сімейні відносини до 2010 р. регулювалися Сімейним законом від 12 жовтня 1994 р. (набув чинності 1 січня 1995 р.). Згідно зі ст. 1 цього акта, шлюб міг бути укладений тільки між чоловіком та жінкою, а ст. 58 встановлювала принципи найкращих інтересів дитини та врахування думки дитини. Першого липня 2010 року набув чинності Сімейний закон, прийнятий 18 листопада 2009 р., який у ст. 1 так само визначив, що шлюб укладається між чоловіком і жінкою. Крім того, з аналізу нового Сімейного закону можна говорити про наявність ще таких принципів сімейного права: моногамії (ст. 4), взаємної підтримки подружжям один одного (ст. 16), солідарної відповідальності за зобов'язання подружжя (ст. 18), єдності спільної власності (ст. 26), батьківської опіки (ст. 116), добробуту дітей (ст. 134) та інші.

У Латвії в 20-30-х роках ХХ ст. тривала розробка Цивільного кодексу, який був прийнятий 28 січня 1937 р. (набув чинності 1 січня 1938 р.). Дію Цивільного кодексу припинено в 1940 році після входу Латвії до Радянського Союзу і відновлено 1 вересня 1992 р.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Latvijas Republikas Satversme, 1922. gada 15. Februāra. URL: <https://likumi.lv/doc.php?mode=DOC&id=57980>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Принципи сімейного права в Естонії, Латвії та Литві. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Вип. 4(25), том 1. С. 135.

<sup>3</sup> Civillikums, 28.01.1937. URL: <https://likumi.lv/ta/id/225418-civillikums>

На момент прийняття Цивільний кодекс вважався одним з найсучасніших актів кодифікації в Європі у сфері приватного права.<sup>1</sup> 25 вересня 1969 року прийнято Кодекс про шлюб і сім'ю Латвійської РСР, який діяв до 1 вересня 1993 р., коли було поновлено дію частини “Сімейне право” у Цивільному кодексі.

Таким чином, наразі сімейні відносини в Латвії регулюються частиною I Цивільного кодексу “Сімейне право”, останні зміни до якої внесено в 2015 р. Аналіз ЦК Латвійської республіки дав нам змогу зробити висновок, що в ньому зафіксовані такі принципи сімейного права: рівності, моногамії, визнання як світського, так і церковного шлюбу, свободи розірвання шлюбу, принцип персональної відповідальності за власні борги, рівності дітей, народжених в шлюбі та поза шлюбом, тощо.

У Литві так само 16 липня 1969 р. був прийнятий Кодекс про шлюб і сім'ю, що набув чинності з 1 січня 1970 року.<sup>2</sup> Кодекс про шлюб та сім'ю Литовської РСР діяв до 2001 року, а саме до вступу в дію Цивільного кодексу Литовської Республіки (прийнятий 18 липня 2000 року). Наразі, сімейні відносини регулюються третьою книгою Цивільного кодексу Литви.<sup>3</sup> Стаття 3.3 ЦК встановлює принципи правового регулювання сімейних відносин, зокрема: моногамії, добровільності шлюбу, рівності прав подружжя, пріоритетного захисту та захисту прав дітей, виховання дітей, взаємопідтримки, захисту материнства та інших принципів правового регулювання цивільних відносин (справедливості, розумності та ін.). Крім того, згідно з ч. 2 ст. 3.5 ЦК Литви при здійсненні сімейних прав і виконанні сімейних обов'язків особи повинні дотримуватися закону, поважати правила спільного життя, принципи моралі і діяти чесно. ЦК Литви прямо забороняє одностатеві шлюби (ст. 3.12), встановлює неприпустимість

<sup>1</sup> Edīte Brikmane. Latvijas Republikas Civillikumam. URL: <https://lvportals.lv/norises/284830-latvijas-republikas-civillikumam-80-2017>

<sup>2</sup> Lietuvos Tarybų Socialistinės Respublikos santuokos ir šeimos kodeksą ir nustatyti, 1970-01-01. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.20471?jfwid=rivwzvypvg>

<sup>3</sup> Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas. Trečioji knyga. Šeimos teisė. URL: [https://www.infolex.lt/portal/start\\_ta.asp?act=doc&fr=pop&doc=60696&title=LR%20civilinis%20kodeksas.%20Tre%20E8ioji%20knyga.%20%D0eimos%20teis%20EB](https://www.infolex.lt/portal/start_ta.asp?act=doc&fr=pop&doc=60696&title=LR%20civilinis%20kodeksas.%20Tre%20E8ioji%20knyga.%20%D0eimos%20teis%20EB)

порушення принципу моногамії (ст. 3.16), дозволяє укладення як світського, так і церковного шлюбу (ст. 3.24).

Законодавство Латвії, Литви, Естонії має ряд спільних засад правового регулювання сімейних відносин (рівності, справедливості, державного захисту дітей, материнства, моногамії, добровільності шлюбу тощо). Принципи сімейного права містяться в Конституціях цих держав, а також в спеціальних законодавчих актах (в Естонії – Сімейному законі, в Литві та Латвії – Цивільних кодексах). Водночас є ряд відмінностей у правовому регулюванні окремих сімейно-правових інститутів. Наприклад, в Законі про захист дітей Естонії конкретизується принцип рівності дітей. ЦК Латвії, гарантуючи принцип свободи розірвання шлюбу, в той же самий час визначає умови здійснення права на розірвання шлюбу. ЦК Литви містить відмінні від законодавств інших держав підстави відступу від принципу рівних часток у праві спільної власності подружжя. Як в Україні, так і в Естонії, Латвії та Литві заборонені одностатеві шлюби, і тільки Естонія прийняла спеціальний закон про цивільні партнерства.

Необхідно також здійснити аналіз законодавства на предмет фіксування принципів сімейного права у державах Західної Європи, зокрема Австрії, Бельгії, Німеччині, Нідерландах, Люксембургу, Ліхтенштейні, Монако та Швейцарії, з яких тільки останні три держави не входять до складу ЄС.

Сучасне сімейне право Німеччини регулюється нормами Четвертої книги (ст. 1297–1921) Цивільного кодексу (при дослівному перекладі – Німецьке цивільне укладення), який набув чинності 1 січня 1900 р.<sup>1</sup> Принципи сімейного права в Німеччині також мають і конституційне закріплення, зокрема такі принципи: рівності (ст. 3 Конституції ФРН); особливого державного захисту шлюбу та сім'ї (ч. 1 ст. 6 Конституції ФРН); батьківської відповідальності за виховання дітей (ч. 2 ст. 6 Конституції ФРН); збереження цілісності сім'ї (ч. 3 ст. 6 Конституції ФРН); принцип захисту матерів (ч. 4 ст. 6 Конституції ФРН); рівності дітей, народжених у шлюбі та поза шлюбом (ч. 5 ст. 6 Конституції ФРН).<sup>2</sup> Крім того, з ана-

<sup>1</sup> Bürgerliches Gesetzbuch. URL: <https://www.buzer.de/s1.htm?g=BGB&a=1297-1921>

<sup>2</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf>

лізу положень Німецького цивільного укладення можна зробити висновок про фіксацію ще таких принципів сімейного права: принципу моногамії (шлюб не може бути укладений, якщо між однією з осіб, що бажають вступити в шлюб, і третьою особою є шлюб або громадянське партнерство, ст. 1306), визнання державою світського шлюбу (ст. 1310), визнання одностатевих шлюбів (ст. 1353), свободи розлучення (ст. 1565), найкращих інтересів дитини (ст. 1626) та ін.

Основним джерелом сімейного права Австрії є Цивільний кодекс від 1 червня 1811 р., який набув чинності 1 січня 1812 р., і для того часу він був надзвичайно новаторським, ґрунтувався на принципах природного права.<sup>1</sup> У ХХ ст. в ЦК Австрії було внесено ряд суттєвих змін, у тому числі і до норм, що регулюють сімейні відносини, а також прийнято спеціальні законодавчі акти. Зокрема, законом від 6 липня 1938 р. затверджений принцип моногамії (ст. 8), згодом були внесені зміни і було встановлено, що укласти шлюб не можна не тільки коли попередній шлюб не розірвано, але і якщо не скасовано, зареєстроване партнерство (ст. 9).<sup>2</sup> Крім того, вказаним законом встановлено принцип визнання тільки світського шлюбу (ст. 15), принцип свободи розлучення (ст. 47), принцип справедливості при поділі майна подружжя (ст. 83). Загалом шлюб у ЦК Австрії розглядається як договір, згідно з яким дві особи легалізують свою волю жити спільно, підтримувати тісний зв'язок, надавати взаємну підтримку одна одній (ст. 44).<sup>3</sup>

Внаслідок реформи сімейного законодавства в 70-х роках ХХ ст. в Австрії були утверджені принципи рівності чоловіка та жінки в шлюбі, а також принцип рівності дітей народжених в шлюбі та поза ним.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Walter Doralt. Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) ist die zentrale Kodifikation des österreichischen Zivilrechts. URL: [http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Allgemeines\\_B%C3%BCrgerliches\\_Gesetzbuch](http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Allgemeines_B%C3%BCrgerliches_Gesetzbuch)

<sup>2</sup> Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet. Vom 6. Juli 1938. URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001871>

<sup>3</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. URL: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/44>

<sup>4</sup> Christian Broda. Familien und Strafrechtsreform der 1970 er Jahre. URL: <https://www.mediathek.at/akustische-chronik/1970-1985/familien-und-strafrechtsreform/>

Наразі принцип рівності прав подружжя встановлений у ст. 89 ЦК Австрії.<sup>1</sup> Крім того, ЦК Австрії встановлює принцип взаємодопомоги між подружжям (статті 90, 91), принцип найкращих інтересів дитини та принцип захисту прав дитини (ст. 138), принцип врахування думки дитини (ст. 160) та ін.

Історично склався тісний зв'язок законодавства Австрії та Ліхтенштейну, зокрема в період з 1819 до 1843 р. на території Ліхтенштейну діяло австрійське приватне право. Австрійська реформа сімейного права 1938 року не була сприйнята Ліхтенштейном, оскільки в той час панували консервативно-католицькі погляди, і тому в першій половині ХХ століття сімейне право Ліхтенштейну розвивалося під впливом швейцарського законодавства.<sup>2</sup> Значні зміни в правове регулювання сімейних відносин в Ліхтенштейні вніс Закон про шлюб 1974 року, який доповнив існуючі вже принципи моногамії, стабільності шлюбу принципами визнання світського шлюбу, а також свободою розлучення.<sup>3</sup> Крім того, вказаний закон у сучасній редакції визнає тільки шлюб між особами протилежної статі (ст. 1), містить принцип взаємної підтримки подружжя (ст. 43-11), принцип охорони дитинства та найкращих інтересів дитини (ст. 89h-113). Принцип рівності подружжя у праві Ліхтенштейну остаточно утверджено після реформи сімейного законодавства 1993 р.<sup>4</sup> Сімейні відносини, що не врегульовані спеціальними законами, регулюються цивільним законодавством.<sup>5</sup> При цьому науковці зазначають, що цивільне право

Ліхтенштейну є “змішаним правом”, що поєднало в собі частково австрійське, швейцарське цивільне законодавство, але із врахуванням національних особливостей.<sup>1</sup>

Сімейні відносини у Франції регулюються Цивільним кодексом, що набув чинності 21 березня 1804 р.<sup>2</sup> У 1956 р. прийнято також Кодекс сім'ї та соціальної допомоги<sup>3</sup>, проте він регулює переважно питання соціального захисту дітей та сімей з дітьми. Принципи сучасного французького сімейного права сформувалися під впливом зміни суспільних поглядів та утвердилися у законодавстві із прийняттям відповідних актів, зокрема: у 1970 р. встановлено принцип “батьківської опіки”; в 1972 р. проголошено принцип рівності дітей, що народилися в шлюбі та поза шлюбом; на утвердження принципу свободи розлучення спрямований закон про внесення змін до ЦК від 1975 р.<sup>4</sup>, закон “Про рівність подружжя” 1985 р. остаточно закріпив принцип рівності чоловіка та жінки у шлюбі.<sup>5</sup> Крім того, у Франції внаслідок ратифікації міжнародних договорів утвердилися такі принципи як принцип особливого захисту сім'ї та дітей, принцип єдності сім'ї, принцип найвищих інтересів дитини, принцип поваги до сімейного життя<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. URL: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/44>

<sup>2</sup> Elisabeth Berger. Die Reform des liechtensteinischen Ehe- und Familienrechts. Teil 1: Die Ehe- und Familienrechtsreform 1993. Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 28/2005. P. 3-4. URL: [https://liechtenstein-institut.li/contortionist/0/contortionistUniverses/397/rsc/Publikation\\_downloadLink/LIB\\_028.pdf](https://liechtenstein-institut.li/contortionist/0/contortionistUniverses/397/rsc/Publikation_downloadLink/LIB_028.pdf)

<sup>3</sup> Ehegesetz vom 13. Dezember 1973. Liechtensteinisches Landesgesetzblatt. URL: <https://www.gesetze.li/konso/1974.020>

<sup>4</sup> Elisabeth Berger. Die Reform des liechtensteinischen Ehe- und Familienrechts. Teil 2: Die Ehescheidungs- und Ehetrennungsrechtsreform 1999. Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 33/2006 10 30. URL: [https://www.liechtenstein-institut.li/contortionist/0/contortionistUniverses/397/rsc/Publikation\\_downloadLink/LIB\\_033.pdf](https://www.liechtenstein-institut.li/contortionist/0/contortionistUniverses/397/rsc/Publikation_downloadLink/LIB_033.pdf)

<sup>5</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811. Landesgesetzblatt. URL: <https://www.gesetze.li/konso/1003.001>

<sup>1</sup> Elisabeth Berger. Die Rezeption des ABGB in Liechtenstein. Rechtstransfer durch Zivilgesetzbücher. Beiträge Liechtenstein-Institut Nr. 29/2005. p. 15. URL: [https://www.liechtenstein-institut.li/contortionist/0/contortionistUniverses/397/rsc/Publikation\\_downloadLink/LIB\\_029.pdf](https://www.liechtenstein-institut.li/contortionist/0/contortionistUniverses/397/rsc/Publikation_downloadLink/LIB_029.pdf)

<sup>2</sup> Le Code civil des Français, 21 mars 1804. URL: <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>

<sup>3</sup> Code de L'action Sociale et des Familles. URL: <http://scolaritepartenariat.chez-alice.fr/page171.htm>

<sup>4</sup> Jean Hauser Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-le-droit-de-la-famille>

<sup>5</sup> Emmanuel Pardo. Droit de la Famille. URL: <https://avocat-nice-pardo.fr/droit-de-la-famille/>

<sup>6</sup> Dessine-moi une famille : Les grands principes des conventions internationales. URL: <https://www.gisti.org/spip.php?article4087>



У Бельгії чинний Цивільний кодекс – це змінений французький цивільний кодекс 1804 року з урахуванням національної специфіки.<sup>1</sup> Сучасні сімейні відносини ґрунтуються на таких загальних правових принципах: захисту сім'ї та шлюбу, захисту прав дітей та найкращих інтересів дитини, рівності, моногамії, свободи розлучення. Після внесення змін до ст. 143 ЦК ще у 2003 році, одружитися в Бельгії можуть особи різної або однієї статі, а з 2006 р. одностатеві пари можуть усиновлювати дітей.<sup>2</sup>

У Люксембурзі, так само як і в Бельгії, сімейні відносини регулює французький цивільний кодекс 1804 р., і зрозуміло, він містить такі ж принципи. Єдине до ст. 143 ЦК зміни про надання права на шлюб одностатевим парам були внесені 4 липня 2014 р.<sup>3</sup>

На розвиток законодавства князівства Монако значно вплинуло французьке право, а в період з 1793 до 1816 р. діяли французькі кодекси. Цивільний кодекс Монако був прийнятий 21 грудня 1880 р.<sup>4</sup> Загальні принципи сімейного права містяться і в Конституції Монако, прийнятій 17 грудня 1962 р., зокрема принцип рівності (ст. 17) та принцип поваги до приватного і сімейного життя (ст. 22).<sup>5</sup> Крім того, у законодавстві зафіксовані ще такі принципи сімейного права: принцип особливого захисту жінок та дітей, принцип запобігання насильству в сім'ї (у 2011 р. прийнято спеціальний закон про запобігання

та покарання за насильство)<sup>1</sup>; принцип визнання тільки шлюбу між особами різної статі (ст. 116, ст. 147 ЦК Монако) та моногамії (ст. 125 ЦК Монако); принцип визнання світського шлюбу (ст. 140 ЦК Монако) та інші.

У Нідерландах сімейні відносини регулюються Книгою 1 Цивільного кодексу Нідерландів. Закон від 3 квітня 1969 року замінив першу книгу Цивільного кодексу 1838 р. книгою 1 нового Цивільного кодексу. Модернізація цивільного права Нідерландів була досить тривалою: у 1976 році була введена в дію книга 2 (про юридичних осіб) і тільки з 1 січня 1992 р. набули чинності більшість частин нового Цивільного кодексу.<sup>2</sup> ЦК Нідерландів встановлює принципи: визнання шлюбу, укладеного особами різної або однієї статі (ст. 30 книги 1); моногамії (статті 33 та 42 книги 1); визнання світського шлюбу (ст. 63 та 68 книги 1); взаємної підтримки подружжям один одного (ст. 81 книги 1); солідарної відповідальності подружжя за борги сім'ї (ст. 85 книги 1); свободи розірвання шлюбу (ст. 150 книги 1) та ін.<sup>3</sup>

У Швейцарії основним джерелом сімейного права є друга частина Цивільного кодексу від 10 грудня 1907 р.<sup>4</sup> Реєстровані партнерства одностатевих пар регулюються окремим законом “Про партнерство”. На разі модернізація законодавства зосереджена на утвердженні принципів добробуту дитини та рівного ставлення до всіх дітей, незалежно від сімейного стану їхніх батьків.<sup>5</sup> Правове регулювання сімейних відносин у Швейцарії базується на таких принципах, що зафіксовані у писаному праві: рівності; моногамії (ст. 96 ЦК Швейцарії); обов'язкової державної реєстрації шлюбу (ст. 97 ЦК Швейцарії), сво-

<sup>1</sup> Code Civil. URL: [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/loi\\_a1.pl?DETAIL=1804032130%2FF&caller=list&row\\_id=1&numero=11&rech=14&cn=1804032130&table\\_name=LOI&nm=1804032150&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi\\_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=10#LNK0074](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032130%2FF&caller=list&row_id=1&numero=11&rech=14&cn=1804032130&table_name=LOI&nm=1804032150&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=10#LNK0074)

<sup>2</sup> Xavier Dijon. Les mutations du droit de la famille en Belgique. Réflexion éthique sur les enjeux de la loi. Études 2006/12 (Tome 405), p. 609 – 620.

<sup>3</sup> Code civil. Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg. URL: <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil/20181101>

<sup>4</sup> Les Fondements de la Justice et le Droit monégasque. Le droit monégasque. URL: <https://www.gouv.mc/Gouvernement-et-Institutions/Les-Institutions/La-Justice/Les-Fondements-de-la-Justice-et-le-Droit-monegasque>

<sup>5</sup> Constitution de la Principauté 17 Décembre 1962 (modifiée par la loi n° 1.249 du 2 avril 2002). URL: <https://www.gouv.mc/Gouvernement-et-Institutions/Les-Institutions/La-Constitution-de-la-Principaute>

<sup>1</sup> Le Comité des droits de l'homme examine le rapport de Monaco. URL: <https://www.ohchr.org/fr/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15754&LangID=F>

<sup>2</sup> Hirsch Ballin. De betekenis van het Nieuw BW in de Nederlandse rechtsstaat. URL: <https://www.njb.nl/blog/de-betekenis-van-het-nieuw-bw-in-de-nederlandse.28970.lynkx>

<sup>3</sup> Dutch Civil Code. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>

<sup>4</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>

<sup>5</sup> Anpassung des Familien- und Erbrechts an die realen Lebensformen. Bundesamt für Sozialversicherungen BSV. URL: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialpolitische-themen/familienpolitik/familienrecht.html>

боди розірвання шлюбу (ст. 111 ЦК Швейцарії), взаємної підтримки подружжям один одного (ст. 163 ЦК Швейцарії) тощо.

Здійснивши порівняльний аналіз законодавства України та держав Західної Європи, можна відмітити, що правове регулювання сімейних відносин будується на багатьох спільних принципах, зафіксованих у писаному праві, зокрема: державної охорони сім'ї, рівності, поваги до сімейного життя, пріоритету інтересів дитини, заборони насильства, одношлюбності, добровільності шлюбу, свободи розірвання шлюбу та ін. Водночас в окремих європейських державах на рівні закону встановлено особливі принципи: збереження цілісності сім'ї (в Німеччині); врахування волі дитини (в Австрії); взаємодопомоги між подружжям (в Австрії, Нідерландах, Швейцарії); принцип солідарної відповідальності подружжя за борги сім'ї (в Нідерландах). На нашу думку, такий поширений принцип в державах Західної Європи як принцип взаємної підтримки подружжя та членів сім'ї варто закріпити в ст. 7 Сімейного кодексу України.<sup>1</sup>

До держав Південної Європи дослідники, як правило, відносять Андорру, Албанію, Боснію і Герцеговину, Ватикан, Грецію, Іспанію, Італію, Македонію, Мальту, Португалію, Сан-Марино, Словенію, Хорватію та Чорногорію, з яких членами ЄС є Греція, Іспанія, Італія, Мальта, Португалія, Словенія та Хорватія. Проаналізуємо способи фіксації принципів сімейного права у південноєвропейських державах.

Сімейний кодекс Албанії був прийнятий 8 травня 2003 р.<sup>2</sup> У першій його частині містяться загальні принципи правового регулювання сімейних відносин, зокрема: принцип рівності кожного з подружжя (ст. 1 СК Албанії); принцип побудови шлюбу на почуттях взаємної любові, поваги та розуміння (ст. 1 СК Албанії); принцип особливого захисту шлюбу і сім'ї (ст. 1 СК Албанії); принцип найкращих інтересів дитини (ст. 2 СК Албанії); принцип рівності дітей, народжених у шлюбі та поза шлюбом (ст. 4 СК Албанії); принцип державної підтримки збереження цілісності сім'ї з дітьми (ст. 3 СК Албанії); прин-

цип сприяння батькам у виконанні їхніх обов'язків по вихованню дітей (ст. 3, 5 СК Албанії); принцип гарантування права участі дитини у розгляді справ щодо її прав (ст. 6 СК Албанії); принцип моногамії (ст. 9 СК Албанії). В Албанії науковці детально досліджують принцип спеціального захист шлюбу і сім'ї та принцип “найкращих інтересів дитини”.<sup>1</sup>

В Андоррі спеціальний закон для регулювання сімейних відносин прийнято 30 червня 1995 р.<sup>2</sup> Глава 1 цього закону фіксує принципи, що впливають з Конституції, зокрема: чоловік та жінка мають право на шлюб, а сім'я визнається основним елементом суспільства і має право на економічний, соціальний і правовий захист суспільства і держави. Цивільний кодекс Мальти, який регулює також і сімейні відносини, прийнято ще 11 лютого 1870 р.<sup>3</sup>, у зв'язку з цим принцип рівності в сімейних відносинах утверджувався поступово, із внесенням ряду законодавчих змін.

Стаття 2 Сімейного закону Боснії та Герцеговини містить основні принципи сімейного права, зокрема: принцип захисту приватного сімейного життя; принципи рівності, взаємодопомоги та поваги до членів сім'ї; принцип зобов'язання батьків щодо забезпечення захисту інтересів та добробуту дитини, а також їхньої відповідальності за виховання та освіту дітей; принцип державного захисту сім'ї та дитини; принцип забезпечення захисту дітей, позбавлених батьківського піклування.<sup>4</sup>

У Греції сімейні відносини регулюються Цивільним кодексом 1940 р. (книга четверта, ст. 1346–1694), а також спеціальними законами, зокрема: “Про реєстрацію актів цивільного стану” (1976 р.), “Про Статут Грецької Церкви” (1977 р.), “Про реформу для сім'ї, дитини, сус-

<sup>1</sup> Aulona Haxhiraj. E drejta për një jetë familjare në kuadër të së drejtës evropiane. Disertacion për mbrojtjen e gradës shkencore “doktor”. Tiranë. 2016, 39. URL: <http://www.doktoratura.unitir.edu.al/wp-content/uploads/2016/10/TEME-DIPLOME.pdf>

<sup>2</sup> Llei qualifcada del matrimoni, de 30-6-95. URL: <https://www.bopa.ad/bopa/007042/Pagines/C9DE.aspx>

<sup>3</sup> Kodiçi çivili. URL: <http://www.justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8580&l=2>

<sup>4</sup> Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine. URL: <http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/2005/zakoni/25bos.pdf>

<sup>1</sup> Менджул М.В. Порівняльний аналіз принципів сімейного права в Україні та державах Західної Європи. *Часопис цивілістики*. 2018. № 31. С. 52.

<sup>2</sup> Kodi i familjes. LIGJ Nr. 9062, datë 8.5.2003. URL: <http://ligjet.info/book/export/html/4974>

пільства та інші положення” (2008 р.).<sup>1</sup> Цивільний кодекс Греції неодноразово редагувався, враховуючи зміни у підходах до регулювання сімейних відносин. Після змін, внесених у 1983 р., були утверджені такі принципи як рівність між чоловіками та жінками, а також захист слабшої сторони.<sup>2</sup> Крім них, у Греції сімейні відносини ґрунтуються на принципах: добровільності шлюбу, рівності прав дітей, народжених у шлюбі та поза шлюбом, найкращих інтересів дитини та ін.

Іспанський Сімейний кодекс прийнятий 13 грудня 1993 р. і фіксує такі принципи: державного захисту сім’ї (ст. 3), єдності сім’ї, рівності прав чоловіків і жінок, рівності дітей, захисту неповнолітніх та інших недієздатних осіб, літніх людей і матерів (ст. 4).<sup>3</sup>

Сімейні відносини в Італії регулюються Цивільним кодексом, прийнятим 16 березня 1942 р., зокрема, першою книгою “Людина і сім’я”. Окремої статті, присвяченої принципам сімейного права, у Цивільному кодексі Італії нема, проте з аналізу його положень можна дійти висновку про наявність принципу визнання церковного шлюбу державою (ст. 82, 83 ЦК Італії).<sup>4</sup> Крім того, науковці наголошують на поширенні таких принципів як стабільність та солідарність вже не тільки на законний шлюб, але і фактичні сімейні відносини.<sup>5</sup>

Суттєва реформа регулювання сімейних відносин відбулася у 1975 р. і, зокрема, була спрямована на утвердження принципу рівності чоловіка та жінки у шлюбі. Конституція Італії також встановлює

принцип рівності чоловіка та жінки, а також принцип пріоритету інтересів дитини.<sup>1</sup> В Італії було прийнято ще ряд законів, які змінили підходи до регулювання сімейних відносин, наприклад: відносини у сфері усиновлення та опіки змінені Законами № 898 (1970 р.), № 184 (1983 р.) та № 149 (2001 р.); принцип свободи розлучення теж поступово утвердився у законодавстві (Закон № 74, 1987 р.); застосування репродуктивних технологій було врегульовано Законом № 40 (2004 р.); відносини батьків та дітей реформовані Законом № 54 (2006 р.) тощо.

У Македонії сімейні відносини регулюються Законом “Про сім’ю”, зокрема в ст. 3 встановлено, що відносини в сім’ї ґрунтуються на рівності, взаємній повазі, взаємодопомозі, а також підтримці та захисті інтересів неповнолітніх дітей. Крім того, ст. 4 вказаного закону фіксує принцип державного особливого захисту сім’ї, материнства, дітей, малолітніх дітей, дітей без батьків та без батьківського піклування.<sup>2</sup> З аналізу статей Закону “Про сім’ю” Македонії можна виділити ще такі зафіксовані принципи: принцип захисту від насильства в сім’ї (ст. 4); принцип державної підтримки (наукової, економічної та соціальної) планування сім’ї та батьківства (ст. 5); принцип відповідального батьківства (ст. 5) та інші.

На нашу думку, принципи відповідального батьківства, а також державної підтримки (наукової, економічної та соціальної) планування сім’ї варто закріпити і в Сімейному кодексі України.<sup>3</sup>

Португальський Цивільний кодекс, що прийнято 25 листопада 1966 року (набрав чинності 1 червня 1967 р.), скасував перший Цивільний кодекс, прийнятий ще у 1868 році, і окрема його книга при-

<sup>1</sup> Haroula Constandinidou-Stavropoulou, Konstantinos Stavropoulos. Family law in Greece: overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-571-0094?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/3-571-0094?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

<sup>2</sup> Eleni Zervogianni. The changing concept of “family” and challenges for family law in Greece. 2013. URL: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwimuvqP4cjfAhXRhQYKHVmlDqwQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fwww.eap.gr%2Fimages%2Fstories%2Fdoc%2F2013\\_deo10\\_dp\\_series\\_11.doc&usq=AOvVaw33zVSZpgesxkHC15ir4MNT](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwimuvqP4cjfAhXRhQYKHVmlDqwQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fwww.eap.gr%2Fimages%2Fstories%2Fdoc%2F2013_deo10_dp_series_11.doc&usq=AOvVaw33zVSZpgesxkHC15ir4MNT)

<sup>3</sup> Código de familia, del 13 de diciembre de 1993. URL: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_de\\_familia\\_el\\_salvador.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_familia_el_salvador.pdf)

<sup>4</sup> Codice Civile Italiano, 16 marzo 1942. URL: [http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter\\_dictum/codciv/Lib1.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib1.htm)

<sup>5</sup> Gabriella de Strobel. I modelli di famiglia nel contesto europeo e nazionale: famiglia legittima, famiglia di fatto, matrimonio omosessuale. Aiaf Rivista. 2012. p. 10. URL: [http://www.digiec.unirc.it/documentazione/materiale\\_didattico/697\\_2016\\_1375\\_25243.pdf](http://www.digiec.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2016_1375_25243.pdf)

<sup>1</sup> Gabriella de Strobel. I modelli di famiglia nel contesto europeo e nazionale: famiglia legittima, famiglia di fatto, matrimonio omosessuale. Aiaf Rivista. 2012. p. 5-6. URL: [http://www.digiec.unirc.it/documentazione/materiale\\_didattico/697\\_2016\\_1375\\_25243.pdf](http://www.digiec.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/697_2016_1375_25243.pdf)

<sup>2</sup> Закон за семејството. URL: [http://www.mtsp.gov.mk/wbstorage/files/zakon\\_semejstvo\\_osnoven.pdf](http://www.mtsp.gov.mk/wbstorage/files/zakon_semejstvo_osnoven.pdf)

<sup>3</sup> Менджул М. В. Підходи до визначення принципів правового регулювання сімейних відносин в південно-європейських державах. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 5. С. 134.

свячена сімейному праву.<sup>1</sup> У Португалії основні принципи сімейного права називають ще конституційними і вважають їх природним правом. Зокрема, до них відносять такі принципи: захисту сім'ї, материнства та батьківства; захисту дітей та молоді; захисту людей похилого віку; гарантування права на шлюб; гарантування права на створення сім'ї; принцип рівності; принцип свободи розірвання шлюбу незалежно від його форми (у тому числі церковної); гарантування права батьків на виховання їх дітей, а також принцип нерозривності дітей та їхніх батьків; принцип недискримінації між дітьми, народженими у шлюбі та поза шлюбом.<sup>2</sup> Цивільний кодекс Португалії фіксує також принципи: визнання як світського, так і церковного (католицького) шлюбу (ст. 1587); свободи укладення договорів між подружжям (ст. 1698); принцип незмінності майнового режиму між подружжям (ст. 1714) тощо.

У Словенії сімейні відносини регулюються Сімейним кодексом, прийнятим 21 березня 2017 року (набрав чинності 15 квітня 2017 р.), який містить такі принципи: особливого захисту державою сім'ї задля користі дітей (ст. 2); принцип допомоги дитині як з боку батьків, так і державних та інших органів (ст. 7); принцип державного захисту дітей (ст. 8); гарантування медіації при вирішенні сімейних спорів (ст. 13); принцип гарантування судового захисту (ст. 14); принцип добровільності шлюбу, а також його побудови на засадах взаємної поваги, розуміння, довіри та взаємодопомоги (ст. 21); принцип рівності подружжя; принцип одношлюбності (ст. 26); визнання тільки світського шлюбу (ст. 38) тощо.<sup>3</sup> На відміну від інших європейських держав, у Словенії значна частина зафіксованих у писаному праві принципів спрямована саме на захист прав дитини.

<sup>1</sup> Código civil Português, de 25 de Nove mbro de 1966. URL: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>

<sup>2</sup> Princípios Constitucionais do Direito da Família. URL: <https://apontamentosdedireito.wordpress.com/licenciatura/2-%C2%BA-ano/teoria-geral-das-obrigacoes/principios-constitucionais-do-direito-da-familia/>

<sup>3</sup> Družinski zakonik. 21.03.2017. URL: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7556>

Сімейні відносини в Чорногорії регулюються спеціальним Сімейним законом, прийнятим 29 грудня 2006 р. Згідно з ним, встановлюються такі принципи: вільної згоди на укладення шлюбу; рівності чоловіка і жінки в шлюбі; взаємної поваги і взаємодопомоги (ст. 3); принцип поваги та відповідального виховання дітей (ст. 4, 7); принцип найкращих інтересів дитини (ст. 5); принцип рівності дітей, народжених у шлюбі та поза шлюбом (ст. 6); принцип державної опіки дітей без батьківського піклування (ст. 9); принцип сімейної солідарності (ст. 10); принцип захисту сімейних прав компетентним органом та судом (ст. 14).<sup>1</sup>

Доволі часто в європейських державах у сімейному законодавстві зустрічається такий принцип як солідарність, зміст якого полягає у взаємному обов'язку членів подружжя, батьків та дітей, інших родичів підтримувати один одного. На нашу думку такий принцип необхідно зафіксувати в Сімейному кодексі України.

У Хорватії 18 вересня 2015 року прийнято Сімейний закон, в якому принципи сімейного права систематизовані у ст. 3 – 10, зокрема: 1) принцип рівності жінок і чоловіків (ст. 3); принцип солідарності, взаємної поваги та підтримки всіх членів сім'ї (ст. 4); принцип попередження всіх форм домашнього насильства (ст. 4); принцип пріоритетного захисту прав дитини (ст. 5); принцип первинного права батьків на догляд за дитиною (ст. 6); принцип пропорційного і найменшого втручання в сімейне життя (ст. 7); принцип опіки (щодо дітей без батьківського піклування, ст. 8); принцип вирішення сімейних питань (ст. 9); принцип терміновості вирішення сімейно-правових питань, пов'язаних з дитиною (ст. 10).<sup>2</sup>

Таким чином, у державах Південної Європи відсутні єдині підходи до фіксації принципів сімейного права у писаному праві. Зокрема, у законодавстві закріплені такі принципи: рівності кожного з подружжя, добровільності шлюбу, державного захисту шлюбу, сім'ї та дітей,

<sup>1</sup> Porodični zakon, koji je donijela Ustavotvorna skupština Republike Crne Gore, 29. decembra 2006. URL: [https://sudovi.me/podaci/osul/informacije/info\\_doc/836.pdf](https://sudovi.me/podaci/osul/informacije/info_doc/836.pdf)

<sup>2</sup> Obiteljski zakon. Zagreb, 18. rujna 2015. URL: <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>



принцип моногамії (у всіх державах Південної Європи); принцип найкращих інтересів дитини (в Албанії, Греції, Італії, Іспанії, Македонії, Чорногорії, Хорватії); принцип рівності дітей, народжених у шлюбі та поза шлюбом (в Албанії, Греції, Іспанії, Італії, Македонії, Чорногорії); принцип гарантування права участі дитини у розгляді справ щодо її прав (в Албанії); принцип забезпечення захисту дітей, позбавлених батьківського піклування (в Боснії та Герцеговині, Македонії, Чорногорії, Хорватії); принцип захисту приватного і сімейного життя (у Боснії та Герцеговині, Хорватії); принцип державної підтримки збереження цілісності сім'ї з дітьми (в Албанії, Іспанії, Італії, Македонії, Португалії); принцип відповідальності батьків за виховання та освіту дітей (у Боснії та Герцеговині, Македонії, Чорногорії); принцип визнання церковного шлюбу (в Італії, Португалії); принцип захисту від насильства в сім'ї (у Македонії та Хорватії).

Водночас у писаному праві фіксуються особливі принципи: принцип первинності права батьків на догляд за дитиною (у Хорватії); принцип солідарності (в Італії, Чорногорії, Хорватії); принцип захисту людей похилого віку (в Іспанії, Португалії); принцип гарантування медіації при вирішенні сімейних спорів (у Словенії); принцип колективного вирішення сімейних питань (у Хорватії); принцип терміновості вирішення сімейно-правових питань, пов'язаних з дитиною (у Хорватії).<sup>1</sup>

На нашу думку, принципи відповідального батьківства, спільної (колективної) участі у вирішенні сімейних питань та принцип терміновості розгляду справ, пов'язаних з інтересами дитини, необхідно закріпити в Сімейному кодексі України.

У науковців інтерес викликають принципи сімейного права, зафіксовані в писаному праві нордичних держав. В українській літературі зустрічається два терміни: “скандинавські держави” та “нордичні держави”. Це не тотожні поняття, оскільки традиційно до скандинавських держав відносять країни, розміщені на Скандинавському півострові,

поняття нордичних країн охоплює такі держави як Данія, Норвегія, Швеція, Фінляндія та Ісландія. Проте доволі часто вітчизняні науковці ототожнюють нордичні та скандинавські держави.<sup>1</sup> Водночас у цих державах такі поняття чітко розмежовують, зауважуючи, що Скандинавія включає географічно лише Норвегію та Швецію, а також північно-західні частини Фінляндії, проте коли використовують термін “скандинавські країни” в культурному значенні, то мають на увазі Данію, Швецію та Норвегію, проте не Фінляндію.<sup>2</sup>

О. Ландо зауважує, що незважаючи на значний вплив на нордичні правові системи німецького та французького права, а також загального права Англії та США (на процесуальне, договірне та деліктне право) вони зберегли багато особливостей.<sup>3</sup> Нордичні держави мають свої конституційні традиції. Данія упродовж 1849–1953 рр. ухвалила шість конституцій, Ісландія у 1814–1944 рр. та Фінляндія у 1809–1999 рр. – по три конституції, Швеція у 1812–1974 рр. – дві конституції з чотирма суттєвими реформами, Норвегія – одну Конституцію 1814 р. з трьома істотними змінами.<sup>4</sup> У Конституціях нордичних держав зафіксовані окремі сімейні принципи. Наприклад, Конституція Королівства Норвегія від 17 травня 1814 р. встановлює принципи рівності (ст. 98), поваги до приватного та сімейного життя (ст. 102), поваги до гідності дитини, врахування думки дитини, пріоритету інтересів дитини, державного захисту дитини (ст. 104).<sup>5</sup> Конституція Данії щодо регулювання відносин членів сім'ї тільки в ст. 76 встановлює

<sup>1</sup> Стрельцова Є. Д. Регіональна уніфікація міжнародного приватного морського права: досвід країн Скандинавії. *Вісник ОНУ ім. І. І. Мечникова. Правознавство*. 2015. Т. 20. Вип. 2 (27). С. 103.

Зінченко О. В. Конституції Скандинавських країн: порівняльний аналіз. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 1 (88). С. 59.

<sup>2</sup> Varför Norden eller ”The Nordic way”? Föreningen Norden Göteborg. URL: <http://gbgnordense.se/om-oss/varfor-norden-eller-the-nordic-way/>

<sup>3</sup> Ландо О. Нордичні країни – правова сім'я: діагноз і прогноз / пер. О. Кресіна. *Порівняльне правознавство*. 2012. № 3-4. С. 199-200.

<sup>4</sup> Зінченко О. В. Конституції Скандинавських країн: порівняльний аналіз. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 1 (88). С. 60.

<sup>5</sup> Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814. URL: <https://grunnloven.lovdata.no/>

<sup>1</sup> Менджул М. В. Підходи до визначення принципів правового регулювання сімейних відносин в південно-європейських державах. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 5. С. 135.

обов'язок батьків гарантувати отримання дітьми освіти в початковій школі.<sup>1</sup> Конституція Фінляндії від 11 червня 1999 р. містить принцип гендерної рівності.<sup>2</sup> Конституція Ісландії від 17 червня 1944 р. (із останніми змінами від 18 липня 2013 р.) фіксує принцип рівності (ст. 65) та принцип поваги до приватного і сімейного життя (ст. 71).<sup>3</sup>

Сімейне право Швеції є частиною цивільного права і при цьому його джерелами є ряд спеціальних законодавчих актів, в яких містяться принципи сімейного права, зокрема: Закон про шлюб від 14 травня 1987 р. (набув чинності 1 січня 1988 р.), Закон про батьківство (набув чинності з 1 січня 1950 р.), Закон про співмешкання від 12 червня 2003 р., Закон про особисті імена (чинний з 1 січня 2017 р.) та ін. Аналіз вказаних актів дає змогу визначити такі принципи шведського сімейного права: принцип добробуту сім'ї, принцип моногамії, визнання як світського, так і церковного шлюбу, принцип свободи розірвання шлюбу та інші.<sup>4</sup>

У Норвегії принципи добровільності шлюбу, моногамії, визнання як світського, так і церковного шлюбу, свободи розірвання шлюбу, договірного регулювання відносин подружжя, пріоритету інтересів дітей, батьківської відповідальності, заборони насильства та ряд інших зафіксовані у таких законодавчих актах: Закон про шлюб від 4 липня 1991 р.<sup>5</sup>, Закон про дітей та батьків від 8 квітня 1981 р.<sup>6</sup>, Закон про

спільне проживання від 18 червня 1965 р.<sup>1</sup>, Закон про право на спільне житло та домогосподарство від 4 липня 1991 р.<sup>2</sup> та ін.

Принципи сімейного права Данії зафіксовані в ряді окремих законодавчих актів, зокрема: Законі про шлюб (набув чинності 1 січня 1970 р., остання редакція відбулася 23 січня 2018 р.)<sup>3</sup>, Законі про батьківську відповідальність (набув чинності 1 січня 1996 р.)<sup>4</sup>, Законі про дітей від 1 липня 2002 р. (останні зміни внесені 7 листопада 2018 р.)<sup>5</sup>, Законі про економічні відносини подружжя від 30 травня 2017 р.<sup>6</sup> тощо. Аналіз сімейного законодавства Данії дозволяє робити висновки, що в ньому зафіксовані принципи рівності, моногамії, визнання світського та церковного шлюбу, свободи укладення договорів між подружжям, взаємодтримки подружжям один одного, свободи розірвання шлюбу, протидії насильству, найкращих інтересів дитини та ін.

Законодавство Фінляндії у сфері регулювання сімейних відносин складається з таких актів: Закон про шлюб від 13 червня 1929 р. (у новій редакції від 16 квітня 1987 р., останні зміни внесені в 2017 р.)<sup>7</sup>, Закон про утримання дітей від 5 вересня 1975 р.<sup>8</sup>, Закон про догляд за дітьми та права доступу від 8 квітня 1983 р.<sup>9</sup>, Закон про правові

<sup>1</sup> Lov om sameige [sameigelova] LOV-1965-06-18-6. URL: [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1965-06-18-6#KAPITTEL\\_11](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1965-06-18-6#KAPITTEL_11)

<sup>2</sup> Lov om rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører [husstandsfellesskapsloven] LOV-1991-07-04-45. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1991-07-04-45>

<sup>3</sup> Bekendtgørelse af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, den 1. januar 1970 (den 23. januar 2018). URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=197040>

<sup>4</sup> Forældremyndighedsloven, den 1. januar 1996. URL: <https://themis.dk/synopsis/docs/Lovsamling/Foraeldremyndighedsloven.html>

<sup>5</sup> Bekendtgørelse af børneloven, den 1. juli 2002. URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=203268>

<sup>6</sup> Lov om ægtefællers økonomiske forhold, den 30. maj 2017. URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=191368>

<sup>7</sup> Avioliittolaki, 13.6.1929/234. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1929/19290234>

<sup>8</sup> Laki lapsen elatuksesta, 5.9.1975/704. <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1975/19750704>

<sup>9</sup> Laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta. 8.4.1983/361. <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1983/19830361>

<sup>1</sup> Danmarks Riges Grundlov. URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=45902>

<sup>2</sup> Suomen perustuslaki, 11.6.1999/731. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1999/19990731>

<sup>3</sup> Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands, 1944 nr. 33, 17. júní. URL: <https://www.althingi.is/lagas/nuna/1944033.html>

<sup>4</sup> Менджул М. В. Принципи сімейного права в законодавстві нордичних держав. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 6. Том 1. С. 133.

<sup>5</sup> Lov om ekteskap [ekteskapsloven]. LOV-1991-07-04-47. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1991-07-04-47>

<sup>6</sup> Lov om barn og foreldre (barnelova). LOV-1981-04-08-7. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1981-04-08-7>

генетичні дослідження батьківства від 3 червня 2005 р.<sup>1</sup>, Закон про захист дітей від 13 квітня 2007 р.<sup>2</sup>, Закон про об'єднання домогосподарств від 14 січня 2011 р.<sup>3</sup>, Закон про батьківство (набув чинності з 1 січня 2016 р.)<sup>4</sup>, Закон про персональні і родинні імена від 19 грудня 2017 р.<sup>5</sup>, Закон про материнство від 20 квітня 2018 р.<sup>6</sup> та інші. Вказані акти містять принципи: рівності, добровільності, моногамії, визнання світського та церковного шлюбів, визначеності батьківства, пріоритету інтересів дитини, захисту прав дитини, врахування думки дитини, свободи розірвання шлюбу, свободи договору, заборони насильства тощо.

В Ісландії зафіксованими у писаному праві є такі принципи як рівність, солідарність, визнання світського та церковного шлюбу, моногамія, свобода розірвання шлюбу, найкращих інтересів дитини, заборони насильства, зокрема у таких Законах: Законі про шлюб від 31 квітня 1993 р. (останні зміни набули чинності 1 січня 2019 р.)<sup>7</sup>, Законі про захист дітей від 10 травня 2002 р.<sup>8</sup>, Законі про консультування та освіту з питань сексу та пологів, а також про аборти та стерилізацію від 25 травня 1975 р.<sup>9</sup> та ін.

Таким чином, у нордичних державах багато подібних норм в сімейному законодавстві, які сформувалися у зв'язку із спільним істо-

ричним розвитком, специфікою географічного розташування, тісними економічними, політичними й культурними відносинами. Сімейне законодавство нордичних держав не містить кодифікованих актів, сімейні відносини регулюються законами, з аналізу яких можна говорити про такі спільні принципи сімейного права: рівність, моногамія, визнання як світського, так і церковного шлюбу, свобода розірвання шлюбу, договірне регулювання відносин подружжя, визначеності батьківства, добробуту дитини, пріоритету інтересів дитини, батьківської відповідальності, заборони насильства та інші. Водночас у регулюванні сімейних відносин є національні особливості. Наприклад, законодавство Фінляндії значну увагу приділяє принципу врахування думки дитини та містить принцип роздільної власності подружжя.<sup>1</sup>

Також необхідно дослідити особливості фіксації принципів сімейного права у писаному праві Великобританії, США та Канади. Великобританія складається з трьох юрисдикцій: Англії та Уельсу, Північної Ірландії, Шотландії. Кожна з них має свої особливості у регулюванні сімейних відносин. У Англії та Уельсі сімейні відносини регулюються судовими прецедентами та спеціальними законами, в яких і зафіксовані принципи сімейного права, а саме: Закон про власність заміжніх жінок (1882 р.)<sup>2</sup>; Закон про подружні випадки (1973 р., містить принцип свободи розлучення)<sup>3</sup>; Закон про місце проживання подружжя та судочинство (1973 р.)<sup>4</sup>; Закон про подружні та сімейні провадження (1984 р.)<sup>5</sup>; Закон про дітей (1989 р., встановив принцип особливого захисту дітей та принцип врахування інтересів дитини)<sup>6</sup>;

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принципи сімейного права в законодавстві нордичних держав. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 6, том 1. С. 136.

<sup>2</sup> Married Women's Property Act 1882, 18th August 1882. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/75/introduction>

<sup>3</sup> Matrimonial Causes Act 1973, 23rd May 1973. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18/introduction>

<sup>4</sup> Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973, 25th July 1973. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/45/introduction>

<sup>5</sup> Matrimonial and Family Proceedings Act 1984, 12th July 1984. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/42/introduction>

<sup>6</sup> Children Act, 1989. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/introduction>

<sup>1</sup> Laki oikeusgeneettisestä isyystutkimuksesta, 3 päivänä kesäkuuta 2005. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2005/20050378>

<sup>2</sup> Lastensuojelulaki, 13.4.2007/417. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2007/20070417>

<sup>3</sup> Laki avopuolisoiden yhteistalouden purkamisesta, 14.1.2011/26. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2011/20110026>

<sup>4</sup> Isyyslaki, 13.1.2015/11. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2015/20150011>

<sup>5</sup> Etu- ja sukunimilaki, 19.12.2017/946. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2017/20170946>

<sup>6</sup> Äitiyslaki. Helsingissä 20 päivänä huhtikuuta 2018. 253/2018. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2018/20180253>

<sup>7</sup> Hjúskaparlög. 1993 nr. 31 14. Apríl. URL: <https://www.althingi.is/lagas/148c/1993031.html>

<sup>8</sup> Barnaverndarlög, 2002 nr. 80 10. Maí. URL: <https://www.althingi.is/lagas/148c/2002080.html>

html

<sup>9</sup> Lög um ráðgjöf og fræðslu varðandi kynlíf og barneignir og um föstureyðingar og ófrjósemisaðgerðir. 1975 nr. 25 22. Maí. URL: <https://www.althingi.is/lagas/148c/1975025.html>

Закон про утримання дітей (1991 р.)<sup>1</sup>; Закон про сімейне право (1996 р.)<sup>2</sup>; Закон про усиновлення (2002 р.); Закон про громадянське партнерство (2004 р., надає право одностатевим парам реєструвати громадянські партнерства)<sup>3</sup>; Закон про шлюб (2013 р., дозволяє одностатевим парам укладати шлюби)<sup>4</sup>; Закон про дітей та сім'ї (2014 р.)<sup>5</sup> та деякі інші. Порядок розгляду сімейних спорів регулюється Правилами сімейних процедур.<sup>6</sup>

Закон про дітей (1989 р.) встановлює принцип добробуту дитини, який суди повинні застосовувати при вирішенні будь-якого питання щодо виховання дитини або управління її майном. Крім того, зафіксовано принципи батьківської відповідальності, врахування думки дитини та розгляду питань щодо дітей в розумні строки (оскільки “у кожному провадженні при виникненні питання щодо виховання дитини будь-яка затримка у вирішенні цього питання може завдати шкоди добробуту дитини”).<sup>7</sup>

Закон про сімейне право (1996 р.) містить такі два загальні принципи: підтримки інституту шлюбу та гарантування права кожному з подружжя вживати заходів для збереження цілісності шлюбу.<sup>8</sup> Принцип недопущення насильства в сім'ї зафіксований в інших законодавчих актах та судовій практиці. Таким чином, лише окремі принципи сімейного права в Англії та Уельсі містяться в законодавчих актах,

<sup>1</sup> Child Support Act 1991. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/48/contents>

<sup>2</sup> Family Law Act 1996, 4th July 1996. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/introduction>

<sup>3</sup> Civil Partnership Act 2004, 18th November 2004. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33>

<sup>4</sup> Marriage (Same Sex Couples) Bill (HC Bill 126). URL: [https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2012-2013/0126/cbill\\_2012-20130126\\_en\\_1.htm](https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2012-2013/0126/cbill_2012-20130126_en_1.htm)

<sup>5</sup> James Stewart, Edward Floyd and Rebecca Dziobon. Family law in the UK (England and Wales): overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

<sup>6</sup> Family Procedure Rules. URL: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/family>

<sup>7</sup> Children Act, 1989. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/introduction>

<sup>8</sup> Family Law Act, 4th July 1996. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/introduction>

інші зафіксовані судовою практикою.<sup>1</sup>

У Північній Ірландії до головних принципів регулювання сімейних відносин належать принципи батьківської відповідальності та добробуту дитини. До закріплення цих принципів у Законі про дітей 1995 р. вони були вироблені судовою практикою.<sup>2</sup> З аналізу положень вказаного акта можна говорити і про принцип пріоритету сімейного виховання.

Для Шотландії так само характерні принципи справедливості, рівності, добробуту дитини, моногамії тощо. Водночас на відміну від Англії та Уельсу у Шотландії тривалий час поряд з формальними шлюбами, визнавалися і неформальні. Після внесених змін до законодавства (4 травня 2006 р.) можуть бути укладені тільки офіційні (формальні) шлюби.<sup>3</sup> На утвердження принципу свободи розірвання шлюбу в Шотландії прийнято спеціальний Закон про розлучення (1976 р.). Після змін, внесених Законом про сімейне право (2006 р.), підставою для розлучення стала зміна статі одним із подружжя, підтверджена відповідним свідомством.<sup>4</sup> Принципи добробуту дитини та відповідального батьківства встановлені Законом про дітей (1995 р.).

В Ірландії основні засади регулювання сімейних відносин регулюються Конституцією, прийнятою ще 1 липня 1937 року. Стаття 41 Конституції Ірландії визнає сім'ю як первинну природну і фундаментальну групу суспільства, а також як моральний інститут, що володіє невід'ємними та невідчужуваними правами, які є первинними та переважаючими над позитивними нормами. У вказаній статті зафіксова-

<sup>1</sup> Менджул М.В. Основні засади регулювання сімейних відносин в англійському праві. International scientific and practical conference “Legal practice in EU countries and Ukraine at the modern stage” : Conference proceedings, January 25-26, 2019. Arad: Izdevniceba “Baltija Publishing”. P. 199.

<sup>2</sup> Conor McCormick. Capitalising on the conceptual divide: access to public and private justice in children's proceedings. Northern Ireland Legal Quarterly. 2016. 67(2). P. 157.

<sup>3</sup> М.В. Менджул. Принципи правового регулювання сімейних відносин у Великобританії та Ірландії. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2018. № 36. Т. 2. С. 43.

<sup>4</sup> Family Law (Scotland) Act 2006. URL: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2006/2/section/3>



но принцип державного захисту сім'ї, матерів, а також особливого захисту інституту шлюбу, на якому базується сім'я, принцип моногамії.<sup>1</sup> Також принципи сімейного права зафіксовані в таких законодавчих актах Ірландії: Закон про сімейне право (підтримання подружжя та дітей, 1976 р.)<sup>2</sup>, Закон про опіку над немовлятами (1964 р.)<sup>3</sup>, Закон про реформування судочинства та сімейного права (1989 р.)<sup>4</sup>, Закон про сімейне право (1995 р.)<sup>5</sup>, Закон про сімейне право (розлучення) 1996 р.<sup>6</sup>, Акт про цивільне партнерство, деякі права та зобов'язання 2010 р. (надав право одностатевим парам реєструвати цивільні партнерства)<sup>7</sup>, Закон про дітей і сімейні відносини 2015 р. (містить ряд суттєвих змін щодо становища дітей у ірландському сімейному праві, у тому числі спрямованих на усунення диференціації між дітьми народженими в шлюбі та поза шлюбом).<sup>8</sup>

В Ірландії 24 листопада 1995 р. на референдумі громадяни підтримали надання права на розлучення.<sup>9</sup> Встановлення принципу свободи розлучення в Ірландії тільки наприкінці ХХ століття, зумовлено значним впливом католицької церкви: близько 95 % ірландців – католи-

ки. Право укласти шлюби особам однієї статі було надано в Ірландії після проведення референдуму та внесення змін до Конституції в 2015 році.<sup>1</sup>

Отож, у рамках Великобританії є особливості регулювання сімейних відносин в Англії та Уельсі, Північній Ірландії, Шотландії. У межах цих юрисдикцій є як різні законодавчі акти, так і різна судова практика. Проте як у Великобританії, так і в Ірландії є спільні принципи сімейного права, зокрема: рівності, справедливості, добробуту дитини, батьківської відповідальності, пріоритету інтересів дитини, врахування думки дитини, пріоритету сімейного виховання дитини, недопущення насильства в сім'ї, моногамії та ін. Принцип свободи розірвання шлюбу найпізніше утвердився в Ірландії (у 1995 році). Ми встановили і ряд особливих принципів регулювання сімейних відносин: принцип компенсації за будь-які фінансові незручності, спричинені відносинами в шлюбі (в Англії та Уельсі), принцип спільної відповідальності держави та батьків за добробут дітей (у Північній Ірландії), принципи партнерства та стабільності шлюбу (в Ірландії).

Вважаємо, що у законодавство України варто впровадити такі принципи регулювання сімейних відносин як принцип розгляду питань щодо дітей в розумні строки та принцип компенсації за будь-які фінансові незручності, спричинені відносинами в шлюбі.<sup>2</sup>

Регулювання сімейних відносин у США належать до компетенції окремих штатів, у зв'язку з цим є ряд відмінностей як в законодавстві, так і в судовій практиці. Водночас Конгресом США прийнято ряд актів з окремих питань сімейного права, зокрема у сфері надання допомоги малозабезпеченим сім'ям, про запобігання викраденням дітей, а також щодо виконання зобов'язань по утриманню дітей. З метою уніфікації законодавства штатів у сфері сімейних відносин розроблено ряд законодавчих актів, зокрема: Уніфікований закон про шлюб та

<sup>1</sup> Thirty-fourth Amendment of the Constitution Act, 2015. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/ca/34/enacted/en/html>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Принципи правового регулювання сімейних відносин у Великобританії та Ірландії. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2018. № 36. Т. 2. С. 44.

<sup>1</sup> Constitution of Ireland, enacted by the People 1st July, 1937. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en#part1>

<sup>2</sup> Family Law (Maintenance of Spouses and Children) Act, 1976. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1976/act/11/enacted/en/html?q=Family+Law+Maintenance+of+Spouses+and+Children+Act+1976>

<sup>3</sup> Guardianship of Infants Act, 1964. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1964/act/7/enacted/en/html?q=Infants+Act%2C+1964>

<sup>4</sup> Judicial Separation and Family Law Reform Act, 1989. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1989/act/6/enacted/en/html>

<sup>5</sup> FAMILY LAW ACT, 1995, URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1995/act/26/enacted/en/html?q=Family+Law+Act+1995>

<sup>6</sup> FAMILY LAW (DIVORCE) ACT, 1996. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/act/33/enacted/en/html?q=Family+Law+Divorce+Act+1996+1996+Act>

<sup>7</sup> Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/24/section/3/enacted/en/html>

<sup>8</sup> Children and Family Relationships Act 2015. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/9/section/63/enacted/en/html>

<sup>9</sup> Christine P. James. *Cead míle fáilte? Ireland welcomes divorce: The 1995 Irish divorcerefendum and the family (divorce)*. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1277&context=djcil>

розлучення (1970 р.)<sup>1</sup>; Загальний закон про юрисдикцію щодо опіки над дітьми (1968 р.)<sup>2</sup>; Закон про забезпечення та юрисдикцію щодо опіки над дітьми (1997 р., введений у дію в усіх штатах. Першими в 1998 р. цей закон прийняли Оклахома і Аляска, останнім – Вермонт в 2011 р.)<sup>3</sup>; Закон про дошлюбні та шлюбні договори (2012 р., прийняли тільки штати Північна Дакота та Колорадо)<sup>4</sup>; Єдиний закон про арбітраж у сфері сімейного права (2016 р. введений в дію в штатах Аризона та Гаваїї, з 2019 року діє в Північній Дакоті та Масачусетсі).<sup>5</sup>

До Уніфікованого закону про шлюб та розлучення (1970 р.) внесено суттєві зміни в 1971 та в 1973 рр. Він уведений в дію повністю в штатах Аризона (1973 р.), Джорджія (1973 р.), Вашингтон (1973 р.), Колорадо (1973 р.), Монтана (1975 р.) та Мінесота (1978 р.)<sup>6</sup>, але ряд його положень поступово були рецесійовані в законодавство й інших штатів.

У штатах США існують різні підходи до фіксації принципів сімейного права, – від їх закріплення конституційними та законодавчими нормами до переважно прецедентної фіксації. Так, наприклад, основними джерелами сімейного права в Каліфорнії є як Сімейний кодекс

Каліфорнії, окремі закони, так і прецеденти апеляційних судів Каліфорнії та Верховного суду штату Каліфорнія.<sup>1</sup>

Попри відмінності у фіксації принципів сімейного права в різних штатах США (як законодавчими актами, так і судовими прецедентами), можна виокремити спільні засади, зокрема: справедливість, рівність, розумність, добровільність, моногамія, пріоритет інтересів дитини, врахування думки дитини тощо.

Дослідженню сімейно-правових принципів у Канаді українськими вченими приділено недостатньо уваги. При цьому канадські дослідники аналізують як загальні засади правового регулювання сімейних відносин<sup>2</sup>, так і їх дію в окремих інститутах.<sup>3</sup> Канада є федеративною державою, у складі якої десять провінцій (Альберта, Британська Колумбія, Квебек, Манітоба, Нова Шотландія, Нью-Брансвік, Ньюфаундленд і Лабрадор, Онтаріо, Острів Принца Едварда і Саскачеван) та три території (Нунавут, Північно-західні території та Юкон). У зв'язку з цим сімейні відносини регулюються як федеральним законодавством, так і законами провінцій та територій.

Згідно з Конституційним актом 1867 року виключно федеральним законом регулюється шлюб та розлучення (ст. 91)<sup>4</sup>, проте питання реєстрації шлюбу, майнових відносин подружжя, розподілу майна, захисту дітей, опіки, усиновлення регулюються законодавством провінцій. Хартія прав та свобод Канади, прийнята Конституційним актом від 17 квітня 1982 року, фіксує у ст. 15 принцип рівності та забороняє дискримінацію за різними ознаками, а в ст. 28 гарантує всі конститу-

<sup>1</sup> Uniform Marriage and Divorce Act, August 1-7, 1970. Approved by the American Bar Association February 5, 1974. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. URL: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjYou3MnZ\\_1AhWNposKHdYbDK8QFjAMegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.uniformlaws.org%2FHigherLogic%2FSystem%2FDownloadDocumentFile.ashx%3FDocumentFileKey%3D74189616-9a25-f0dc-fbf0-31b7401e21e0%26forceDialog%3D0&usg=AOvVaw0Ty0p0QRebzodkDulO6zFX](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjYou3MnZ_1AhWNposKHdYbDK8QFjAMegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.uniformlaws.org%2FHigherLogic%2FSystem%2FDownloadDocumentFile.ashx%3FDocumentFileKey%3D74189616-9a25-f0dc-fbf0-31b7401e21e0%26forceDialog%3D0&usg=AOvVaw0Ty0p0QRebzodkDulO6zFX)

<sup>2</sup> Uniform Child Custody Jurisdiction Act, 1968. URL: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=91f64d0b-d6b3-d659-3efc-79d87ada25c7&forceDialog=0>

<sup>3</sup> Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act. URL: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=4cc1b0be-d6c5-4bc2-b157-16b0baf2c56d>

<sup>4</sup> Premarital and Marital Agreements Act. URL: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=2e456584-938e-4008-ba0c-bb6a1a544400>

<sup>5</sup> Family Law Arbitration Act, 2016. URL: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=ddf1c9b6-65c0-4d55-bfd7-15c2d1e6d4ed>

<sup>6</sup> Marriage and Divorce Act. Uniform Law Commission. URL: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=c5a9eccc-095f-4e07-a106-2e6df459d0af>

<sup>1</sup> Family law in the United States: California: overview by Larry Ginsberg, Suzanne Harris, Andrea Fugate Balian, Fahri Takesh Hallin, Evan C. Itzkowitz, Azita Mosbat, Johnna K. Boylan, Randi Akasaki, Jessica M. Spiker, Michelle H. Chen and Jack J. McMorrow, Harris Ginsberg. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-614-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-614-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

<sup>2</sup> Julien D. Payne, Marilyn A. Payne. Canadian Family Law. 2008. 858 p.

<sup>3</sup> Linda C. Neilson. Responding to Domestic Violence in Family Law, Civil Protection & Child Protection. Cases. February 2017. URL: [https://www.unb.ca/fredericton/arts/centres/mmfc/\\_resources/respondingtodomesticviolenceinfamilyla.pdf](https://www.unb.ca/fredericton/arts/centres/mmfc/_resources/respondingtodomesticviolenceinfamilyla.pdf). ; Julien D. Payne, Marilyn A. Payne. Child Support Guidelines in Canada, 2017. 768 p.

<sup>4</sup> Constitution Acts, 1867 to 1982. URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/FullText.html>

ційні права та свободи однаково як чоловікам, так і жінкам.<sup>1</sup> Роберт Леккей зазначає, що саме у Хартії сформульовані цінності, зокрема рівність, що формують основу сімейного права.<sup>2</sup>

На федеральному рівні в Канаді принципи сімейного права закріплені в таких актах: Законі про розлучення (1985 р.)<sup>3</sup>, Законі про сімейні накази та сприяння виконанню сімейних угод (1985 р.)<sup>4</sup>, Законі про шлюб (заборонені ступені) (1990 р.)<sup>5</sup>, Законі про цивільний шлюб (2005 р.)<sup>6</sup>, Законі про резервовані сімейні будинки і подружні інтереси та права (2013)<sup>7</sup>, Федеральні рекомендації щодо підтримки дітей (1997 р.)<sup>8</sup> та ін. Таким чином, сфера сімейних відносин регулюється переважно актами суб'єктів федерації (провінцій та територій), наприклад в Новій Шотландії діють такі акти: Закон про викрадення дітей (1989)<sup>9</sup>, Закон про сімейний суд (1989 р.)<sup>10</sup>, Закон про майно подружжя (1989 р.)<sup>11</sup>, Закон про правочини заміжніх жінок (1989 р.)<sup>12</sup>, За-

<sup>1</sup> The Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11 URL: <https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/schedule-b-to-the-canada-act-1982-uk-1982-c-11/latest/schedule-b-to-the-canada-act-1982-uk-1982-c-11.html>

<sup>2</sup> Robert Leckey. Family Law as Fundamental Private Law. *The Canadian Bar Review*. 2007. Vol. 86. P. 69 -70.

<sup>3</sup> Divorce Act (R.S.C., 1985, c. 3). URL: <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/D-3.4/index.html>

<sup>4</sup> Family Orders and Agreements Enforcement Assistance Act (R.S.C. 1985, c. 4). URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/F-1.4.pdf>

<sup>5</sup> Marriage (Prohibited Degrees) Act (S.C. 1990, c. 46). URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/M-2.1/page-1.html>

<sup>6</sup> Civil Marriage Act (S.C. 2005, c. 33). URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.5/page-1.html#docCont>

<sup>7</sup> Family Homes on Reserves and Matrimonial Interests or Rights Act (S.C. 2013, c. 20). URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/F-1.2.pdf>

<sup>8</sup> Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175. URL: <https://www.canlii.org/en/ca/laws/regu/sor-97-175/latest/sor-97-175.html>

<sup>9</sup> Child Abduction Act, RSNS 1989, c 67. Nova Scotia. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/rsns-1989-c-67/latest/rsns-1989-c-67.html>

<sup>10</sup> Family Court Act, RSNS 1989, c 159. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/rsns-1989-c-159/latest/rsns-1989-c-159.html>

<sup>11</sup> Matrimonial Property Act, RSNS 1989, c 275. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/rsns-1989-c-275/latest/rsns-1989-c-275.html>

<sup>12</sup> Married Women's Deeds Act, RSNS 1989, c 271. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/rsns-1989-c-271/latest/rsns-1989-c-271.html>

кон про власність заміжніх жінок (1989 р.)<sup>1</sup>, Закон про послуги для дітей та сім'ї (1990 р.)<sup>2</sup>, Закон про інформацію про усиновлення (1996 р.)<sup>3</sup>, Закон про міждержавне усиновлення (1998 р.)<sup>4</sup>, Закон про втручання щодо домашнього насильства (2001 р.)<sup>5</sup> тощо. Таким чином, переважно сімейні відносини в Канаді регулюються актами, виданими на рівні окремих провінцій та територій, а на федеральному рівні регулюються питання розлучення, а також відносини щодо утримання дітей. Засади регулювання відносин щодо утримання подружжя на федеральному рівні об'єднані в акт, що має рекомендаційний характер.

Таким чином, як в Україні, так і в інших державах Європи, у США та Канаді принципи сімейного права фіксуються у писаному праві. Серед зафіксованих у писаному праві принципів у національних правових системах в Україні та досліджуваних державах є спільні та відмінні засади. Зокрема, серед спільних принципів такі: рівності чоловіка та жінки; рівності дітей, народжених в шлюбі та поза ним; справедливості; державної охорони сім'ї; найкращих інтересів дитини, моногамії; добровільності шлюбу, недопустимості втручання у сімейне життя, протидії насильству в сім'ї та інші.

Водночас в Австрії, Нідерландах, Німеччині, Монако, Словенії, Україні, Угорщині визнаються тільки світські шлюби, натомість в Італії, Латвії, Литві, Польщі, Португалії, Словаччині, Швеції, Чехії та Фінляндії державою поряд із світським визнається і церковний шлюб. В Австрії, Італії, Нідерландах, Словаччині, Чехії, Чорногорії, Хорватії та Швейцарії також виділяють принцип солідарності (взаємодопомоги). В окремих державах також зафіксовані такі принципи сімейного права: збереження цілісності сім'ї (в Албанії, Іспанії, Італії,

<sup>1</sup> Married Women's Property Act, RSNS 1989, c 272. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/rsns-1989-c-272/latest/rsns-1989-c-272.html>

<sup>2</sup> Children and Family Services Act, SNS 1990, c 5. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/sns-1990-c-5/latest/sns-1990-c-5.html>

<sup>3</sup> Adoption Information Act, SNS 1996, c 3, Nova Scotia. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/sns-1996-c-3/latest/sns-1996-c-3.html>

<sup>4</sup> Intercountry Adoption Act, SNS 1998, c 15. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/sns-1998-c-15/latest/sns-1998-c-15.html>

<sup>5</sup> Domestic Violence Intervention Act, SNS 2001, c 29. URL: <https://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/sns-2001-c-29/latest/sns-2001-c-29.html>

Македонії, Португалії та Німеччині); принцип компенсації за будь-які фінансові незручності, спричинені відносинами в шлюбі (в Англії та Уельсі); принцип солідарної відповідальності подружжя за борги сім'ї (у Нідерландах); принцип захисту слабшої сторони (в Угорщині та Чехії); принцип стабільності шлюбу (в Ірландії та Польщі); принцип спільної відповідальності держави та батьків за добробут дітей (в Північній Ірландії); принцип забезпечення захисту дітей, позбавлених батьківського піклування (в Боснії та Герцеговині, Македонії, Чорногорії, Хорватії); принцип первинності права батьків на догляд за дитиною (в Хорватії); принцип гарантування медіації при вирішенні сімейних спорів (в Словенії); принцип колективного вирішення сімейних питань (в Хорватії); принцип терміновості вирішення сімейно-правових питань, пов'язаних з дитиною (в Хорватії) та інші.

З огляду на досвід України та зарубіжних держав, можна виділити такі основні способи фіксації принципів сімейного права у писаному праві: 1) чітка фіксація (коли принцип сімейного права чітко закріплений у правовій нормі); 2) наскрізна фіксація (коли принцип сімейного права не чітко закріплений у конкретній правовій нормі, а його зміст розкривається через низку правових норм чи навіть сімейно-правових інститутів). Можливо і поєднання вказаних способів. Залежно від джерела писаного права фіксація принципів сімейного права можлива у вигляді закріплення у міжнародних договорах, нормативно-правових актах, судових прецедентах та сімейних договорах.

Проведений аналіз дає нам змогу констатувати, що в зарубіжних державах принципи сімейного права зафіксовані переважно у таких формах писаного права: 1) нормативно-правові акти (у конституціях (у більшості досліджуваних держав окремі принципи сімейного права зафіксовані на конституційному рівні – переважно принципи рівності, найкращих інтересів дитини, заборони втручання у сімейне життя, заборони насильства у сім'ї, принцип добровільності шлюбу та ін.), у сімейних кодексах (в Естонії, Молдові, Польщі, Республіці Білорусі, РФ, Україні та ін.) чи в іншому спеціальному законі у сфері сімейних відносин (у Словаччині, Сербії, Хорватії та ін.), у цивільних кодексах (в Латвії, Литві, Німеччині, Франції, Румунії, Чехії, Угорщині тощо); 2) судові прецеденти (у США, Великобританії).

У багатьох державах одним з основних принципів є принцип добробуту дитини, який тлумачиться широко і стосується не тільки до відносин між батьками та дітьми, а передбачає насамперед створення для дитини середовища, “дружнього до неї”, тобто такого, за якого поважаються права дитини, при цьому не піддається сумніву, що найкращим є сімейне виховання.

Враховуючи досвід правового регулювання принципів сімейного права у державах ЄС, на нашу думку, необхідно ст. 7 Сімейного кодексу України доповнити новою частиною такого змісту: “У кожному випадку, що стосується прав та (або) інтересів дитини, батьки, особи, що їх замінюють, органи державної влади, місцевого самоврядування та їх посадові особи мають вислухати думку дитини. Кожна дитина має право вільно висловлювати свою думку щодо її прав, інтересів, а також щодо питань, які стосуються сім'ї”. Крім того, варто в Сімейному кодексі України закріпити принцип посередництва при вирішенні конфліктів і сімейних суперечок, встановивши, “що посередництво (медіація) є основним засобом мирного вирішення конфліктів і сімейних спорів”.

## 2.2. Особливості застосування принципів сімейного права

Принципи сімейного права не просто впливають на сімейне право, вони керують ним, і відповідно, мають пріоритет над нормами сімейного права. В той же час принципи сімейного права зумовлені сімейними відносинами, а їх застосування визначає та обмежує інструменти правового впливу на сімейні відносини позитивним правом. Іншими словами, принципи сімейного права впливають на сімейне право, а сімейне право впливає на спосіб, у який принципи впливають на нього.

Застосування принципів сімейного права не може замінити правові норми, які є основними регуляторами сімейних відносин. Але регулятивна дія норм сімейного права визначається та обмежується



принципами сімейного права. При цьому застосування принципів сімейного права найбільш поширене через правові норми. Безперечно, процес застосування принципів сімейного права складний, що зумовлено їх абстрактністю, а також низьким рівнем усвідомлення багатьма практикуючими правниками важливості принципів.

Останнім часом все більше науковців звертають увагу на необхідність розмежування таких понять як “застосування норм права” та “правозастосування”. Так, О.М. Юхимюк наголошує, що термін “застосування норм права” передбачає реалізацію саме норм права, а термін “правозастосування” ширший і означає правову форму діяльності уповноважених суб’єктів з реалізації принципів та норм права у конкретних життєвих ситуаціях шляхом прийняття індивідуальних рішень.<sup>1</sup> Ми погоджуємося з такою позицією і вважаємо, що правозастосування передбачає реалізацію як правових норм, так і принципів права.

Застосування принципів сімейного права має здійснюватися як уповноваженими правотворчими органами (у процесі правотворення), адміністративними та судовими органами (у процесі правозастосування), так і учасниками сімейних відносин (наприклад, при регулюванні своїх відносин договором). Принципи сімейного права однаково є обов’язковими як для органів публічної влади, так і для приватних осіб (учасників сімейних відносин). Законність дій і публічних органів, і приватних осіб безпосередньо залежить від дотримання принципів сімейного права. У разі їх порушення, можуть наставати негативні наслідки у вигляді зобов’язання вчинити певну дію, відшкодувати завдану шкоду тощо.

Проведене дослідження, дає змогу констатувати, що принципи сімейного права застосовуються у процесі правотворення, реалізації через норми права та при прямій реалізації.

Досліджуючи значення принципів як компонентів техніки правотворення, В.М. Косович зауважує, що доцільно використовувати як

<sup>1</sup> Юхимюк О.М. Співвідношення понять “правозастосування” та “застосування норм права”. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 4. С. 55.

формальну, так і змістовну форми матеріалізації принципів права у нормативно-правових актах, і принцип права як засіб нормо-проектної техніки є зумовленою закономірностями суспільного буття керованою засадою, що закріплюється в нормативно-правових актах для визначення змісту і основних напрямків правового регулювання.<sup>1</sup> На нашу думку, у процесі правотворення принципи сімейного права: встановлюють вимоги до правотворчої діяльності, яка не може суперечити загальним цінностям (зокрема, справедливості, гуманізму, рівності, розумності тощо); визначають зміст правових норм, які повинні відображати ті цінності, які і містяться у принципах (наприклад, при регулюванні майнових відносин між подружжям правові норми повинні відповідати таким принципам як справедливість та рівність чоловіка та жінки, і це стосується як правових норм у сфері спільної власності, так і норм, що регулюють порядок набуття та здійснення права власності кожного із подружжя, у сфері поділу об’єктів права спільної власності, відносин щодо утримання між подружжям тощо); слугують своєрідними індикаторами відповідності норм закону праву (якщо норма у законодавчому акті не відповідає принципам права, то можна стверджувати про її неправовий характер. При розгляді справ ЄСПЛ також керується принципами при перевірці обмежень прав людини, зокрема принципами правової визначеності, пропорційності, рівності та заборони дискримінації).<sup>2</sup>

Норми сімейного законодавства не повинні суперечити принципам сімейного права. Принципи сімейного права здійснюють контроль над сімейним законодавством, унеможливають регулювання ним сімейних відносин не у відповідності до основних цінностей, що становлять зміст принципів.

М.І. Козюбра зазначає, що при застосуванні основоположних та загальних принципів права не завжди існує необхідність посилатися на інше джерело права (закон, правовий звичай тощо). Саме тому,

<sup>1</sup> Косович В.М. Загальнонормативні аспекти удосконалення нормативно-правових актів України : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01. Львів, 2015. С. 169.

<sup>2</sup> Менджул Марія. Застосування принципів сімейного права. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 11. С. 49-50.

на думку науковця, такі принципи часто розглядають як самостійне джерело права у міжнародному та європейському праві, а також у правових системах романо-германського права, і в результаті суди застосовують їх при існуванні прогалін та колізій. Крім того, це дає можливість уникнути ототожнення права та закону, є запобіжником створення і застосування несправедливих законів.<sup>1</sup> З цією позицією можна погодитися і принципи сімейного права також проявляють такі властивості у процесі їхнього застосування.

Застосування принципів сімейного права можливе через їх закріплення у нормах сімейного права. Водночас принципи сімейного права не обмежуються тим переліком, який може бути зафіксований у писаному праві, тобто можливе безпосереднє застосування принципів сімейного права, а не тільки опосередковане – через правові норми, що їх закріплюють. У попередньому підрозділі ми дослідили фіксацію принципів сімейного права у писаному праві багатьох зарубіжних держав, що дозволило дійти висновку, що основні принципи сімейного права мають або чітку або наскрізну фіксацію. Закріплення принципів сімейного права у писаному праві сприяє їх практичному застосуванню.

Ефективність застосування принципів сімейного права залежить від їх закріплення у писаному праві (непряма дія), а також усвідомлення суб'єктами правозастосування можливості прямої дії принципів сімейного права.

Традиційно пряму дію принципів не тільки сімейного права, але і всіх принципів права пов'язують із заповненням прогалін у законі (аналогією права). Стаття 10 Сімейного кодексу України передбачає застосування аналогії закону та аналогії права до регулювання сімейних відносин. При цьому з аналізу положень цієї статті аналогія права (регулювання відповідно до загальних засад сімейного законодавства) має субсидіарне значення у порівнянні із аналогією закону (регулювання відносин подібними нормами СК України).

Англійське прецедентне право, зауважують науковці, базується на широкому застосуванні аналогії права. Так само Верховний Суд США

та вищі судові інстанції різних штатів широко використовують метод аналогії.<sup>1</sup>

Вітчизняні науковці розглядають аналогію права як доцільний механізм подолання прогалін цивільного законодавства.<sup>2</sup> А.В. Коструба вважає, що аналогія права та аналогія закону є характерними тільки для приватноправових галузей права і можуть бути ефективним способом конвалідації (“оздоровлення”) не тільки механізму припинення, але і всього механізму правового регулювання.<sup>3</sup> В.А. Кройтор зауважує, що аналогія в цивільному праві є доволі поширеним правовим явищем, і вона може застосовуватися виключно судом у разі додержання певного порядку, який має встановлюватися законом.<sup>4</sup> Ми погоджуємося з думкою С. Погрібного, що при застосуванні аналогії правозастосовний орган не може змінювати предмет нормативного регулювання акта законодавства, так само не відбувається розширення меж регулюючого впливу закону, оскільки аналогія є тільки юридично-технічним засобом подолання прогалін для вирішення конкретної справи.<sup>5</sup>

Безперечно, при аналогії права прогаліни в правових нормах не заповнюються, а просто оперативно долаються у кожному випадку. Міністерство юстиції висловило свою позицію щодо застосування аналогії закону та аналогії права, зокрема у листі від 30 січня 2009 р. № Н-35267-18 зауважено, що при вирішенні справи як по аналогії закону, так і по аналогії права повинні дотримуватися такі умови: анало-

<sup>1</sup> Завальнюк С.В. Особливості застосування аналогії права за цивільним законодавством зарубіжних країн. *Часопис цивілістики*. 2016. Вип. 20. С. 167.

<sup>2</sup> Печений О. Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 2 (49). С. 113 ; Завальнюк С.В. Загальні положення застосування аналогії права згідно чинного цивільного законодавства. *Часопис цивілістики*. 2014. Вип. 16. С. 74.

<sup>3</sup> Коструба А.В. Аналогія права та закону як фактична фікція і спосіб “оздоровлення” механізму правоприпинення. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 3. С. 188.

<sup>4</sup> Кройтор В.А. Усунення прогалін у цивільному праві за допомогою аналогії права, аналогії закону та міжгалузевої аналогії. *Форум права*. 2016. № 3. С. 165.

<sup>5</sup> Погрібний С. Аналогія закону та аналогія права як засоби регулювання договірних цивільних відносин. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2010. № 5. С. 16.

<sup>1</sup> Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ, 2015. С. 78.

гія може застосовуватися тільки, коли відсутні повністю або частково правові норми; аналогія може застосовуватися, якщо суспільні відносини перебувають у сфері правового регулювання; між обставинами справи та наявною нормою має бути подібність по суттєвим юридичним ознаками; пошук норми, яка регулює аналогічний випадок, має відбуватися насамперед у актах тієї ж галузі права, а за відсутності – в інших галузях та в цілому законодавстві; у процесі використання аналогії прийняте рішення не має суперечити нормам закону та його меті; обов’язкова мотивація причин застосування аналогії до конкретного випадку.<sup>1</sup> Не погоджуємося з позицією, що у випадку відсутності норми, яка повинна регулювати конкретні відносини, то пошук подібної має здійснюватися не тільки в тій самій галузі законодавства, але і в інших. На нашу думку, якщо відсутня правова норма, що регулює конкретні відносини, то пошук подібної має відбуватися виключно в межах однієї галузі, а у разі відсутності – застосовуються принципи, тобто аналогія права.

Науковці висловлюють побоювання, що при аналогії права суд, заповнюючи прогалини у межах позитивного права, може створити припис, що не завжди матиме правовий характер, тобто не ґрунтуватиметься на ідеях справедливості та гуманізму.<sup>2</sup> Ми не погоджуємося з такою позицією, оскільки переконані, що при аналогії права неможливе винесення неправового рішення, оскільки аналогія передбачає застосування принципів права, які відображають його сутнісні цінності, відповідно, якщо рішення суперечитиме принципам права, то не можна стверджувати про застосування аналогії права.

Таким чином, застосовують аналогію насамперед суди, дотримуючись при цьому вимог верховенства права та законності, і відповідно винесене рішення у справі не має суперечити чинному законодавству.

<sup>1</sup> Лист Міністерства юстиції України “Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами” від 30 січня 2009 р. № Н-35267-18. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09?lang=ru>

<sup>2</sup> Підвальна М.З. Проблеми застосування принципу верховенства права. *Університетські наукові записки*. 2012. № 3 (43). С.18.

Аналогія є певною гарантією для учасників сімейних відносин, що їх права та обов’язки будуть врегульовані і вони зможуть вирішити спір в межах сімейного законодавства чи на основі принципів сімейного права.

Положення ч. 1 ст. 10 СК України, на нашу думку, містить звужене поняття аналогії закону, навіть у порівнянні з подібною нормою ст. 8 ЦК України. Крім того, варто замінити термін “засади сімейного законодавства” ширшим поняттям “принципи сімейного права”. Саме тому, на нашу думку, ст. 10 СК України слід викласти в такій редакції:

“1. Якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, інших актів сімейного законодавства, які регулюють подібні відносини (аналогія закону).

2. Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до принципів сімейного права (аналогія права)”.

Принципи сімейного права застосовуються також для подолання колізій у законодавстві. Науковці зазначають, що основні колізійні правила (пізній закон скасовує дію більш раннього, акт вищої юридичної сили переважає дію акта меншої юридичної сили, спеціальний закон скасовує дію загального та ін.), діють протягом багатьох століть та завдяки своїй імперативності стали також принципами права.<sup>1</sup> Ми також погоджуємося з науковцями, що принципи права можуть застосовуватися при вирішенні протиріч між колізійними нормами (наприклад, при збігу ієрархічної та змістовної колізій), а також коли вибір між суперечними нормами неможливо зробити за загальними правилами (наприклад, при колізії спеціальних норм).

Застосування принципів сімейного права є превенцією до зловживання сімейними правами. Наприклад, при укладенні шлюбного договору, приватна автономія особи обмежується такими принципами як справедливість, рівність, захист слабшої сторони, принцип найкращих інтересів дитини та ін.

<sup>1</sup> Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ, 2015. С. 78.

При застосуванні принципів сімейного права важливе значення відіграють ті, котрі закріплені в Конституції України, адже її норми є нормами прямої дії, відповідно такі принципи мають так само пряму дію. Отже суб'єкт правозастосування може мотивувати рішення по справі принципами сімейного права, що містяться в конституційних нормах.

Крім того, у тих випадках, коли на основі принципів сімейного права вирішуються конкретні сімейні конфлікти та обґрунтовуються судом відповідні рішення, має місце пряма дія принципів сімейного права. Таким чином, принципи сімейного права можуть мати пряму регулятивну дію, і не тільки при застосуванні аналогії права.

Отже, значення принципів сімейного права найбільш чітко проявляється при їх застосуванні у судовій практиці. М.І. Козюбра зазначає, що найвища загальність та абстрактність суспільних цінностей залишає судам достатню свободу розсуду й оцінок у процесі вирішення конкретних справ, саме в яких і має місце зіткнення різних правових інтересів, і при цьому є потреба у розвитку та конкретизації правових ідей, створення критеріїв, необхідних для їх застосування, формування відповідних правових позицій.<sup>1</sup> С.В. Шевчук вважає, що застосування принципів права дає змогу “інституціоналізувати правові цінності”, оскільки в судовому рішенні за результатом вирішення конкретної справи мають бути виявлені ті реальні цінності, які, можливо, і не зафіксовані у писаному праві, але вони мають бути покладені в основу рішення.<sup>2</sup> Можна з такими позиціями погодитися і найбільш ілюстративно їх підтверджує англійська судова практика.

В Англії та Уельсі принципи сімейного права не тільки сформовані прецедентною практикою, але у процесі застосування їх судами відбувається розвиток принципів та їх кореляція. Так, у рішенні “White” (2000) Палата лордів встановила два ключові принципи: 1) не повинно бути жодної дискримінації, і якщо один із подружжя займався

веденням домашнього господарства, то внесок кожного із подружжя слід розглядати як рівноцінний; 2) суд повинен відійти від “критерію рівності” тільки тоді і в тій мірі, коли цього вимагає справедливість. У наступних справах Палата лордів підтвердила основні принципи, викладені у рішенні “White”, проте у рішенні “Miller/McFarlane” (2006) виробила додаткові критерії, що обґрунтовують перерозподіл власності під час розлучення. Зокрема, при розподілі майна суд повинен враховувати: потребу, сформовану відносинами між сторонами; принцип компенсації за будь-які фінансові незручності, спричинені відносинами; принцип спільного використання результатів (майна), набутих в шлюбі.<sup>1</sup> При застосуванні цих принципів кінцева мета – надати кожному із подружжя рівні можливості після розірвання шлюбу.

У рішенні “Charman” (2007) Апеляційний суд розглянув три принципи, визначені в рішенні “Miller/McFarlane”, і констатував, що головним критерієм є справедливість. Від принципу рівності у розподілі майна подружжя суд може відійти у випадках, коли: 1) шлюб не був тривалим, і особливо у разі відсутності дітей, і коли кожен із подружжя зробив власну кар'єру, і грошові кошти були розділені (рішення “Sharp v. Sharp” (2017); 2) є “нематеріальна” власність (може включати отриману спадщину, а також майно, набуте до шлюбу та/або після розлучення, у разі коли цю “нематеріальну” власність можна чітко визначити, а також у випадках, коли майно, яке перерозподіляється, перевищує розумні потреби сторін); 3) “неліквідність” майна (характер активів може виправдати відхід від рівності); 4) особливий внесок (для того, щоб його врахувати, внесок повинен бути “винятковим”). У рішенні “Cooper-Hohn v. Hohn” (2014) суд постановив, що суттєвий відхід від принципу рівності був виправданий через особливий внесок чоловіка у формуванні значного майна через його “фінансову геніальність”. Однак, особливий внесок не завжди обґрунтовує відступ від принципу рівності (“Work v. Gray” (2017); 5) потреби переви-

<sup>1</sup> Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ, 2015. С. 79.

<sup>2</sup> Шевчук С. В. Судовий прецедент у праві ЄС. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2007. № 6 (68). С. 79.

<sup>1</sup> Judgments - Miller (Appellant) v. Miller (Respondent) and McFarlane (Appellant) v. McFarlane (Respondent), 24 May 2006. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060524/mill-1.htm>



щують ресурси (від принципу рівності можна відійти у тих випадках, коли потреби сторін перевищують наявні активи, доступні для розподілу (наприклад, коли більша частина майна потрібна для утримання дітей та того з подружжя, з ким вони будуть проживати).<sup>1</sup>

При застосуванні принципів розумності та справедливості у справах про утримання англійські суди сформувавши позицію про такий тимчасовий захід, що кожен з подружжя (або партнерства) до завершення розгляду справи про розлучення та утримання може подати заяву про надання утримання. Більше того, суд може включити судові витрати до щомісячної суми утримання.

Саме при застосуванні принципів рівності та справедливості в Англії та Уельсі було вироблено позицію, що аліменти можуть бути стягнуті на користь дітей, народжених як у шлюбі, так і поза шлюбом. У рамках шлюбу (цивільного партнерства) або в процесі його розірвання суд може стягнути аліменти на користь дитини у вигляді періодичних платежів, може також передати дитині майно у власність. Крім того, суд може зобов'язати виплатити аліменти наперед або взамін зобов'язати передати певне майно.<sup>2</sup>

Надзвичайно цінним для України є досвід американських судів у застосуванні принципу справедливості при розподілі майна подружжя, визначенні розміру аліментів, регулюванні умов дошлюбних та шлюбних договорів.

Застосування принципів права в США сприяло також утвердженню права на укладення цивільних партнерств, а згодом і одностатевих шлюбів. В окремих штатах це право було встановлено на рівні законодавчих актів, наприклад, у штаті Вермонт на рівні закону партнерства

визнані ще в 2000 році.<sup>1</sup> Проте у багатьох штатах це стало можливе завдяки судовим прецедентам і застосуванню судами принципів права. Зокрема, Верховний Суд США у справі “Lawrence v. Texas” визнав неконституційними не тільки закон про содомію в Техасі, але і в інших штатах<sup>2</sup>, у 2015 році у рішенні по справі “Obergefell v. Hodges” постановив, що фундаментальне право на шлюб гарантується одностатевим парам, виходячи з положення чотирнадцятої поправки до Конституції США<sup>3</sup>, а через два роки у справі “Pavan v. Smith” вирішив, що одностатеві пари повинні мати однакові умови, як і пари протилежної статі, при видачі свідоцтв про народження дітей.<sup>4</sup>

Федеральний закон про розлучення Канади (1985 р.) містить застави, якими повинен керуватися суд при розгляді справи про призначення утримання одному з подружжя при розірванні шлюбу. Так, відповідно до ст. 15.2 при визначенні утримання чоловіку (дружині) суд повинен: а) враховувати стан, засоби, потреби та інші обставини кожного з подружжя, у тому числі тривалість спільного життя, функції, які виконували кожен з подружжя, будь-які угоди або домовленості, що стосуються підтримки одного з подружжя; б) встановити будь-які економічні переваги або втрати для подружжя, що виникають в результаті шлюбу або його розірвання; в) розподілити між подружжям будь-які фінансові наслідки, що виникають внаслідок догляду за дитиною; г) позбавити будь-яких економічних труднощів, що виникли внаслідок розірвання шлюбу; д) наскільки це можливо, сприяти економічній самодостатності кожного з подружжя протягом розумно-

<sup>1</sup> Nancy G. Maxwell. Unification and Harmonization of Family Law Principles: The United States Experience. Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, [Commission on European Family Law] (2003). URL: [http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/\\_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf](http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf)

<sup>2</sup> Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>

<sup>3</sup> Obergefell et al. v. Hodges, June 26, 2015. URL: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)

<sup>4</sup> Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith on Petition for Writ of Certiorari to the Supreme Court of Arkansas, №. 16–992. Decided June 26, 2017. URL: [https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/16-992\\_868c.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/16-992_868c.pdf)

<sup>1</sup> James Stewart, Edward Floyd and Rebecca Dziobon. Family law in the UK (England and Wales): overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

<sup>2</sup> Менджул М.В. Основні засади регулювання сімейних відносин в англійському праві. International scientific and practical conference “Legal practice in EU countries and Ukraine at the modern stage” : Conference proceedings, January 25-26, 2019. Arad : Izdevnieciba “Baltija Publishing”. P. 200.

го періоду часу. При ухваленні рішення суд не повинен враховувати будь-які проступки чоловіка (дружини) в шлюбі.

Вказані засади Федерального закону про розлучення були інтерпретовані у двох важливих рішеннях Верховного Суду Канади “Moge v. Moge” (1992 p.) та “Bracklow v. Bracklow” (1999 p.).<sup>1</sup>

У справі “Moge v. Moge” подружжя зареєстрували шлюб в середині 50-х років у Польщі і переїхали до Канади в 1960 році, і прожили разом до 1973 року. Дружина закінчила сім класів, не мала освіти і під час шлюбу займалася сімейним господарством та доглядом за трьома дітьми. Після розірвання шлюбу діти залишилися проживати з мамою і їй було присуджено аліменти в розмірі 150 доларів на місяць, в 1987 році розмір аліментів був збільшений до 400 доларів. У 1989 році було винесено рішення про припинення виплати аліментів, обґрунтоване тим, що колишня дружина досягла фінансової незалежності (працювала прибиральницею) і що її чоловік підтримував її настільки довго, як він міг бути зобов’язаний. Апеляційний суд скасував рішення суду і встановив аліменти дружині у розмірі 150 доларів на місяць на невизначений термін. Предметом розгляду у Верховному Суді Канади стало питання, чи має право дружина на постійну підтримку протягом невизначеного періоду часу. Верховний Суд зауважив, що положення про утримання Закону про розлучення 1985 року покликані вирішувати економічні наслідки для обох сторін, і закон вимагає справедливого розподілу ресурсів для полегшення цих наслідків незалежно від статі. Суд зауважив, що можуть бути випадки, коли самотійність неможлива через вік подружжя при розірванні шлюбу: “нереально очікувати, що 45- або 50-річна дружина, яка не працювала протягом багатьох років, перекваліфікується і зможе конкурувати на ринку праці”. Крім того, в судовому рішенні зазначено, що “справедливий розподіл не передбачає детального обліку часу, сил та коштів, витрачених у повсякденному житті подружжя, а також не може здійснювати повну компенсацію економічних втрат у кожному випадку. Скоріше,

<sup>1</sup> Менджул М.В. Основні засади правового регулювання сімейних відносин у Канаді. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 55. Том 1. С. 129.

він передбачає розробку параметрів, за допомогою яких можна оцінити відповідні переваги і недоліки подружжя в результаті їхньої ролі в шлюбі, як відправну точку при визначенні ступеня підтримки, яку необхідно присудити”. Рішенням Верховного суду залишено в силі рішення апеляційного суду, оскільки існує “невідповідність між заробітною платою колишнього чоловіка та жінки і вона не змогла стати економічно самодостатньою, незважаючи на свої сумлінні зусилля”.<sup>1</sup>

Таким чином, у справі “Moge v. Moge” Верховний суд Канади, застосовуючи принципи права, затвердив компенсаційний підхід при визначенні утримання для подружжя, основною метою якого є справедливий розподіл між подружжям всіх економічних наслідків шлюбу (як переваг, так і втрат). Компенсаторний принцип і далі знайшов свій розвиток у судовій практиці Канади.

Щодо випадків, коли один з подружжя через хворобу, інвалідність не працював та не міг займатися веденням домашнього господарства, то саме у справі “Bracklow v. Bracklow” (1999) Верховний суд Канади висловив свою позицію. Зокрема, Верховний суд постановив, що існує також некомпенсаційна основа для подружньої підтримки відповідно до Закону про розлучення на підставі “самої потреби”. Зокрема, предметом розгляду був випадок, коли подружжя одружилися в грудні 1989 року після того, як прожили разом чотири роки. Протягом перших двох років їхніх відносин дружина компенсувала дві третини витрат сім’ї, оскільки її заробіток був більший, згодом подружжя розділяли витрати порівну. Дружина з самого початку мала проблеми із здоров’ям, в 1991 році була госпіталізована з психіатричними проблемами, втратила роботу. Подружжя розлучилося в 1992 році, чоловік згодом знову одружився, і виплачував аліменти колишній дружині 275 доларів на місяць, з 15 травня 1994 року розмір утримання збільшився до 400 доларів на місяць. Вона також отримувала 787 доларів щомісяця допомоги по інвалідності. З вересня 1996 року виплата аліментів була припинена, рішення суду першої інстанції ґрунтувалося на тому, що жодних економічних втрат дружина не зазнала внаслідок шлюбу чи його розірвання, проблеми із здоров’ям також не були на-

<sup>1</sup> Moge v. Moge, [1992] 3 SCR 813. URL: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1992/1992canlii25/1992canlii25.html>

слідком шлюбу. Верховний суд Канади у своєму рішенні зауважив, що в Законі про розлучення не передбачено як єдину підставу для підтримки подружжя “компенсацію”. Щодо аргумента чоловіка про незначну тривалість шлюбу, суд зауважив, що при компенсаційній моделі це важливий фактор, а при некомпенсаційній – один із факторів, що підлягає врахуванню. І саме щодо цієї ситуації, то наприкінці подружнього життя чоловік повністю утримував дружину у зв’язку з її хворобою, а з цього випливає, що розлучення фактично “зумовило для місіс Браклоу економічні труднощі, як передбачено ст. 15.2 Закону про розлучення” і вона має право на утримання від колишнього чоловіка.<sup>1</sup>

Таким чином, законодавством та прецедентною практикою на основі застосування принципів сімейного права в Канаді сформовано три концептуальні моделі отримання права на утримання подружжям: компенсаційна, некомпенсаційна та договірна.

Науковці зазначають, що дієвість принципів права можна перевірити практикою, і якщо вони не є орієнтиром для суб’єктів правових відносин, то у суспільстві принципи не відображають реальну ціннісну систему, особливо це проявляється при їх застосуванні судами. Крім того, основними напрямками реалізації принципів права при здійсненні судочинства є наступні: застосування правових принципів для усунення прогалин в законодавстві; застосування принципів у випадку винесення рішення по конкретним справам; наповнення сформульованого в законодавстві принципу конкретним юридичним змістом; пряма вказівка на невідповідність конкретних правових норм вимогам принципів права.<sup>2</sup> Так само і принципи сімейного права при їх застосуванні судами дозволяють усунути прогалини у сімейному законодавстві, наповнюються конкретним змістом, дозволяють виявити сімейно-правові норми, що не відповідають принципам сімейного права, тобто є неправовими.

Важливо дослідити застосування принципів сімейного права в Україні при розгляді справ судами. Але насамперед проаналізуємо рі-

<sup>1</sup> Bracklow v. Bracklow, [1999] 1 S.C.R. 420. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1688/index.do>

<sup>2</sup> Осадчук С.С. Застосування принципів права у правотворчому та правозастосовному процесі. *Наука право*. 2012. № 3, ч. 3. С. 35-36.

шення Конституційного Суду України, які мають обов’язкову силу та досить часто тлумачать положення Конституції та законів на основі принципів права. Протягом останніх років все більше рішень КСУ в обґрунтуванні містять посилання на принципи права. Наприклад, у рішенні від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 КСУ встановив, що із конституційних принципів рівності та справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки ніщо інше не в змозі забезпечити її однакове застосування.<sup>1</sup> У рішенні від 8 грудня 2011 року № 16-рп/2011 КСУ дійшов висновку, що складовими елементами принципу верховенства права є ефективність мети та засобів правового регулювання, а також розумність та логічність закону.<sup>2</sup> У рішенні від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011 КСУ тлумачив принципи соціальної та правової держави, а також верховенство права і констатував, що вони обумовлюють законодавче регулювання суспільних відносин на засадах справедливості та розмірності із врахуванням обов’язку держави забезпечити гідні умови життя кожному громадянину.<sup>3</sup> На думку КСУ, елементами верховенства

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X “Перехідні положення” Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22.09.2005 № 5-рп/2005

<sup>2</sup> Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням товариства з обмеженою відповідальністю “Пріма-Сервіс” ЛТД щодо офіційного тлумачення положення пункту 7 частини третьої статті 129 Конституції України та за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень частини шостої статті 12, частини першої статті 41 Кодексу адміністративного судочинства України, частини другої статті 197 Цивільного процесуального кодексу України, а також частини восьмої статті 81-1 Господарського процесуального кодексу України (справа про фіксування судового процесу технічними засобами) від 08.12.2011 № 16-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-11>

<sup>3</sup> Рішення Конституційного суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України, 53 народних депутатів України і 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII “Прикінцеві положення” Закону України “Про Державний бюджет України на 2011 рік” від 26.12.2011 № 20-рп/2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-11>

права є також: 1) принцип пропорційності, який у сфері соціального захисту означає, що заходи, які встановлені у нормативно-правових актах, мають бути спрямовані на досягнення легітимної мети і повинні бути співмірними з нею<sup>1</sup>; 2) правова передбачуваність та правова визначеність, які необхідні, щоб учасники правовідносин мали можливість передбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано.<sup>2</sup> Принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості, однозначності правових норм, їх прогнозованості та стабільності.<sup>3</sup> Тобто Конституційний Суд України, як правило, застосовує загальні принципи права, які також регулюють і сімейні відносини.

Серед загальних принципів, які застосовують суди України при вирішенні сімейних спорів, ми виявили такі: принцип, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі (застосовано у справі про стягнення заборгованості зі сплати аліментів Вищим спеці-

алізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ<sup>1</sup>); принцип справедливості (застосовано Верховним Судом у справах про надання дозволу на виїзд дитини за кордон без згоди одного з батьків<sup>2</sup>, про визначення місця проживання дитини<sup>3</sup>, про усиновлення дитини<sup>4</sup>, про розірвання шлюбу<sup>5</sup>); принцип рівності (застосовується досить часто, зокрема у справах про поділ майна подружжя<sup>6</sup>, про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною<sup>7</sup>, про надання дозволу на виїзд дитини за кордон без згоди одного з батьків<sup>8</sup>, про визначення місця проживання дитини<sup>9</sup>,

<sup>1</sup> Рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 вересня 2011 року № 6-6464св10. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18636433#>

<sup>2</sup> Постанова Верховного Суду від 4 липня 2018 року у справі № 712/10623/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75266002>; Постанова Верховного Суду від 12 вересня 2018 року у справі № 757/9006/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76912335>; Постанова Верховного Суду від 25 березня 2019 року у справі № 165/2240/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80950551>

<sup>3</sup> Постанова Верховного Суду від 12 червня 2019 року у справі № 755/5826/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82499499>

<sup>4</sup> Постанова Верховного Суду від 16 жовтня 2018 року у справі № 2-о-73/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77286377>

<sup>5</sup> Постанова Верховного Суду від 15 травня 2019 року у справі № 347/1988/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81908511>

<sup>6</sup> Рішення Верховного Суду України від 26 листопада 2008 р. у справі № 6-8088св07. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2600690>

<sup>7</sup> Постанова Верховного Суду від 7 листопада 2018 року у справі № 757/22890/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77763876>

<sup>8</sup> Постанова Верховного Суду від 12 березня 2018 року у справі № 766/1211/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72938685>; Постанова Верховного Суду від 14 лютого 2018 року у справі № 201/1696/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72269102>; Рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 вересня 2011 року у справі № 6-6464св10. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18636433#>; Постанова Верховного Суду від 12 вересня 2018 року у справі № 757/9006/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76912335>; Постанова Верховного Суду від 25 березня 2019 року у справі № 165/2240/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80950551>

<sup>9</sup> Постанова Верховного Суду від 17 жовтня 2018 року у справі № 402/428/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77361954>; Постанова Верховного Суду від 12 червня 2019 року у справі № 755/5826/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82499499>; Постанова Верховного Суду від 29 серпня 2018 року у справі № 207/1381/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83925630>

<sup>1</sup> Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25.01.2012 № 3-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12>

<sup>2</sup> Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням Мартинова Володимира Володимировича щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 469 Митного кодексу України від 31.03.2015 № 1-рп/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-15>

<sup>3</sup> Рішення Конституційного суду України у справі за конституційними поданнями 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців тринадцятого, чотирнадцятого пункту 32 розділу 1 Закону України “Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи” та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу першого підпункту 164.2.19 пункту 164.2 статті 164 Податкового кодексу України (справа про оподаткування пенсій і щомісячного довічного грошового утримання) від 27.02.2018 № 1-р/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-18>



про розірвання шлюбу<sup>1</sup>, про право користування жилим приміщенням<sup>2</sup>) та інші. Серед власне принципів сімейного права, які застосовуються судами України варто виділити наступні: принцип найкращих інтересів дитини (застосовується у справах щодо виховання дітей та усунення перешкод у спілкуванні з ними,<sup>3</sup> про визначення місця проживання дітей<sup>4</sup>, про надання дозволу на виїзд дитини за кордон без згоди одного з батьків<sup>5</sup>, про усиновлення дитини<sup>6</sup>, про стягнення аліментів, пені за прострочення сплати аліментів<sup>7</sup>, про позбавлення

батьківських прав<sup>1</sup>, в тому числі з одночасним стягненням аліментів<sup>2</sup>); принцип загальної та однакової відповідальності обох батьків за виховання і розвиток дитини (застосовано у справах про надання дозволу на виїзд дитини за кордон без згоди одного з батьків<sup>3</sup>); принцип добровільності шлюбу (застосовується у справах про розірвання шлюбу<sup>4</sup>, в тому числі тих, що супроводжуються вимогами про визначення місця проживання дитини<sup>5</sup>); принципу одношлюбності (застосовується у справах про визнання шлюбу недійсним<sup>6</sup>, про встановлення факту спільного проживання однією сім'єю чоловіка і жінки без державної реєстрації шлюбу<sup>7</sup>), принцип недопустимості свавільного втручання у сімейне життя (застосовується у справах про визнання

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 8 листопада 2018 року у справі № 569/458/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77696595> ; Постанова Верховного Суду від 12 березня 2018 року у справі № 711/2868/17-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72700742> ; Постанова Верховного Суду від 11 червня 2019 року у справі № 605/434/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82316273>

<sup>2</sup> Постанова Верховного Суду від 20 червня 2018 року у справі № 186/397/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74963626> ; Постанова Верховного Суду від 16 січня 2019 року у справі № 199/10302/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79314288> ; Постанова Верховного Суду від 27 березня 2019 року у справі № 202/5216/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80888998>

<sup>3</sup> Постанова Верховного Суду від 7 листопада 2018 року у справі № 757/22890/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77763876>

<sup>4</sup> Постанова Верховного Суду від 3 травня 2018 року у справі № 607/1091/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73837289> ; Постанова Верховного Суду від 12 червня 2019 року у справі № 755/5826/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82499499> ; Постанова Верховного Суду від 17 жовтня 2018 року у справі № 402/428/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77361954>

<sup>5</sup> Постанова Верховного Суду від 12 березня 2018 року у справі № 766/1211/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72938685> ; Постанова Верховного Суду від 14 лютого 2018 року у справі № 201/1696/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72269102> ; Рішення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 вересня 2011 року № 6-6464св10. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18636433#> ; Постанова Верховного Суду від 12 вересня 2018 року у справі № 757/9006/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76912335> ; Постанова Верховного Суду від 25 березня 2019 року у справі № 165/2240/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80950551>

<sup>6</sup> Постанова Верховного Суду від 16 жовтня 2018 року у справі № 2-о-73/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77286377>

<sup>7</sup> Постанова Верховного Суду від 3 квітня 2019 року у справі № 333/6020/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81573936>

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 16 січня 2019 року у справі № 199/5032/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79313713> ; Постанова Верховного Суду від 16 січня 2018 року у справі № 204/1199/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71639656> ; Постанова Верховного Суду від 8 травня 2019 року у справі № 409/1865/17-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81753028>

<sup>2</sup> Постанова Верховного Суду від 29 жовтня 2018 року у справі № 619/3764/17-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77508787>

<sup>3</sup> Постанова Верховного Суду від 25 березня 2019 року у справі № 165/2240/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80950551>

<sup>4</sup> Постанова Верховного Суду від 15 травня 2019 року у справі № 347/1988/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81908511> ; Постанова Верховного Суду від 8 листопада 2018 року у справі № 569/458/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77696595> ; Постанова Верховного Суду від 11 червня 2019 року у справі № 605/434/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82316273> ; Постанова Верховного Суду від 17 грудня 2018 року у справі № 587/2930/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78979650> ; Постанова Верховного Суду від 26 вересня 2019 року у справі № 757/53777/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84788307> ; Постанова Верховного Суду від 13 лютого 2019 року у справі 457/110/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80223922> ; Постанова Верховного Суду від 6 червня 2018 року у справі № 295/14271/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74630282>

<sup>5</sup> Постанова Верховного Суду від 29 серпня 2018 року у справі № 207/1381/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83925630>

<sup>6</sup> Постанова Верховного Суду від 7 червня 2018 року у справі № 554/6827/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74550190>

<sup>7</sup> Постанова Верховного Суду від 25 квітня 2019 року у справі № 759/4596/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81436661>

членом сім'ї<sup>1</sup>, про право на користування житловим приміщенням<sup>2</sup>, про відібрання малолітньої дитини<sup>3</sup>), принцип заборони насильства в сім'ї (про застосування спеціальних заходів щодо протидії домашньому насильству<sup>4</sup>) та інші. При чому, у постановках Верховного Суду застосовується і термін принцип (наприклад, "принцип рівності прав та обов'язків батька й матері щодо своїх дітей"<sup>5</sup>), і досить часто принципи застосовують без означення, що це принцип (наприклад, "рівність прав кожного із подружжя"<sup>6</sup>). На нашу думку, те що принципи застосовуються без означеності, що вони є принципами, не змінює їх сутність і не применшує значення.

Важливе значення мають постанови Верховного Суду, оскільки, згідно з ч. 5 ст. 13 Закону України "Про судоустрій і статус суддів" висновки по застосуванню норм права, які містяться у постановках ВС, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, що застосовують відповідний нормативно-правовий акт у своїй діяльності. Частина 6 вказаної статті встановлює, що такі висновки мають вра-

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 19 грудня 2018 року у справі № 761/19539/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79057038>

<sup>2</sup> Постанова Верховного Суду від 19 червня 2019 року у справі № 2025/3616/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82738168> ; Постанова Верховного Суду від 23 січня 2019 року у справі №61-18070св18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79516776>

<sup>3</sup> Постанова Верховного Суду від 24 жовтня 2018 року у справі № 487/545/17-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77586566>

<sup>4</sup> Постанова Верховного Суду від 29 серпня 2019 року у справі № 640/23804/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84120668> ; Постанова Верховного Суду від 4 вересня 2019 року у справі № 756/702/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84182595> ; Постанова Верховного Суду від 4 липня 2019 року у справі № 638/17813/18 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82826699> ; Постанова Верховного Суду від 13 лютого 2019 року у справі № 462/2318/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79988719> ; Постанова Верховного Суду від 21 листопада 2018 року у справі № 756/2072/18 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78267811>

<sup>5</sup> Постанова Верховного Суду від 4 липня 2018 року у справі № 753/10291/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75447738>

<sup>6</sup> Постанова Верховного Суду від 5 вересня 2018 року у справі № 709/494/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76673142>

ховуватися іншими судами при застосуванні таких норм права.<sup>1</sup> Це положення має важливе значення для нас, оскільки саме у постановках Верховний Суд часто застосовує і принципи права, в тому числі і сімейного. Наприклад, у рішенні від 26 листопада 2008 р. Верховний Суд України, керуючись також і принципом рівності, задовольнив частково касаційну скаргу, скасував в окремих частинах рішення попередніх судових інстанцій (рішення Малиновського районного суду м. Одеси від 28 квітня 2006 року та рішення апеляційного суду Одеської області від 8 грудня 2006 року) та визнав за кожним із подружжя право власності на 1/2 частину будинку. По цій справі подружжя перебували у зареєстрованому шлюбі з 25 травня 1991 року до березня 2003 року. Під час шлюбу за договором купівлі-продажу від 2 серпня 1995 року ними було придбано будинок, який і став предметом спору. Позивач звернувся до суду з позовом про поділ будинку в натурі. Дружина звернулася із зустрічним позовом, в якому просила суд, відступивши від рівності часток, та з урахуванням того, що з нею проживає неповнолітня дитина, визнати за нею право власності на 3/4 частин будинку і виділити їх в натурі. Суд першої інстанції визнав за дружиною право власності на весь будинок із обов'язком сплатити компенсацію за 1/2 будинку чоловіку, а суд апеляційної інстанції, скасувавши рішення суду першої інстанції, визнав за дружиною право власності на 2/3 частини будинку, а за чоловіком право власності на 1/3 частини цього ж будинку. ВСУ, оцінивши матеріали справи, констатував, що обидві попередні інстанції вірно врахували висновок судової будівельно-технічної експертизи № 14476/14477 від 10 березня 2006 року, згідно з яким спірний будинок не підлягав розподілу в натурі відповідно до вимог будівельних норм та правил. Саме тому в цій частині ВСУ залишив у силі рішення попередніх інстанцій. Проте, враховуючи, що будинок було придбано за спільні кошти, а також, що відсутні підстави для відступу від рівності часток, Верховний Суд України вважає, що судом першої інстанції безпідставно було визнано право власності на весь будинок за дружиною, як і не було підстав

<sup>1</sup> Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>

для визнання за нею 2/3 права власності на будинок апеляційної інстанцією. Саме тому ВСУ, зважаючи на помилку в застосуванні норм матеріального права попередніми інстанціями, визнав за кожним із подружжя право власності на 1/2 частину будинку.<sup>1</sup>

У постанові Верховному Суду від 7 листопада 2018 року було застосовано принцип рівності щодо прав та обов'язків батьків стосовно виховання дитини. Спів виник між батьками щодо участі у вихованні дитини, народженої в шлюбі, в якому особи перебували з 4 листопада 2005 року до 9 листопада 2012 року. У травні 2016 року батько подав позов до суду про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною, надання дозволу на оформлення документів на виїзд дитини за кордон без згоди та супроводу матері. У жовтні 2016 року дружина звернулась до суду з позовом до чоловіка про позбавлення батьківських прав. Ухвалою Печерського районного суду м. Києва від 17 травня 2017 року вказані позови були об'єднані в одне провадження. У рішенні Печерський районний суд м. Києва від 27 липня 2017 р. в задоволенні позову про позбавлення батьківських прав відмовив, а позов про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною, надання дозволу на оформлення документів на виїзд дитини за кордон без згоди та супроводу матері, задовольнив. У судовому рішенні були чітко визначені дні та час зустрічей дитини з батьком щотижня, а також під час канікул, релігійних та інших свят, а також з можливістю відвідувати дитину по місцю проживання батька, його батьків (баби та діда), інших місць за бажанням дитини в Україні або за кордоном, без присутності матері. Був встановлений обов'язок матері за два дні до зустрічі з батьком повідомляти його по телефону про фактичне місця перебування дитини. Крім того, було дозволено без згоди матері дитини оформлювати виготовлення проїзних документів для виїзду дитини до досягнення нею повноліття до Туреччини, Іспанії, Австрії, Сполучених Штатів Америки, Об'єднаного Королівства Великобританії та Північної Ірландії. Постановою Апеляційного суду міста Києва від 27 лютого 2018 року рішення суду першої інстанції було залишено без змін.

<sup>1</sup> Рішення Верховного Суду України від 26 листопада 2008 р. № 6-8088св07. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2600690>

Верховний Суд касаційну скаргу матері частково задовольнив, і констатував, що з урахуванням норм законодавства дозвіл на виїзд малолітньої дитини за кордон без згоди другого з батьків на підставі рішення суду може бути наданий на конкретний одноразовий виїзд, із обов'язковим визначенням його початку та закінчення. У цьому аспекті, “надання дозволу судами перших інстанцій без згоди матері дитини оформлювати (замовляти) виготовлення проїзних документів для виїзду дитини до Туреччини, Іспанії, Австрії, Сполучених Штатів Америки, Об'єднаного Королівства Великобританії та Північної Ірландії та дозволяючи батькові тимчасові поїздки за кордон з дитиною без згоди та супроводу матері, суперечить чинному законодавству, яке визначає рівність прав та обов'язків батьків стосовно виховання дитини, і може призвести до фактичного позбавлення можливості матері дитини знати про її місцезнаходження”. У постанові Верховний Суд послався на такий правовий висновок, що був викладений у постанові Верховного Суду України від 12 квітня 2017 року у справах № 6-15цс17, 235/139/16-ц. У підсумку було залишено в силі рішення попередніх інстанцій в частині усунення перешкод у спілкуванні з дитиною і встановлення способу участі у її вихованні та скасовано у частині надання дозволу на оформлення документів та виїзд за кордон без згоди матері.<sup>1</sup>

Застосування загальних принципів до регулювання сімейних відносин та сімейно-правових принципів Верховним Судом сприяє застосуванню таких принципів і судами першої та апеляційної інстанцій. Наприклад, у рішенні Тячівського районного суду Закарпатської області від 15 травня 2019 року застосовано принципи рівності, загальної та однакової відповідальності обох батьків за виховання і розвиток дитини, найкращих інтересів дитини.<sup>2</sup> Принцип рівності застосовано при ухваленні Колегією суддів судової палати у цивільних справах апеляційного суду Закарпатської області постанови від 18 січня 2018 року по справі про надання дозволу на виготовлення

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 7 листопада 2018 року № 757/22890/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77763876>

<sup>2</sup> Рішення Тячівського районного суду Закарпатської області від 15 травня 2019 року у справі № 307/1041/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81775605>

проїзного документу та виїзд дитини за кордон.<sup>1</sup> У справах про розірвання шлюбу застосовуються принципи добровільності шлюбу<sup>2</sup>, взаємоповаги, взаєморозуміння, свободи шлюбу та принцип свободи розірвання шлюбу<sup>3</sup>. В обґрунтуванні рішення Лебединського районного суду Сумської області є таке формулювання: “сім’я розпалася остаточно і збереження шлюбу суперечить їх принципам”<sup>4</sup>, що, на нашу думку, не коректно, не зрозуміло яким принципам, – принципам сім’ї, шлюбу чи сімейного права. Також суди в обґрунтуванні рішення застосовують термін “принципи побудови сімейних взаємовідносин”<sup>5</sup>, що не зовсім правильно, оскільки не зрозуміло, які саме принципи мав на увазі суд, і якщо справа стосується розірвання шлюбу, то оче-

видно, що неможливо застосувати всі принципи одразу. Аналогічна ситуація має місце у випадку використання судом терміна “моральні принципи”<sup>1</sup> без конкретизації, яких саме.

Таким чином, з урахуванням особливостей англосаксонської та романо-германської правової сім’ї можна виділити дві форми застосування принципів сімейного права: 1) переважне застосування принципів права через закріплення їх у правових нормах (характерно для романо-германської правової сім’ї); 2) безпосереднє застосування принципів права у судовій практиці (в англосаксонській правовій сім’ї). Головна особливість другої форми застосування полягає в тому, що суд має право на власний розсуд вирішувати, котрий принцип сімейного права підлягає застосуванню, його інтерпретувати відповідно до усталеної судової практики чи з відповідним обґрунтуванням вийти за її межі. Водночас при обох формах як законодавець, так і суди користуються широким правом розсуду щодо того, як вони застосовують принципи сімейного права.

Виникає запитання: чи можливе неправильне застосування судами принципів сімейного права? На нашу думку так, і на практиці такі випадки є. Неправильне застосування принципів сімейного права можливе, якщо було здійснене неправильне тлумачення їх змісту, або був застосований принцип, який не має застосовуватися до вказаних сімейних відносин, і коли не застосовано принцип сімейного права, який мав бути застосований. Саме суди вищих інстанцій при перегляді в порядку апеляції або касації таких рішень, повинні здійснити правильне застосування принципів і скасовувати рішення, засновані на неправильному застосуванні принципів.

Конвергенція правових сімей привела до поєднання вказаних форм застосування принципів сімейного права в різних державах у різному співвідношенні. Застосування принципів сімейного права розширює свободу дій учасників сімейних відносин, збільшує суддівський розсуд при вирішенні сімейних спорів.

<sup>1</sup> Рішення Ленінського районного суду м. Севастополя від 15 серпня 2011 р. у справі № 2-2097/11. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/18241345>; Рішення Ленінського районного суду м. Севастополя від 4 березня 2013 р. у справі № 764/1118/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31130579>

<sup>1</sup> Постанова Апеляційного суду Закарпатської області від 18 січня 2018 року у справі № 309/2642/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71813302>

<sup>2</sup> Рішення Баштанського районного суду Миколаївської області від 2 листопада 2012 року у справі № 1402/645/12. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/27242656>; Рішення Суворовського районного суду міста Одеси від 21 липня 2014 року у справі № 523/9220/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39921143>; Рішення Козелецького районного суду Чернігівської області від 5 березня 2013 року у справі № 734/392/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29939561>

<sup>3</sup> Рішення Баглійського районного суду м. Дніпродзержинська Дніпропетровської області від 26 грудня 2017 року у справі № 207/2593/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71378586>; Рішення Галицького районного суду м. Львова від 1 грудня 2015 року у справі № 461/11485/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53956876>; Рішення Бориславського міського суду Львівської області від 16 лютого 2015 р. у справі № 438/1689/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43260679>; Рішення Софіївського районного суду Дніпропетровської області від 15 жовтня 2013 року у справі № 193/1270/13-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34260317>; Рішення Білопільського районного суду Сумської області від 15 квітня 2011 року у справі № 2-221/11. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/15064283>; Рішення Малинського районного суду Житомирської області від 21 червня 2016 року у справі № 283/939/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58435210>; Рішення Коростенського міськрайонного суду Житомирської області від 9 червня 2017 року у справі № 279/448/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67042616>; Рішення Покровського районного суду Дніпропетровської області від 25 квітня 2017 року у справі № 189/409/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66175096>

<sup>4</sup> Рішення Лебединського районного суду Сумської області від 27 липня 2016 року у справі № 580/995/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59241667>

<sup>5</sup> Рішення Києво-Святошинського районного суду від 16 квітня 2015 року у справі № 369/699/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43627564>



Принципи сімейного права використовують у процесі тлумачення норм сімейного законодавства та договорів між учасниками сімейних відносин. Від якості тлумачення залежить ефективність реалізації норм та принципів сімейного права. Під юридичним тлумаченням, як правило, розуміють особливий розумовий процес та вид юридичної діяльності, який має на меті з'ясувати та роз'яснити зміст норм права, положень інших правових документів з метою правильної їх реалізації.<sup>1</sup>

Принципи сімейного права можуть застосовуватися як у тлумаченні з'ясуванні (коли суб'єкт правозастосування з'ясовує значення норми сімейного права для себе з метою правильного застосування її), так і у тлумаченні-роз'ясненні (коли діяльність певних органів та осіб спрямована на забезпечення правильної реалізації сімейно-правових норм і оформлюється у вигляді інтерпретаційних актів). При тлумаченні норм сімейного законодавства не тільки з'ясовується зміст норми, але і вдається усунути суперечності, неузгодженості та прогалини у правовому регулюванні сімейних відносин, що приводить до ефективної реалізації сімейно-правових норм. Тлумачення норм сімейного права може передувати їх застосуванню або може здійснюватися під час їх реалізації. Безперечно, у процесі тлумачення застосовуються принципи сімейного права, на основі яких повинна здійснюватися інтерпретаційна діяльність, і їм повинні відповідати результати тлумачення.

У науковій літературі окремо виділяють принципи тлумачення, на які принципи права впливають наступним чином: принципи права є основою принципів тлумачення, визначають їх розвиток та реалізацію; принципи права є критеріями, яким повинні відповідати результати тлумачення.<sup>2</sup> Ми погоджуємося з такою позицією і вважаємо, що принципи тлумачення – це методологічні засади інтерпретаційної діяльності, і вони, як і весь процес та результати тлумачення, мають відповідати принципам права.

С. Шевчук принципи тлумачення поділяє на загальні і спеціальні. До спеціальних принципів науковець відносить: принцип комплекс-

<sup>1</sup> Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М.І. Козюбри. Київ, 2015. С. 250.

<sup>2</sup> Прийма С.В. Принципи тлумачення норм права (до постановки питання). *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2010. Вип. 19. С. 116-126.

сності (закон має тлумачитись як єдиний акт, тобто окремі його положення не можуть тлумачитися окремо чи у межах статті або розділу); принцип “*pari materia*” (закони, які регулюють однопредметні чи близькі по предмету відносини, повинні тлумачитись узгоджено, у взаємозв'язку); принцип “*eiusdem generis*” (якщо загальне слово йде за двома або більше спеціальними, то значення загального слова обмежується значенням попередніх спеціальних слів); принцип “*noscitur a sociis*” (якщо слово має кілька значень, його поняття у законі визначається за контекстом); принцип “*expressio unius, exclusio alterius*” (буквально: “включення одного виключає інше”, якщо у тексті закону встановлено якийсь перелік, то його слід розглядати як остаточний і він не може розширено тлумачитися); принцип обмеженого тлумачення правових норм, які встановлюють юридичну відповідальність; принцип золотого правила (якщо результати “звичайного” тлумачення, згідно з загальноприйнятим літературним прочитанням тексту, є абсурдними, то в такому разі застосовується додаткове значення “сумнівного” правового положення); принцип відповідності волі законодавця (за наявності суперечливих правових положень слід застосовувати тільки ті, які найбільш точно відповідають волі законодавця).<sup>1</sup> Важливим принципом тлумачення є принцип самообмеження інтерпретатора, згідно з яким він повинен розкрити зміст норми, терміну, викласти їх сутність в доступній та зрозумілій формі, деталізувати, але при цьому інтерпретатор не має права змінювати норму або створити нову.<sup>2</sup>

Окремо досліджують науковці принципи тлумачення, що застосовує Європейський суд з прав людини, серед яких виділяють: телеологічний підхід (тлумачення має ґрунтуватися на “об'єкті та цілях” Конвенції, в тому числі таких як “захист індивідуальних прав людини” та просування “ідеалів, цінностей демократичного суспільства”); врахування національного права європейських держав і міжнародних стан-

<sup>1</sup> Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. Київ : Укр. центр правничих студій, 2001. С. 210-211.

<sup>2</sup> Савенко М.Д. Класифікація принципів тлумачення норм права. *Наукові записки. Юридичні науки*. Том 155. С. 12.

дартів; принцип пропорційності та справедливого балансу; доктрина “меж розсуду” (вона у загальному розумінні передбачає, що держава наділена певним ступенем дискреції при застосуванні законів, адміністративних чи судових заходів у сфері прав та свобод, які підлягають нагляду з боку інституцій ЄС); доктрина “четвертої інстанції” (згідно з нею ЄСПЛ не вважається судом “четвертої інстанції”, тобто він не переглядає рішення як суд апеляційної чи касаційної інстанції); принцип ефективного тлумачення; принцип цілісності інтерпретації Конвенції; автономність значення термінів та ін.<sup>1</sup>

Таким чином, є різні підходи до визначення принципів тлумачення, але очевидно, що вони є тими загальними засадами, які дають змогу інтерпретувати норми законодавства та договорів, у тому числі у сфері сімейних відносин, відповідно до принципів права.

Сімейне право не тільки інтерпретується у світлі принципів сімейного права, але і удосконалюється. Принципи сімейного права визначають напрями розвитку правового регулювання сімейних відносин, їх застосування визначає межі реформування сімейного законодавства.

Застосування принципів сімейного права надає можливість встановити правомірність вчинків та дій як окремих учасників сімейних відносин, так і органів публічної влади при створенні умов для здійснення особами своїх сімейних прав.

Виникає питання щодо застосування принципів сімейного права в особливих умовах, наприклад надзвичайних ситуацій, військових конфліктів. Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія) зауважує, що обмеження прав людини можливі за виняткових обставин, і тому важливим є чіткі обмеження щодо тривалості, умов та обсягу таких обмежень. Саме тому потрібен парламентський контроль та судовий нагляд щодо дії та тривалості оголошеного надзвичайного стану, щоб не допустити зловживань. При цьому обмеженню не підлягають так звані “абсолютні права”, до яких відносять: право на життя, заборону катування та нелюдського або такого,

<sup>1</sup> Кретьова І. Тлумачення положень про права людини Страсбурзьким судом: основні принципи та доктрини. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 4 (79). С. 167-169.

що принижує гідність, поведження чи покарання, заборону рабства, а також принцип “*nullum crimen, nullum poena*”.<sup>1</sup>

Військовий конфлікт на території України розпочався в лютому 2014 року, і на жаль, він триває досі, і наша держава за підрахунками експертів не тільки втратила частину території, але і близько 20 відсотків економічного потенціалу. Крім того, ми зіткнулися з проблемою внутрішньої вимушеної міграції та захистом прав внутрішньо переміщених осіб. Виробництво промислової продукції в Донецькій і Луганській областях скоротилося, зупинившись на рівні 20–25 відсотків порівняно з 2013 роком. Приблизні збитки сягають майже 5 мільярдів гривень.<sup>2</sup> В Україні, згідно з офіційною статистикою Державної міграційної служби, на кінець квітня 2016 р. з тимчасово окупованої території та районів проведення АТО переселено 1 млн. 30,9 тис. осіб (639,3 тис. сімей).<sup>3</sup> Згідно з офіційною інформацією Міністерства соціальної політики України станом на 6 лютого 2017 року, за даними структурних підрозділів соціального захисту населення обласних та Київської міської державних адміністрацій, взято на облік 1 640 335 переселенців з Донбасу і Криму. Проте, за даними ООН, близько 2,3 млн. осіб вимушено залишили свої домівки у зоні конфлікту і виїхали в інші регіони України та за кордон.<sup>4</sup> Безперечно, в умовах відсутності з боку української влади не тільки контролю, але і доступу до території АРК та частини Донецької та Луганської областей, виникає проблема здійснення прав громадянами України, що проживають на цих територіях, а також особами, які вимушено залишили окуповану територію.

<sup>1</sup> Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія). Мірило Правовладдя. 2017. С. 19-20. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-ukr)

<sup>2</sup> Менджул М.В. Реєстрація актів цивільного стану в умовах порушення територіальної цілісності України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Ужгород : Ліра, 2017. Вип. 43. Т. 1. С. 126.

<sup>3</sup> Оперативний звіт з моніторингу міграційних процесів Державної міграційної служби України. URL: [http://dmsu.gov.ua/images/pro-dms/centr/zvit\\_vypusk\\_27.pdf](http://dmsu.gov.ua/images/pro-dms/centr/zvit_vypusk_27.pdf).

<sup>4</sup> Сировий О.В., Чураєва А.С. Засоби міжнародно-правового врегулювання збройного конфлікту на Сході України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 6. С. 233.

Дія принципів сімейного права в умовах порушення територіальної цілісності України шляхом окупації АРК і військових дій в Донецькій та Луганській областях, потребує наукового дослідження. Безумовно, предметом багатьох сучасних праць є аналіз дії принципів міжнародного права, а також наслідки їх порушення з боку РФ<sup>1</sup>. Водночас дія принципів сімейного права в аспекті гарантування належного здійснення прав та свобод громадянами України, в тому числі ВПО, не достатньо досліджена.

Виходячи з принципу рівності, а також з положень ст. 24 Конституції України, ст. 14 Закону України “Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб” не може бути будь-якої дискримінації при здійсненні прав громадянами України, які проживають на окупованій території, ВПО та іншими громадянами України, що постійно проживають в Україні.<sup>2</sup> Окремі проблеми здійснення прав дітей-ВПО, в тому числі щодо реєстрації факту народження дитини на непідконтрольній Україні території, а також прав дітей-ВПО, позбавлених батьківського піклування, досліджено в рамках підрозділу “Проблеми здійснення окремих прав дітьми-ВПО” колективної монографії.<sup>3</sup>

На нашу думку, при виникненні надзвичайних обставин, у тому числі військових конфліктів, застосування як принципів сімейного права, так і принципів права загалом, не повинно обмежуватися, більше того – саме принципи повинні забезпечити можливість здійс-

нення особами своїх прав і заповнити прогалини у законодавчому регулюванні.

Місія з оцінки стану справ із дотриманням прав людини в Криму, проведена на запрошення уряду України Бюром демократичних інститутів та прав людини ОБСЄ та Верховним Комісаром ОБСЄ у справах національних меншин, за результатами моніторингу в 2015 р. встановила, що велика кількість сімей мала проблеми із отриманням свідоцтв про народження для своїх новонароджених дітей, щоб останні могли отримати громадянство України.<sup>1</sup> Очевидно, що проблема виникає з державною реєстрацією актів цивільного стану як у ВПО, так і у громадян, які проживають на тимчасово окупованій території України. Це підтверджується і судовою практикою, зокрема рішенням Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 18 травня 2016 року про встановлення факту народження у м. Євпаторія АРК<sup>2</sup>, рішенням Заводського районного суду м. Запоріжжя від 1 серпня 2016 р. про встановлення факту смерті на тимчасово окупованій території України<sup>3</sup> та ін.

Особливості державної реєстрації актів цивільного стану у зв'язку з тимчасовою окупацією частини території України встановлені в окремих нормах Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні, затверджених Міністерством юстиції України. Зокрема, встановлено, що за заявою громадянина України, що проживає на тимчасово окупованій території або переселився з неї, державна реєстрація актів цивільного стану (зміна, поновлення та анулювання актів цивільного стану) здійснюється відділами державної реєстрації актів цивільного стану за місцем звернення. На нашу думку, така норма має бути закріплена і на законодавчому рівні.

<sup>1</sup> Звіт Місії з оцінки стану справ із дотриманням прав людини в Криму (6-18 липня 2015 року). URL: <http://www.osce.org/uk/odihr/180606?download=true>

<sup>2</sup> Рішення Охтирського міськрайонного суду Сумської області від 18 травня 2016 року у справі № 583/1586/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57751804>

<sup>3</sup> Рішення Заводського районного суду м. Запоріжжя від 1 серпня 2016 р. у справі № 332/2537/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59343642>

<sup>1</sup> Задорожній О.В. Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права : монографія. Київ, 2015. 712 с. ; Макарчук В. С. Нацистська політика оволодіння Судетами (1938 р.) та кримська авантюра Пугіна (2014 р.): аспекти міжнародного права та суспільної моралі. *Порівняльно-правові дослідження* : україно-грецький міжнародний науковий юридичний журнал. 2014. № 1. С. 24-44 ; Донбас і Крим: ціна повернення : монографія / за заг. ред. В. П. Горбуліна, О. С. Власюка, Е. М. Лібанової, О. М. Ляшенко. Київ: НІСД, 2015. 474 с.

<sup>2</sup> Менджул М.В. Реєстрація актів цивільного стану в умовах порушення територіальної цілісності України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Ужгород : Ліра, 2017. Вип. 43. Т. 1. С. 126.

<sup>3</sup> Механізм забезпечення прав внутрішньо переміщених осіб: національний та міжнародний аспекти / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О.Я. Рогача ; д-ра юрид. наук, проф. М.В. Савчина ; к.ю.н., доц. М.В. Менджул. Ужгород : РІК-У, 2017. С. 272-289.

Враховуючи ст. 9 Закону України “Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України”, зокрема про невизнання документів, виданих на окупованій території, для реєстрації ряду актів цивільного стану особам доводиться звертатися до суду про встановлення фактів, що мають юридичне значення, в тому числі для встановлення факту народження, про оголошення особи померлою або встановлення факту смерті особи на тимчасово окупованій території України.

Позитивним було доповнення в лютому 2016 року Цивільного процесуального кодексу України ст. 257-1, якою було визначено особливості провадження у справах про встановлення факту народження або смерті особи на тимчасово окупованій території України. В теперішній редакції ЦПК ці питання, врегульовані ст. 317.<sup>1</sup> Гарантією ефективного правового захисту прав ВПО та громадян України, що проживають на тимчасово окупованій території України, є законодавчо надана можливість звернутися із заявою про встановлення факту народження особи на тимчасово окупованій території, батькам, родичам, їх представникам або іншим законним представникам дитини до будь-якого суду за межами такої території України незалежно від місця проживання заявника. Крім того, такі справи підлягають невідкладному розгляду, а ухвалені рішення суду – негайному виконанню.<sup>2</sup>

З метою забезпечення принципів рівності, державної охорони сім’ї та для спрощення процедури державної реєстрації актів цивільного стану громадянами України, що проживають на окупованій території, необхідно ст. 7 Закону України “Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України” доповнити новою частиною такого змісту: “Громадяни України, які проживають на тимчасово окупованій території

<sup>1</sup> Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#n7934>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Реєстрація актів цивільного стану в умовах порушення територіальної цілісності України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Ужгород : Ліра, 2017. Вип. 43. Т. 1. С. 127.

України, мають право зареєструвати акти цивільного стану у будь-якому відділі державної реєстрації актів цивільного стану України за місцем їх звернення”.<sup>1</sup>

Таким чином, застосування принципів сімейного права може мати: прямий вертикальний ефект, згідно з яким принципи сімейного права діють безпосередньо у регулюванні сімейних відносин; непрямий вертикальний – ефект коли принципи сімейного права регулюють сімейні відносини через норми сімейного права, які їх відображають. У зв’язку з особливостями англосаксонської та романо-германської правових сімей, у першій переважає прямий вертикальний ефект, а в другій – непрямий вертикальний ефект. Прямий вертикальний ефект передбачає, що учасники сімейних відносин при захисті своїх прав можуть безпосередньо посилатися на принципи сімейного права, тобто позов може бути обґрунтований на принципах сімейного права. Так само повинні відповідати принципам сімейного права договори, укладені учасниками сімейних відносин.

У рамках другого типу можна виділити два підтипи: явний непрямий вертикальний ефект (коли принципи права чітко закріплені в правових нормах, і через них діють) та неявний непрямий вертикальний ефект (у такому разі принципи права не закріплені у правових нормах явно, проте є їх концептуальним підґрунтям, і тому при застосуванні норм права, що ґрунтуються на принципах сімейного права, має місце дія у формі неявного непрямого вертикального ефекту). Другий тип є більш поширеним в Україні та багатьох європейських державах.

Непрямий вертикальний ефект також може бути слабким та сильним, і вочевидь, з аналізу судової практики в Україні переважає слабкий. Сильний непрямий вертикальний ефект передбачає, що принципи сімейного права діють не безпосередньо, а через правові норми. Застосовується своєрідний засіб “троянського коня”, коли принцип права міститься у правовій нормі, яка застосовується до регулювання

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принцип рівності в правовому регулюванні сімейних відносин в умовах порушення територіальної цілісності України. *Ефективність норм права*. Зб. наук. праць : матеріали VII міжнар. наук.- практ. конф. (Київ, 17 листоп. 2016 р.) / за заг. ред. Н.М. Пархоменко, М.М. Шумила, І.О. Ізарової. Київ: Ніка-Центр, 2016. С. 311-312.



сімейних відносин. При такому типі застосування, на перший погляд, більше значення має позитивне право, але насправді воно відображає принципи сімейного права і їм відповідає. Таким чином, принцип сімейного права опосередковано діє через правову норму. Тобто при дії принципів сімейного права по типу сильного непрямого вертикального ефекту головну роль відіграють правові норми, і відповідно принципи права діють після їх закріплення у позитивному сімейному праві. Як при прямому вертикальному ефекті, так і при непрямому вертикальному ефекті принципам сімейного права підпорядковані правові норми, оскільки вони мають відповідати принципам сімейного права.

Слабкий непрямий вертикальний ефект передбачає визначальну роль сімейно-правових норм у регулюванні сімейних відносин, а принципи сімейного права субсидіарно регулюють сімейні відносини, як правило, за наявності прогалин у законодавстві. При такому підході суди рідко вдаються до застосування принципів права. Проте при будь-яких типах застосування рішення суду по вирішенню сімейного спору не може суперечити принципам сімейного права, і останні є джерелом суддівського розсуду.

### 2.3. Уніфікація як спосіб створення принципів сімейного права ЄС

Традиційно уніфікація правових норм в Європейському Союзі відбувалася у сфері публічних відносин. Проте в останні десятиліття процес уніфікації здійснюється у сфері приватного права загалом і сімейного зокрема. Проблеми розробки принципів європейського сімейного права, як і питання його уніфікації, були предметом дослідження низки європейських науковців (серед них: Вальтер Пінтенс, Енн Барлоу, Катаріна Боеле-Вулке, Дітер Мартіні, Дітер Шваб, Найджел Лоу, Маріанна Рот, Фредерік Ферран, Фредерік Свеннен та інші). В Україні науковці досліджували питання гармонізації приватного права (Сергій Бервено, Сібілла Булеца, Ірина Діковська, Олександр Дзера, Анатолій Довгерт, Олена Кохановська, Наталія Кузнецова, Володимир Луць, Роман Майданик, Інна Спасибо-Фатєєва, Руслан Стефанчук, Святослав Сліпченко, Світлана Шимон, Євген Харитонов,

Олена Харитонова, Віталій Яроцький та ін.) та окремі аспекти уніфікації сімейного права (Тетяна Боднар, Валентина Борисова, Ірина Жилінкова, Зорислава Ромовська, Лариса Красицька, Ольга Явор та ін.).

Н.С. Кузнецова та О.В. Кохановська зазначають: “Створення Європейського Союзу, яке було обумовлене необхідністю подолання розбіжностей, встановлених національними правовими системами у сфері формування єдиного європейського ринку, спонукало до гармонізації та уніфікації правових приписів, перш за все публічно-правового характеру... Що ж до уніфікації та гармонізації приватного права, то цей процес розвивався еволюційно, і його витoki в історичному вимірі значно передують ідеї створення ЄС, оскільки він був обумовлений об’єктивними чинниками, що супроводжували розвиток міжнародної торгівлі і в цілому міжнародне співробітництво у сфері приватно-правових відносин”.<sup>1</sup> У результаті цих процесів та на основі ґрунтовних порівняльних досліджень провідними європейськими вченими розроблено Принципи, дефініції та модельні правила приватного права ЄС, які, на думку Є.О. Харитонова та О.І. Харитонів, наочно доводять факт існування європейського приватного права, а також те, що “криза сучасного концепту приватного права, на яку сподіваються недоброзичливці, існує лише в їхній уяві, а сам згаданий концепт, ґрунтуючись на базових цінностях європейської цивілізації, у ХХІ ст. продовжує оновлюватися та розвиватися відповідно до викликів часу”.<sup>2</sup> Також були розроблені Принципи міжнародних комерційних контрактів (УНІДРУА) та Принципи європейського контрактного права (Принципи Ландо), які є кодифікаціями м’якого права у сфері договірних зобов’язань.<sup>3</sup>

А. Довгерт зауважує, що вагомим чинником сучасної рекодифікації цивільних кодексів багатьох країн, зокрема й України, стала світова

<sup>1</sup> Кузнецова Н.С., Кохановська О.В. Сучасне приватне право України: вектори європейського розвитку. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2016. № 3 (86). С. 50-51.

<sup>2</sup> Харитонов Є.О., Харитонів О.І. Принципи цивільного права України в контексті їхнього співвідношення з DCFRC. *Актуальні проблеми держави і права*. 2015. Вип. 75. С. 306-308.

<sup>3</sup> Довгерт А. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 31.

(особливо європейська) тенденція до уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання. Під рекодифікацією науковець розуміє системні суттєві змістовні та структурні новації чинного кодексу (або групи кодексів та законів), без створення нового.<sup>1</sup>

Процеси уніфікації приватного права в рамках Європейського Союзу привели до спроб гармонізації сімейного законодавства. Хоча досі серед європейських науковців триває дискусія не тільки щодо доцільності, але і щодо можливості уніфікації сімейного права ЄС.

Девід Бредлі зауважує, що гармонізація сімейного права стане значним кроком на шляху до все більш тісного політичного союзу.<sup>2</sup> В той же час, М. Антокольська зазначає, що передчасно говорити про існування в Європі широкого консенсусу щодо необхідності гармонізації сімейного права, оскільки протягом останнього десятиліття, збільшилася не тільки популярність ідеї такої гармонізації, але і опір.<sup>3</sup> Усі держави-члени ЄС мають власні законодавства, що регулюють сімейні відносини, які мають спільні та відмінні риси. До спільних засад відносять принцип рівного ставлення до чоловіків та жінок, принцип рівності дітей, народжених в шлюбі та поза ним, свободи розірвання шлюбу. Але європейське сімейне право, тобто загальні основні принципи, які лежать в основі інститутів сімейного права ЄС, перебувають на стадії формування.<sup>4</sup>

А.-М. Арделеану зазначає, що сімейне право не стосується тільки окремих осіб та їх приватних інтересів, воно є зв'язком між соціальною та приватною сферами суспільства і тому містить елементи публічності. Розвиток європейського сімейного права науковиця

пов'язує з “європеїзацією”.<sup>1</sup> К. Боеле-Воелкі зазначає: “немає сумніву у тому, що відсутність уніфікованості у сфері приватного права є перешкодою для розвитку вільного руху товарів, послуг і капіталу. Так само відсутність гармонізованого сімейного права створює перешкоди для вільного руху людей і створення справді європейської ідентичності та інтегрованого європейського правового простору”.<sup>2</sup>

Якщо проаналізувати історичний розвиток сімейного права в континентальній Європі, то в період середньовіччя і до XX століття сімейні відносини регулювалися нормами канонічного права. У XX столітті відбуваються значні, по суті революційні зміни. У скандинавських державах та Радянському Союзі сімейне право швидко і радикально реформувалося протягом перших десятиліть, у державах Південної Європи на це пішло століття. Так, наприклад, Італія дозволила розлучення в 1970 р., а Мальта стала останньою європейською державою, яка дозволила розлучатися – тільки в 2011 році.<sup>3</sup> Тобто саме в XX столітті у правовому регулюванні сімейних відносин найбільш відчутно проявляються національні та культурні особливості.

Пінтенс В. зауважує, що на даний час на порівняльне право впливає постмодернізм. Постмодерністське порівняльне право підкреслює не зв'язок між правовими системами та інституціями, а відмінності між ними, і для постмодерністів різноманітність сама стає цінністю. Науковець зазначає, що національне сімейне законодавство не виявилось стійким до впливу іноземного права, і у більшості європейських правових системах сімейне право було змінено під впливом реформ сусідніх країн.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Там само. С. 23.

<sup>2</sup> David Bradley. A family law for Europe? Sovereignty, political economy and legitimation. Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe. Edited by Katharina Boele-Woelki. Antwerp - Oxford - New York. 2003. P. 103.

<sup>3</sup> Masha Antokolskaia. The “Better law” approach and the harmonization of family law. Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe. Edited by Katharina Boele-Woelki. Antwerp - Oxford - New York. 2003. P. 159.

<sup>4</sup> Katharina Boele-Woelki. The Road Towards a European Family Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. URL: <https://www.ejcl.org/11/art11-1.doc>

<sup>1</sup> Anca-Monica Ardeleanu. Principles of European Family Law Regarding Divorce – Special View over the Romanian Civil Code. *AUDJ*. Vol. 9. №. 2/2013. P. 51-52.

<sup>2</sup> Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 2005. № 1(2). P. 161. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.13>

<sup>3</sup> Anca-Monica Ardeleanu. Principles of European Family Law Regarding Divorce – Special View over The Romanian Civil Code. *AUDJ*, vol. 9, №. 2/2013. P. 52.

<sup>4</sup> Walter Pintens. Europeanisation of family law. Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe. Edited by Katharina Boele-Woelki. Antwerp - Oxford - New York. 2003. P. 8.

Отож, прихильники процесів уніфікації сімейного права наголошують на тому, що, враховуючи тривалість сімейних відносин і гарантування в рамках Європейського Союзу мобільності, зміна місця місце проживання громадян, не повинна впливати на їх сімейні права та обов'язки, в протилежному випадку це не відповідає їх законним очікуванням. Скептики стверджують, що уніфікація європейського сімейного права не можлива, оскільки існують суттєві національні, релігійні та культурні відмінності між державами-членами, що склалися історично.<sup>1</sup>

Аргументували неможливість уніфікації сімейного законодавства в ЄС через так звані “культурні обмеження” О. Кан-Фройнд та В. Мюллер-Фрайенфельс. Зокрема, В. Мюллер-Фрайенфельс ще в 1968 році писав: “концепції сімейного права особливо відкриті для впливу моральних, релігійних, політичних та психологічних факторів; сімейне право має тенденцію до інтровертності, тому що історичні, расові, соціальні та релігійні міркування відрізняються залежно від країни і створюють різні системи сімейного права”. Хоч ця ідея утвердилася ще в середині ХХ століття, вона має багато прихильників і сьогодні, навіть серед науковців, які займаються питаннями гармонізації в інших сферах приватного права. Крім того, політичні інституції ЄС були схильні до цього припущення і політики зауважують, що на сімейне право “дуже сильно впливає культура і традиції національних (або навіть релігійних) правових систем, що може створити ряд труднощів у контексті гармонізації”. Такий підхід науковців, погляди політиків призвели до того, що сімейне законодавство протягом тривалого часу вважалося таким, що не придатне ні для уніфікації, ні для гармонізації.

З кінця 90-х років ХХ століття все більше сучасних європейських дослідників сімейного права схиляються до позиції про можливість уніфікації сімейного права в ЄС і що “аргумент культурних обмежень” не долається, проте його можна “обійти”. Найпоширенішим контраргументом є те, що певні особливості сімейного права окремої

країни не завжди можуть бути пояснені культурними факторами.<sup>1</sup>

М. Антокольская, досліджуючи стереотипний аргумент “неможливості гармонізації та уніфікації сімейного права через незмінні історичні та культурні відмінності між різними європейськими державами”, обґрунтовує позицію, що сімейне право всього європейського континенту до Реформації було переважно єдиним канонічним правом і складалося з двох окремих систем – католицької і православної, які були досить подібними. Дослідниця обґрунтовує, що з часів середньовіччя, коли канонічне сімейне право було єдиним, всі європейські країни розвивалися в одному напрямі. Можна також погодитися з позицією дослідниці, що розвиток сімейного права з кінця середньовіччя до наших днів можна розглядати як поступовий процес відмови від концепцій канонічного сімейного права, який був по суті однаковий у всіх європейських державах і відбувався під впливом ліберальних ідей. Загальну тенденцію можна охарактеризувати як поступовий перехід від трансперсонального до особистого підходу. Основні відмінності в історії та сучасному стані сімейного права європейських країн можна вважати відмінностями у термінах та масштабах цього процесу. У державах з постійним сильним впливом релігії, наприклад Греції, Італії та Ірландії, цей процес відбувався повільно. У Скандинавії та Східній Європі, де секуляризація відбувалася на більш ранній стадії, а канонічні концепції не перешкоджали реформам, цей процес був більш швидким та радикальним. Але сутність, тенденції, реформи сімейного права були подібними, і тому немає непереборних історичних та культурних відмінностей, які роблять сімейне право непридатним для гармонізації та уніфікації.<sup>2</sup>

Н. Детлоф обґрунтовує, що уніфікація сімейного права є не тільки необхідною, але і не призводить до втрати культурної ідентичності.

<sup>1</sup> Antokolskaia M. Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument. *Utrecht Law Review*. 2008. 4(2). P. 25-26. URL: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.63/>

<sup>2</sup> Masha V. Antokolskaia. The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance. *Electronic Journal of Comparative Law*. URL: <https://www.ejcl.org/42/art42-1.doc>

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принципи європейського сімейного права: проблеми уніфікації. Гармонізація приватно-правового законодавства України із законодавством ЄС : зб. статей і тез ІХ Міжнародного цивільно-правового форуму, 11-12 квіт. 2019 р. Київ. С. 113.

На її думку, сімейне право не можна розглядати як щось незалежне від культурних цінностей або ідеалів, однак цей культурний зв'язок не є перешкодою для гармонізації сімейного права. У сфері сімейного права існують релігійні, історичні та культурні корені, спільні для Європи. З історичної точки зору, більшість інститутів сімейного права (особливо інститут шлюбу) були однорідними по всій Європі, і як наслідок, сучасне європейське сімейне право має спільні принципи, що зумовлює незважаючи на суттєві відмінності в певних аспектах – конвергенцію сімейно-правових режимів.<sup>1</sup>

Серед критики концепції “культурних обмежень” є вагомі аргументи, зокрема і те, що окремі культурні правила суперечать сучасному розумінню поняття прав людини, а також те, що культурні традиції певної сім'ї є не самоціллю, а скоріше засобом сприяння бажаному регулюванню відносин між людьми.

Європейські дослідники аналізують також підхід “культурних обмежень” в контексті того, чи можна вважати, що сімейне право вбудовано в унікальну національну культуру. При такому аналізі досліджуються питання: чи закони є частиною культури? Чи кожна держава має власну національну культуру, яка впливає на відповідний закон? Чи кожна з цих національних культур є унікальною для відповідної країни і ці національні культури не є подібними? При позитивних відповідях на всі поставлені питання національне сімейне законодавство кожної держави було б унікальним і відмінним від усіх інших. Водночас європейські дослідники констатують, що навіть в межах однієї держави можливі різні культури, зумовлені розвитком консервативних ідей, лібералізму, соціалізму, фемінізму і т.д., що характерно для всієї Європи і вплинуло на всі сфери, в тому числі розвиток сімейного права. Крім того, набуває поширення концепція мультикультуралізму внаслідок імміграції з неєвропейських країн.

При аналізі культур різних європейських держав наводять приклад Італії, в якій контрастно відрізняються в культурному плані Північ та Південь – промислово розвинений та сільськогосподарський регі-

<sup>1</sup> Nina Dethloff. Arguments for the unification and harmonization of family law in Europe. Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe. Edited by Katharina Boele-Woelki. Antwerp - Oxford - New York. 2003. p. 59-60.

они, і де важко сформувавши єдину абстрактну модель, що вплинуло і на дискурс з питань сімейного законодавства. Подібна ситуація характерна і для інших держав ЄС. Саме тому сімейне законодавство є або відображенням переважних цінностей більшості, або компромісом між цінностями різних груп. Хорошим прикладом може служити перший ірландський референдум про розлучення 1986 року, коли 63,5% виборців проголосували проти запровадження розлучень, а 36,5% – за.<sup>1</sup> Таким чином, елементи національної культури, що мають відношення до сімейного права, можуть вносити певну унікальність. З іншого боку, вплив різних культур та субкультур на сімейне право відрізняється в європейських державах. У сучасних умовах національні відмінності існують в сімейному законодавстві, проте очевидно, що в сфері сімейної ідеології та права існує мало унікальних національних культур, і відповідно культурні відмінності не є визначальними детермінантами сімейного законодавства у світлі домінування загальноєвропейських цінностей.

Крім того, науковці, досліджуючи спільну європейську культуру, зауважують, що модернізація відбувається у всій Європі, проте різними темпами, і обґрунтовують спільні риси загальноєвропейської культури (індивідуалізм, раціоналізм, інтелектуалізм, повагу до прав людини тощо). Обґрунтовують, що аргумент “культурних обмежень” не може бути повністю відхилений, оскільки насправді існують певні відмінності між національними сімейними культурами та ідеологіями в Європі. Проте заперечують позицію, що сімейне законодавство є частиною незмінної та унікальної національної культури. Адже у сфері сімейної ідеології та права не можна говорити про унікальні національні культури, а про загальноєвропейську культуру, яка не є однорідною, а об'єднанням “консервативної” та “прогресивної” культур, вплив яких варіюється в різних державах.<sup>2</sup> Саме тому сімейне право в державах ЄС скоріше відображає загальноєвропейську культуру та цінності.

<sup>1</sup> Antokolskaia M. Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument. *Utrecht Law Review*. 2008. 4(2). P. 26-29.

<sup>2</sup> Antokolskaia M. Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument. *Utrecht Law Review*. 2008. 4(2). P. 33-34.



Де Гроот вважає, що європейське сімейне право може факультативно застосовуватися в міжнародних правових відносинах замість національного права. Тобто сторони можуть обрати європейську систему сімейного права до регулювання їх відносин, яка б була за своєю природою транснаціональною.<sup>1</sup> Це ще один аргумент для доцільності формування європейського сімейного права.

Українські вчені, у тому числі Л.В. Красицька, О.А. Явор, О.В. Розгон та інші, також обґрунтовують доцільність та реальність гармонізації сімейного права.<sup>2</sup> При цьому О.В. Розгон зауважує: “гармонізація (зближення, уніфікація) з урахуванням норм міжнародного сімейного права не повинна призводити до повної єдності (ідентичності)”<sup>3</sup> О.С. Простибоженко в дисертаційному дослідженні поняття “гармонізація” застосовує як процес цілеспрямованого наближення та узгодження вітчизняних підходів із підходами, які склалися в європейських державах шляхом усунення суперечностей та суттєвих відмінностей між національним законодавством і законодавством держав-членів ЄС, а також через запозичення європейських концепцій регулювання майнових відносин подружжя.<sup>4</sup> Гармонізація не повинна передбачати “відрив від культурного контексту” і повинна відбуватися по “спіралі, а не лінійно”.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Katharina Boele-Woelki. The Road Towards a European Family Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. URL: <https://www.ejcl.org/11/art11-1.doc>.

<sup>2</sup> Красицька Л. Проблеми здійснення та захисту особистих і майнових прав батьків і дітей : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2015. С. 6 ; Явор О.А. Адаптація сімейного права України до стандартів європейського правового простору: значення для теорії юридичних фактів. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2015. Вип. 34. Том 1. С. 136.

<sup>3</sup> Розгон О.В. Доцільність уніфікації та гармонізації колізійних норм у міжнародному сімейному праві. *Альманах міжнародного права*. Вип. 16. С. 67. URL: <http://intlwalmanac.net/v16/9.pdf>

<sup>4</sup> Простибоженко О.С. Гармонізація законодавства України із законодавством держав-членів Європейського Союзу щодо правового режиму спільності майна подружжя : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2017. С. 7.

<sup>5</sup> Burcu Kalkan Oğuztürk. A General Perspective to the History and the Harmonisation Idea of Family Law in Europe. 2009. URL: <https://dergipark.org.tr/download/article-file/6141>

Таким чином, в європейській та українській науковій літературі застосовуються різні терміни “гармонізація”, “уніфікація” і т.п. І.А. Діковська вважає, що уніфікація є не тільки правотворчим процесом, але, у першу чергу, принципом створення та застосування правових норм, і в такому розумінні вона є орієнтиром, керівною ідеєю створення, зміни та застосування правових норм, які однакові для різних правових систем.<sup>1</sup> О.В. Розгон вважає, що, на відміну від уніфікації, гармонізація передбачає використання як міжнародних договорів, так і інших інструментів нормативної регламентації (торговельних звичаїв, модельних законів, типових контрактів тощо) з метою досягнення одноманітності норм, і відповідно вона має більш широкий зміст, ніж термін “уніфікація”.<sup>2</sup> На думку І.О. Трощенко, уніфікація та гармонізація є однією з основних тенденцій сучасного розвитку міжнародного приватного права, і ці терміни часто позначають узагальненим терміном “зближення законодавств”.<sup>3</sup> Безперечно, і гармонізація, і уніфікація призводить до зближення сімейного права різних держав, проте саме при уніфікації відбувається створення спільних правових норм.

О.В. Руденко обґрунтовує, що найбільш ширшим поняттям є уніфікація, різновидами якої є апроксимація (“наближене зображення”), гармонізація (“приведення в стан відповідності, злагоженості”), координація (“погодження, зведення до відповідності, установлення взаємозв’язку тощо”). На думку науковця, різновидами уніфікації є також кодифікація, модернізація, консолідація тощо.<sup>4</sup> Ми частково погоджуємося, адже гармонізацію можна вважати передумовою уніфікації, і на нашу думку, гармонізація передбачає зближення право-

<sup>1</sup> Діковська І.А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов’язань: теоретичні та практичні аспекти : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2014. С. 15.

<sup>2</sup> Розгон О.В. Доцільність уніфікації та гармонізації колізійних норм у міжнародному сімейному праві. *Альманах міжнародного права*. Вип. 16. С. 62. URL: <http://intlwalmanac.net/v16/9.pdf>

<sup>3</sup> Трощенко І.О. Процеси уніфікації міжнародного приватного права у сфері недовірних зобов’язань та її основні результати. *Парадигма пізнання: гуманітарні питання*. 2015. № 8 (11). URL: <http://oaji.net/articles/2016/1739-1453990951.pdf>

<sup>4</sup> Руденко О.В. Уніфікація міжнародного приватного права в Європейському Союзі : автореф. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2007. С. 6-7.

вих систем і створення подібних та близьких правових норм, а метою уніфікації є створення єдиних правових норм для різних правових систем.

І.А. Діковська при дослідженні процесу уніфікації норм, які регулюють міжнародні приватні договірні зобов'язання, виділила такі основні етапи: 1) вибір інститутів договірного права, регулювання яких потребує уніфікації, на основі дослідження існуючих норм та їх практичного застосування; 2) на другому етапі здійснюються порівняльно-правові дослідження правового регулювання інституту чи певного питання у різних державах; 3) третій етап передбачає розробку проекту уніфікованого документа, якщо на попередньому етапі зроблено висновок про те, що відмінності у правовому регулюванні у різних правових системах певного інституту (питання) можуть бути подолані за допомогою уніфікації; 4) четвертий етап передбачає створення або зміни уніфікованих норм, які регулюють міжнародні договірні зобов'язання, їх прийняття або затвердження; 5) окремим етапом є застосування уніфікованих норм, що має відбуватися однаково у різних правових системах.<sup>1</sup> Ми погоджуємося з цим, оскільки процес уніфікації охоплює процес створення (зміни) правових норм, набуття ними чинності та застосування норм, і без аналізу дії таких норм неможливо оцінити ефективність уніфікації.

Процес уніфікації принципів сімейного права досить тривалий, і зрозуміло, довший та складніший, аніж уніфікація правових норм. Водночас, на нашу думку, уніфікація правових норм можлива тільки після уніфікації принципів, оскільки саме на основі єдиних принципів сімейного права має відбуватися уніфікація сімейно-правових норм.

Науковці, досліджуючи питання запозичення правових норм з інших правових систем, зауважують, що при цьому виникає ряд проблем, зокрема: норми є позасистемними; як обрати позасистемні параметри з метою тлумачення національної норми (з яких правових систем і чому? як перевірити фактичну “релевантність” та “суміс-

<sup>1</sup> Діковська І. Етапи уніфікації норм, що регулюють міжнародні приватні договірні зобов'язання. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 4(98)/2013. С. 26-27

ність” між імпортованими нормами та проблемами, на врегулювання яких вони спрямовані?); як оцінювати норми, що імпортуються?<sup>1</sup> Безперечно, проблеми сумісності імпортованих норм та національної правової системи були і будуть завжди, так само як і проблема вибору кращої правової норми. Вирішення цих проблем неможливе без порівняльного методу, який у таких випадках є незамінним інструментом. Ми переконані, що у разі уніфікації принципів права і сімейного права зокрема, а також здійснення уніфікації норм у відповідно до уніфікованих принципів, ряд проблем будуть автоматично вирішені.

Незважаючи на історичні та культурні традиції, форми сімейного життя та сутність інституту сім'ї у Європі змінюються: кількість шлюбів скорочується, зростає кількість фактичних партнерств, утверджується прийнятність одностатевих відносин та їх визнання законом, збільшується кількість дітей, народжених поза шлюбом, і т.п. Законність одностатевих партнерств (шлюбів), регулювання застосування сучасних репродуктивних технологій і пов'язані з цим проблеми визнання батьківства є такими сферами, в яких важко дійти консенсусу і відповідно уніфікувати правові норми, але зусилля та порівняльно-правові дослідження у цих сферах мають значну цінність.

Незаперечним є факт, що саме створення Європейського Союзу передбачає зближення та уніфікацію законодавства держав-членів. Договором про заснування Європейської Спільноти, прийнятим 25 березня 1957 р.<sup>2</sup>, передбачено зближення законодавства держав-членів для функціонування спільного ринку, що, безумовно, знаменувало визнання на міжнародному рівні процесів уніфікації законодавства держав-членів ЄС.

А.-М. Арделеану зауважує, що Європейський Союз не є компетентним для уніфікованого матеріального сімейного права, як і не має повноважень приймати законодавчі акти в цій сфері, навіть якщо б у нього були повноваження, то необхідно дотримуватися принципів

<sup>1</sup> Lollini A. The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law. *Utrecht Law Review*. 2012. 8(2). P. 59-60.

<sup>2</sup> Договір про заснування Європейської Спільноти від 25.03.1957. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_017](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017)

субсидіарності та пропорційності. Згідно яких, що проблеми можуть бути ефективно вирішені іншими методами, коли ЄС не втручається. Проте для активізації уніфікаційних процесів Рада Європи заохочує порівняльні дослідження, створює постійно діючі комісії експертів, проводить міжнародні конференції з питань сімейного права, публікує відповідні рекомендації.<sup>1</sup>

У Договорі про Європейський Союз від 7 лютого 1992 р. в нині діючій редакції визначено, що діяльність Європейського Союзу будуватиметься на демократичних принципах, серед яких визначено і принцип рівності (ст. 9).<sup>2</sup> Підписавши Угоду про асоціацію з Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, Україна зобов'язалася так само поступово здійснювати адаптацію свого законодавства до європейського.

Певні спроби до уніфікації законодавства були і на рівні окремих держав. Так, Німеччина та Франція уклали двосторонню угоду щодо стандартизації підходів до регулювання права власності, в тому числі власності подружжя.<sup>3</sup>

Уніфікації сімейного законодавства в ЄС сприяє практика Європейського суду з прав людини, під впливом якої держави змушені змінювати своє національне законодавство, приводячи його у відповідність до спільних європейських цінностей.

На думку науковців, в рамках діяльності Гаазької конференції з міжнародного приватного права досягнуто найбільш вагомих результатів по уніфікації колізійних норм у сфері сімейного права.<sup>4</sup> Крім того, під впливом ратифікації міжнародних договорів та конвенцій частина норм сімейного права в державах-членах ЄС вже є схожою. Серед таких міжнародних конвенцій: Конвенція про стягнення алі-

<sup>1</sup> Anca-Monica Ardeleanu. Principles of European Family Law Regarding Divorce—Special View over The Romanian Civil Code. *AUDJ*. 2013. vol. 9. №. 2. pp. 52-53.

<sup>2</sup> Договір про Європейський Союз від 07.02.1992. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_029](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029)

<sup>3</sup> Eva Becker. Ein europäischer Güterstand? Der deutsch-französische Wahlgüterstand. *ERA Forum*. 2011. 12. P. 104–105.

<sup>4</sup> Бурлай О.Є. Правовідносини подружжя у міжнародному приватному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2007. С. 4-5

ментів за кордоном від 20 червня 1956 р., Конвенція про громадянство одруженої жінки від 29 січня 1957 р., Конвенція про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів від 10 грудня 1962 р., Конвенція про визнання розлучень та рішень про роздільне проживання подружжя від 1 червня 1970 р., Конвенція про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання від 2 жовтня 1973 р., Європейська конвенція про правовий статус дітей, народжених поза шлюбом від 15 жовтня 1975 р., Конвенція про право, застосовуване до режимів власності подружжя від 14 березня 1978 р., Європейська конвенція про визнання та виконання рішень стосовно опіки над дітьми та про поновлення опіки над дітьми від 20 травня 1980 р., Конвенція про цивільно-правові аспекти міжнародного викрадення дітей від 25 жовтня 1980 р., Конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення від 29 травня 1993 р., Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25 січня 1996 р., Конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, виконання та співробітництво щодо батьківської відповідальності та заходів захисту дітей від 19 жовтня 1996 р., Конвенція про контакт з дітьми від 15 травня 2003 р., Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання від 23 листопада 2007 р., Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 р., Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами від 11 травня 2011 р. та інші.<sup>1</sup>

Важливим для уніфікації сімейного права в рамках ЄС стало створення першого вересня 2001 року Комісії з європейського сімейного права (CEFL), яка об'єднує провідних європейських науковців з метою розробки принципів сімейного права. Подібний досвід також є в США, де Американський юридичний інститут розробив принципи у сфері сімейного права, спрямовані на уніфікацію законодавства окре-

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принципи європейського сімейного права: проблеми уніфікації. Гармонізація приватно-правового законодавства України із законодавством ЄС : зб. статей і тез IX Міжнародного цивілістичного форуму, 11-12 квіт. 2019 р. Київ. С. 115-116.

мих штатів.<sup>1</sup> Проект таких принципів був запропонований ще у 1997 році, а кінцевий варіант прийнято у травні 2000 року. У принципах розкрито критерії для “компенсаторних виплат між подружжям”. Зокрема, рекомендовано при визначенні компенсаційних платежів враховувати: значну тривалість шлюбу, втрату рівня життя, який був у шлюбі, через меншу кількість майнових активів або можливостей заробітку; втрату працездатності, що виникає під час шлюбу, але триває після розірвання шлюбу через догляд за дітьми, хворим родичем чи виконання морального зобов’язання. Компенсаційні збитки визначено як збитки, які один з подружжя понесе під час розірвання шлюбу до того моменту, поки інший з подружжя реалізує справедливую віддачу від своїх інвестицій у потенціал іншого або зможе відновити свій дошлюбний рівень життя при короткому шлюбі.<sup>2</sup>

Ще до створення Комісії з європейського сімейного права в рамках ЄС було проведено три конференції з проблем європейського сімейного права, а саме у Відні (1977 р.), Будапешті (1992 р.) та Кадісі (1995 р.). З 1969 року Рада Європи проводить колоквиуми з питань європейського права, в тому числі з проблем сімейного права (у 1974 р. – на тему “Юридичне представництво та опіка над неповнолітніми”, в 1981 р. – “Правові проблеми незаміжніх пар”, в 1993 р. – “Трансгендеризм, медицина і закон”, в 1997 р. – “Правові проблеми, пов’язані з походженням”).<sup>3</sup>

Європейські науковці серед причин створення Комісії з європейського сімейного права вказують:

1) збільшення європейського виміру сімейного права (відбулися значні розробки у сфері європейського міжнародного приватного права та міжнародного процесуального права в частині розгляду сі-

<sup>1</sup> Boele-Woelki K., 2005. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 1(2). P. 160.

<sup>2</sup> Nancy G. Maxwell. Unification and Harmonization of Family Law Principles: The United States Experience. Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe / Commission on European Family Law. 2003. p. 9-10. URL: [http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/\\_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf](http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf)

<sup>3</sup> Katharina Boele-Woelki. The Road Towards a European Family Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. URL: <https://www.ejcl.org/11/art11-1.doc>

мейних спорів. Гаазькі конференції з міжнародного приватного права розробили конвенції, резолюції та принципи, які сьогодні є частиною законодавства багатьох європейських держав. Крім того, в рішеннях ЄСПЛ сформовані керівні принципи сімейного права для держав, що ратифікували Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод. Більш того, суд ЄС вирішив, що спільні свободи, встановлені Договором ЄС, також застосовуються в сімейному праві);

2) європейську інтеграцію (відсутність гармонізованого сімейного права створює перешкоди для вільного руху людей, створення справді європейської ідентичності та інтегрованого європейського правового простору. Саме тому процеси європейської інтеграції передбачають необхідність уніфікації всіх правових сфер, в тому числі сімейного права);

3) розвиток європейського приватного права (традиційно гармонізація та уніфікація відбувалися в таких сферах як комерційне право та суміжні сфери цивільного права. Останні десятиліття стали свідками вражаючого зростання інтересу в різних дослідженнях до розробки європейського приватного права. Тривала європейська інтеграція створила новий виклик для приватного права, – розробку єдиного і гармонізованого європейського приватного права. Сімейне право довгий час залишалося майже повністю поза порівняльними правовими дослідженнями. Проте в останні роки сімейне право не тільки стало предметом порівняльних досліджень, а також процесів гармонізації і навіть – у випадку міжнародних відносин – уніфікації);

4) компетенцію Європейського Союзу у сімейних справах (згідно зі ст. 65 Договору про утворення ЄС, яка визначає заходи, що можна вживати у сфері судової співпраці в цивільних справах, які мають транскордонний характер, у тому числі узгодження норм, що діють в державах-членах<sup>1</sup>). У зв’язку з цим є досить широке тлумачення положення ст. 65 Договору про утворення ЄС – зокрема, що для того, аби зміна місця проживання особи не впливала на її правовий статус, Європейський Союз може навіть вживати заходів для гармонізації або уніфікації ма-

<sup>1</sup> Договір про заснування Європейської Спільноти від 25.03.1957. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_017](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017)



теріального сімейного права в Європі.<sup>1</sup> Крім того, виникнення Комісії з європейського сімейного права та її діяльність пов'язують досить часто з успішною практикою Асоціації юристів з розробки загальних принципів в США, що призвели до суттєвих реформ.<sup>2</sup>

Учасниками установчих зборів Комісії з європейського сімейного права були: професор Катерина Боель-Воелкі (Утрехтський університет), професор Фредеріке Ферран (Університет Жана Муліна, Ліон), професор Найджел Лоу (Університет Кардіффа), професор Дітер Мартіні (Франкфуртський університет), професор Уолтер Пінтенс (Університет Лювен) та професор Дітер Шваб (Університет Регенсбурга). Основною метою Комісії з європейського сімейного права є започаткування новаторських теоретичних та практичних заходів щодо гармонізації сімейного права в Європі. CEFL складається з Організаційного комітету та групи експертів. Комісія з європейського сімейного права складається з провідних вчених у сфері сімейного права держав-членів ЄС, крім того як експерти залучаються науковці з-поза меж Європейського Союзу. Наразі до роботи залучено 26 експертів. Важливим досягненням діяльності CEFL є розробка принципів європейського сімейного права.

Для розробки європейських сімейних принципів Комісією з європейського сімейного права були підготовлено звіти по аналізу законодавства 22 держав на основі анкет із 105 запитань. Перші принципи були опубліковані в грудні 2004 року, вони супроводжуються науковими коментарями.

Таким чином, уніфікація принципів європейського сімейного права відбувалася на основі ґрунтовних порівняльних досліджень законодавства, що регулює сімейні відносини у державах ЄС. Компаративні дослідження у сфері сімейного права активізувалися в Європі в другій половині ХХ ст., і досить цінною є праця Марі Енн Глендон “Трансформація сімейного права: держава, право та сім'я в США та

<sup>1</sup> Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 2005. 1(2). P. 161-162. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.13>

<sup>2</sup> Boele-Woelki K. What comparative family law should entail. *Utrecht Law Review*. 2008. 4(2). P. 23. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.62>

Західній Європі”, в якій здійснено порівняльний та історичний аналіз глибоких змін у сімейному праві, починаючи з 60-х років, у Великобританії, Франції, Західній Німеччині, Швеції та США.<sup>1</sup> Найбільш ґрунтовні порівняльні дослідження сімейного законодавства європейських держав проведені експертами Комісії з європейського сімейного права для розробки уніфікованих принципів.

Комісія з європейського сімейного права організувала шість конференцій: “Перспективи уніфікації та гармонізації сімейного права в Європі” (11–14 грудня 2002 р., Утрехтський університет), “Принципи європейського сімейного права. Розлучення, утримання між колишнім подружжям та обов'язки батьків” (9–11 грудня 2004 р., Утрехтський університет), “Європейські виклики в сучасному сімейному праві” (7–9 червня 2007 р., Університет Осло), “Майбутнє сімейної нерухомості в Європі” (8–10 квітня 2010 р., Кембриджський університет), “Сімейне право в Європі: нові події, виклики та можливості” (29–31 серпня 2013 р., Боннський університет), “Плюралізм і різноманітність сімейних відносин у Європі” (1–3 листопада 2018 р., м. Гамбург). На шостій конференції обговорено проект принципів європейського сімейного права в сфері фактичних сімейних союзів, сімейної міграції, а також питання щодо розробки концепції батьківства, ролі дитини в сімейних справах і позасудових розлученнях, проблеми в регулюванні сімейних відносин у зв'язку із численною імміграцією мусульманських сімей до ЄС та інші.<sup>2</sup>

К. Боель-Воелкі слушно зауважила, що прийняття рішень та узгодження позицій в процесі розробки принципів неможливе без певної міри суб'єктивності. Водночас ґрунтовні порівняльні дослідження, врахування історичних подій, майбутніх тенденцій та соціологічних аспектів, з одного боку, і широкі обговорення, з іншого, гарантуватимуть необхідну легітимність як в науці, так і в суспільстві.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Glendon Mary Ann. The Transformation of Family Law : State, Law and Family in the United States and Western Europe, 1989. 336 p.

<sup>2</sup> Plurality and Diversity of Family Relations in Europe / Katharina Boele-Woelki, Dieter Martiny. 2019. 388 p.

<sup>3</sup> Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 2005. 1(2). P. 162. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.13>

М. Антокольская обґрунтовує, що в основі розробки принципів європейського сімейного права повинен бути метод “кращого права”. На думку науковиці, віднайти спільні засади не завжди можливо в силу значної різноманітності сімейно-правових норм європейських держав. У разі коли неможливо виокремити спільні правові норми, необхідно обрати “краще” правило серед різних норм, що існують в національних юрисдикціях, або створити краще правило, якщо немає існуючого рішення, з урахуванням вимог якості законодавчої техніки та відповідності норм сучасному розвитку суспільних відносин. Тобто в обох випадках має бути сформоване “краще право”, – або це буде спільна норма, або обрана чи створена краща норма. І безумовно, другий випадок набагато складніший, адже вибір має бути обґрунтований. Щодо роботи Комісії з європейського сімейного права у сфері уніфікації сімейного права, то, не представляючи уряди чи наднаціональні організації, розроблені принципи обґрунтовуються виключно академічною репутацією експертів. З одного боку, це надає їм свободу і можливість формувати принципи на основі наукових міркувань, з іншого боку, відсутність авторизації зумовлює додаткові питання щодо доцільності та обґрунтованості того чи іншого принципу.<sup>1</sup>

Виникали також питання щодо того, чи аналізувати законодавство всіх держав-членів ЄС, чи цей шлях неефективний через мовні бар'єри і варто дослідити тільки сімейно-правові системи Франції, Німеччини, Австрії, Англії та Уельсу, Нідерландів та Бельгії. Складність дослідження зумовлювалася також тим, що необхідно було проаналізувати не тільки положення певного акта, але і практику його застосування. Крім того, необхідно було експертам виявити будь-які загальні принципи і правила, а також правові норми, характерні тільки для окремих правових систем, що мають переваги і можуть бути впроваджені в інші правові системи.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Masha Antokolskaia. The “Better law” approach and the harmonization of family law. Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe. Edited by Katharina Boele-Woelki. Antwerp - Oxford - New York. 2003. P. 162.

<sup>2</sup> Katharina Boele-Woelki. The Road Towards a European Family Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. URL: <https://www.ejcl.org/11/art11-1.doc>

Методологія уніфікації принципів європейського сімейного права включала: 1) вибір сфер сімейного права, що найбільш придатні для уніфікації; 2) на другому етапі розроблялася анкета на основі функціонального та проблемно-орієнтованого підходів (на основі функціональних термінів визначити основну проблему, яку правові норми намагаються вирішити); 3) третій етап передбачав складання національних звітів, які охоплюють правове регулювання та практику впровадження норм; 4) на четвертому етапі здійснювалися збір та поширення отриманої в результаті порівняльного аналізу інформації; 5) на п'ятому етапі відбувалася розробка принципів європейського сімейного права (саме на цьому етапі відбувалося прийняття рішення і обиралося або “спільне ядро”, або “кращий закон”); 6) на останньому етапі відбувалося опублікування принципів із порівняльними оглядами та коментарями експертів.<sup>1</sup>

Науковці зазначають, що саме діяльність Комісії з європейського сімейного права показала, що культурні відмінності між державами не обов'язково повинні бути перешкодами при встановленні принципів сімейного права.<sup>2</sup> Така позиція беззаперечна, адже Комісія з європейського сімейного права розробила вже п'ять груп принципів і продовжує роботу.

Серед інститутів сімейного права CEFL зосередилася насамперед на розірванні шлюбу та аліментних відносинах між колишнім подружжям. Зумовлено це тим, що в європейських державах ці інститути були нормативно врегульовані і законодавство протягом останніх років пройшло модернізацію. Тобто поки що принципи уніфікуються в рамках окреслених вузьких сфер сімейного права.<sup>3</sup> Розроблені принципи можуть розглядатися як рекомендації, а також як модель при правозастосуванні.

<sup>1</sup> Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 2005. 1(2). P. 165. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.13>

<sup>2</sup> Jonker M., van den Hoven M., Schrama W. Editorial Religion and Culture in Family & Law. *Utrecht Law Review*. 2016. № 12(2). P. 4.

<sup>3</sup> Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 2005. 1(2). P. 163 DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.13>

Комісія з європейського сімейного права розробила:

I-II “Принципи європейського сімейного права щодо розлучення та утримання між колишнім подружжям”, які містять дві частини по три глави в кожній:

1) Частина I “Розлучення”: глава I “Загальні принципи” (свободи розірвання шлюбу; визначеності процедури розірвання шлюбу законом та її здійснення компетентним органом (судовим або адміністративним); гарантування розлучення за взаємною згодою подружжя та без згоди одного з подружжя); глава II “Розлучення за взаємною згодою” (взаємної згоди; визначеності періоду “роздумів”; визначеності наслідків та інші); глава III “Розлучення без згоди одного з подружжя” (гарантування фактичного розлучення; визначеності наслідків та інші).

2) Частина II “Утримання між колишніми подружжям”: глава I “Загальні принципи” (принцип взаємозв’язку між утриманням та принцип самодостатності); глава II “Умови надання утримання” (визначеності умов утримання; визначеності вимог та інші); глава III “Особливі питання” (обмеження в часі, договірному регулювання утримання та інші).<sup>1</sup>

Таким чином, принципи європейського сімейного права щодо розлучення та утримання між колишнім подружжям, сформульовані таким чином, що основні принципи конкретизуються у додаткових, які розкривають їх зміст, а також у чітких рекомендаціях. Загалом, можна виокремити такі основні принципи європейського сімейного права щодо розлучення та утримання між колишнім подружжям: свободи розірвання шлюбу, договірному регулювання наслідків розірвання шлюбу, надання утримання тому із колишнього подружжя, хто цього потребує.

III. “Принципи європейського сімейного права щодо батьківських обов’язків”. В преамбулі до принципів визначено, що Комісія з європейського сімейного права рекомендує принципи з метою сприяння утвердженню загальних європейських цінностей щодо прав та добробуту дитини, бажаючи внести свій внесок у гармонізацію сімейного права в Європі та сприяння вільному переміщенню осіб у межах

<sup>1</sup> Principles of European family law regarding divorce and maintenance between former spouses. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>

ЄС. Зокрема: глава I “Визначення термінів” (визначаються батьківські обов’язки та права, а також хто є носієм батьківських прав та обов’язків); глава II “Права дитини” (принцип 3:3 – найкращих інтересів дитини; принцип 3:4 – автономії дитини; принцип 3:5 – недискримінації дитини; принцип 3:6 – право дитини висловлювати свою думку та ін.); глава III “Батьківські обов’язки батьків та третіх осіб” (принципи, які визначають носіїв батьківських обов’язків, а також недопущення впливу на батьківські права та обов’язки розірвання шлюбу чи фактичного союзу); глава IV “Здійснення батьківських обов’язків” (принцип 3:11 – спільність; принцип 3:13 – угода про здійснення; принцип 3:16 – виконання обов’язків одним з батьків та інші); глава V “Зміст батьківської відповідальності” (принцип 3:19 – догляд, захист та освіта; принцип 3:20 – місце проживання; принцип 3:22 – управління майном дитини; принцип 3:24 – юридичне представництво; принцип 3:25 – контакт з батьками та іншими особами тощо); глава VI “Припинення батьківських обов’язків” (принцип 3:30 – припинення; принцип 3:31 – смерть батьків); глава VII “Позбавлення та поновлення батьківських обов’язків” (принцип 3:32 – розпорядження батьківськими обов’язками; принцип 3:33 – запит на виконання батьківських обов’язків; принцип 3:34 – поновлення батьківських обов’язків); глава VIII “Процедура” (принцип 3:35 – компетентний орган; принцип 3:36 – альтернативне вирішення спорів; принцип 3:37 – врахування думки дитини; принцип 3:38 – призначення спеціального представника для дитини в провадженні, що стосується батьківських обов’язків та інші).<sup>1</sup>

Таким чином, до основних принципів європейського сімейного права щодо батьківських обов’язків можна віднести: найкращих інтересів дитини; автономності дитини; недискримінації дитини; гарантування дитині права висловлювати думку щодо будь-якого питання, що її стосується; захисту інтересів дитини у випадку конфлікту з інтересами батьків; недопущення впливу розлучення чи визнання шлюбу недійсним на батьківські права та обов’язки; спільного виконання

<sup>1</sup> Principles of european familylaw regarding parental responsibilities. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>

батьківських обов'язків; добросовісного управління майном дитини; гарантування контакту та спілкування з іншими родичами дитини; гарантування батькам доступу до інформації про дитину; припинення батьківських обов'язків тільки у випадку смерті чи позбавлення батьківських прав; гарантування можливості відновлення батьківських прав та інші.

IV. “Принципи європейського сімейного права у сфері майнових відносин подружжя” (розроблені з метою гармонізації сімейного права в Європі, а також сприяння утвердження загальним європейським цінностям щодо рівності подружжя, досягнення балансу між приватною самостійністю подружжя та їх солідарністю, сприяння добробуту сім'ї, гарантування кожному з подружжя справедливої частку у майні, придбаному протягом шлюбу): глава I “Загальні права та обов'язки подружжя” (принцип 4:2 – рівність подружжя; принцип 4:3 – юридична дієздатність подружжя; принцип 4:4 – внесок у потреби сім'ї; принцип 4:6 – захист орендованого сімейного будинку; принцип 4:7 – представництво; принцип 4:9 – свобода укладення шлюбних майнових угод та інші); глава II “Шлюбний договір” (принципи 4:10–4:15 встановлюють вимоги до форми та змісту шлюбного договору); глава III “Майно подружжя” (принцип 4:16 – частка у майні; принцип 4:18 – набуте майно; принцип 4:20 – презумпція спільної власності; принцип 4:21 – особисті борги; принцип 4:23 – управління майном; принцип 4:28 компенсація; принцип 4:29 – договір про частку; принцип 4:31 – рівна участь у майні; принцип 4:33 – застосування режиму спільності майна; принцип 4:36 – особиста власність; принцип 4:44 – управління майном подружжя; принцип 4:57 – рівний розподіл та інші).<sup>1</sup>

Таким чином, “Принципи європейського сімейного права у сфері майнових відносин подружжя” містять такі основні принципи: рівності подружжя, приватної автономії подружжя та їх солідарності; захисту об'єктів сімейної власності, захисту житла, орендованого для сім'ї; гарантування представництва подружжям один одного перед третіми особами; зобов'язання подружжя інформувати одне одного про фінан-

совий стан та борги; свободи договірної регулювання майнових відносин; визначеності спільного та роздільного майна; спільного управління майном подружжя; гарантування розподілу спільної власності.

V. “Принципи європейського сімейного права щодо права власності, утримання та правонаступництва пар у фактичних союзах”: глава I “Визначення та сфера застосування” (принципи 5:1–5:3 визначають, що слід розуміти під фактичними союзами, формальними відносинами та сферу застосування); глава II “Загальні права та обов'язки” (принцип 5:4 – рівність партнерів; принцип 5:5 внесок у витрати домогосподарства; принцип 5:6 – захист будинку та сімейного майна; принцип 5:7 – свобода укладення договору); глава III “Договори” (принцип 5:8 – укладення договорів та принцип 5:9 – розгляд компетентним органом); глава IV “Власність та борги” (принцип 5:10 – майнові відносини між партнерами; принцип 5:11 – придбання майна; принцип 5:12 – презумпція спільної власності; принцип 5:13 – особисті та спільні борги; принцип 5:14 – відшкодування боргів); глава V “Сепарація” (принцип 5:15 – право власності при сепарації; принцип 5:16 – компенсація за внесок у майно, бізнес чи професію другого партнера; принцип 5:17 – компенсація внесків у домогосподарство; принцип 5:18 – предмети домашнього вжитку; принцип 5:19 – самодостатність; принцип 5:20 – утримання; принцип 5:21 – обмеження у часі та спосіб сплати); глава VI “Смерть” (принцип 5:22 – право на проживання в сімейному будинку; принцип 5:23 – заповідальне правонаступництво; 5:24 – спадкове правонаступництво; принцип 5:25 – право вимоги щодо майна померлого); глава VII “Спори” (принцип 5:26 – розгляд спорів з сімейних питань та принцип 5:27 – альтернативне вирішення спорів).

Таким чином, принципи європейського сімейного права щодо права власності, утримання та правонаступництва пар у фактичних союзах були прийняті, зокрема, у зв'язку із зростанням на території ЄС кількості пар, які фактично проживають разом, але не формалізують свої відносини, відсутністю загальної правової визначеності у цій сфері, сприянням гармонізації сімейного законодавства в Європі,

<sup>1</sup> Principles of european family law regarding property relations between spouses. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf>



а також з метою покращення правового регулювання фактичних союзів, гарантування права партнерів укладати угоди для регулювання відносин між ними, захисту слабшого партнера, досягнення балансу між приватною автономією тих, хто проживає у фактичних союзах, та суспільними інтересами, сприяння добробуту сім'ї, усунення дискримінації між різностатевими та одностатевими фактичними союзами.

Отож, принципи, розроблені Комісією з європейського сімейного права, викладені у формі уніфікованих положень, і задля кращого розуміння супроводжуються науковим коментарем, а також текстами національних законодавств держав-членів ЄС. Опубліковані групи принципів не є нормативним чи модельним документом, а основою для подальшого нормотворення та формування уніфікованого сімейного права ЄС.

Досліджуючи, як впливають принципи міжнародного цивільного процесу на регулювання судового порядку вирішення міжнародних сімейних спорів, Черняк Ю.В. обгрунує, що серед них і систематизовані принципи Комісії з Європейського сімейного права, і поряд з резолюціями, деклараціями, рекомендаціями, вони по правовій природі є нормами рекомендаційного характеру, тобто актами "м'якого права".<sup>1</sup> Така позиція цілком обгрунтована, враховуючи необов'язковий та недержавний характер систематизованих принципів європейського сімейного права.

На думку науковців, принципи європейського сімейного права мають важливе значення, оскільки: по-перше, можуть слугувати джерелом натхнення для реформування національного законодавства та міжнародних правових норм; по-друге, європейське сімейне право, засноване на спільних принципах, може відігравати функцію альтернативного (допоміжного) закону, який застосовується у випадку правових відносин з іноземними елементами і коли національне законодавство не може бути застосоване судом; по-третє, європейське сімейне право може бути факкультативом в міжнародних правових відносинах замість національного

права.<sup>1</sup> Тобто поряд з національними правовими системами обгрунтовується можливість існування транснаціональної системи сімейного права, яку сторони могли б конкретно вибирати для регулювання їх відносин.

CEFL вважає, що гармонізація сімейного законодавства забезпечить адекватну правову основу подальшої реалізації вільного руху громадян в рамках ЄС і сприятиме фактичному утвердженню єдиної Європи не тільки без торговельно-економічних кордонів, але й без юридичних. При цьому зростаючий рівень мобільності фізичних осіб у поєднанні з визнанням необхідності організувати життя відповідно до власних потреб та бажань вплинув і на діяльність Комісії з європейського сімейного права, що привело до врахування більшої автономії особи і мінімального втручання держави при розробці принципів, а також принципу захисту для слабшої сторони. За своєю сутністю та результатами діяльність CEFL є унікальною в Європі, і ще не завершеною. Комісія з європейського сімейного права продовжує працювати над уніфікацією принципів європейського сімейного права.<sup>2</sup>

Керівництво в державах-членах ЄС по-різному відреагувало на принципи, розроблені Комісією. Є позитивні практики, так в європейських дослідженнях наводиться приклад, коли парламент Шотландії в обгрунтуванні проекту про внесення змін до закону щодо підстав та порядку розірвання шлюбу використовував принципи, розроблені Комісією з європейського сімейного права.<sup>3</sup>

Незважаючи на необов'язковий характер принципів, розроблених Комісією з європейського сімейного права, вони мають не тільки наукове, але і практичне значення. Насамперед розроблені принципи утверджують ідею можливості уніфікації сімейного права ЄС, а також

<sup>1</sup> Katharina Boele-Woelki. The Road Towards a European Family Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. <https://www.ejcl.org/11/art11-1.doc>

<sup>2</sup> Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González-Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Velina Todorova. Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions. 2019. 282 p.

<sup>3</sup> Boele-Woelki K. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 2005. 1(2). P. 167.

<sup>1</sup> Черняк Ю.В. Уніфікація норм міжнародного цивільного процесу: проблемні питання теорії і судової практики вирішення сімейних спорів : дис. ... д-ра юрид. наук, спец. : 12.00.03. Київ. 2019. С. 141-142.

є підґрунтям для внесення відповідних змін до національних законодавств держав-членів, розробки загальноєвропейських актів.

У рамках ЄС для гармонізації сімейного законодавства держав-членів на спільних засадах прийнято ряд Регламентів та інших актів, зокрема: Регламент № 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання і виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах (у ст. 5 визначено, що він застосовується у справах, пов'язаних з аліментами), Регламент Ради ЄС № 2201/2003 від 27 листопада 2003 р. про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень у сімейних справах і справах про батьківські обов'язки, який скасовує Регламент (ЄС) № 1347/2000, Регламент Ради ЄС № 4/2009 про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, забезпечення виконання рішень та співробітництво з питань щодо зобов'язань зі сплати аліментів від 18 грудня 2008 року, Регламент Ради ЄС № 1259/2010 від 20 грудня 2010 р. про розширення співпраці в галузі права, що застосовується до розірвання шлюбу і законної сепарації, Регламент Ради ЄС № 2016/1103 від 24 червня 2016 р. про впровадження розширеної співпраці у сфері юрисдикції, застосовного права, визнання та виконання рішень у питаннях режимів подружнього майна, Регламент Ради ЄС № 2016/1104 від 24 червня 2016 року про впровадження посиленого співробітництва у сфері юрисдикції, застосовного права, визнання та виконання рішень у справах про майнові наслідки зареєстрованих партнерств, Рекомендація Комітету Міністрів державам-членам про сімейне посередництво від 21 січня 1998 р., Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах від 21 травня 2008 р. № 2008/52/ЄС та інші.<sup>1</sup>

О.В. Руденко при аналізі проблем уніфікації міжнародного приватного права в рамках ЄС виділила два основні принципи, на яких воно ґрунтується, а саме “амальгамації” (характерний для регламентів і передбачає повне злиття норм) та “асимптоти” (лежить в основі дирек-

тив і передбачає зближення, але не злиття правових норм).<sup>1</sup> Виходячи із цього підходу, саме в Регламентах ЄС містяться уніфіковані норми, в тому числі і у сфері сімейного права.

Стаття 5 Регламенту № 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання і виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах встановлює порядок подання позову, і зокрема, згідно з ч. 2 до особи, що має постійне місце проживання в одній державі-члені ЄС, може бути пред'явлений позов в іншій державі-члені ЄС у справі по сплаті аліментів до суду за місцем постійного проживання (або звичайного місця перебування) особи, що має право на отримання аліментів. У разі якщо спір про аліменти є суміжним спором про цивільний статус особи, то позов подається до суду, який відповідно до національного законодавства має юрисдикцію приймати до розгляду подібні позови, якщо тільки ця юрисдикція не ґрунтується виключно на громадянстві однієї зі сторін.<sup>2</sup>

Регламент Ради ЄС № 2201/2003 від 27 листопада 2003 р. про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень у сімейних справах і справах про батьківські обов'язки був прийнятий з метою створення в ЄС простору свободи, безпеки, правосуддя, що гарантує вільне пересування осіб, і для забезпечення рівності всіх дітей Регламент поширює дію на всі судові рішення з питань батьківських обов'язків, включаючи заходи по захисту дітей, незалежно від наявності судового розгляду між подружжям. Згідно зі ст. 1 Регламент застосовується до цивільних спорів, предметом яких є розлучення, встановлення режиму окремого проживання подружжя або визнання шлюбу недійсним, набуття, здійснення, обмеження, припинення батьківських обов'язків, якщо вони пов'язані із справами про: право на спільне проживання з дитиною і виховання, а також право на доступ до дитини; встановлення опіки, піклування та аналогічними правовими інститу-

<sup>1</sup> Руденко О.В. Сучасні тенденції розвитку міжнародного приватного права ЄС. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2011. Вип. 578. Правознавство. С. 57.

<sup>2</sup> Регламент № 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання і виконання судових рішень у цивільних і комерційних справах. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_a84/stru](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a84/stru)

<sup>1</sup> Менджул М.В. Перспективи уніфікації європейського сімейного права. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2019. № 3. Vol. 1. С. 188-189.

тами; призначення особи або органу, що здійснює догляд за дитиною чи її майном, представляє інтереси і надає допомогу дитині, а також визначення відповідних функцій такої особи або органу; передачу дитини в прийомну сім'ю або спеціальну установу; заходи щодо захисту дитини, пов'язані з управлінням, збереженням або розпорядженням майном дитини. Положення цього Регламенту не застосовуються до спорів про: встановлення або оспорування батьківства; усиновлення, заходи з підготовки до усиновлення або визнання недійсним та скасування усиновлення; ім'я та прізвища дитини; питань емансипації; аліментних зобов'язань; довірчого управління і спадкових правовідносин; заходи, які застосовуються як юридична відповідальність за злочини, вчинені дітьми. Загалом вказаний Регламент ґрунтується на принципах: взаємного визнання судових рішень (ч. 2 преамбули), забезпечення найкращих інтересів дитини (ч. 12 преамбули), врахування думки дитини (ч. 19-20 преамбули, ст. 23), взаємної довіри щодо визнання і виконання судових рішень по сімейних спорах (ч. 21 преамбули), найбільш сприятливого розміщення (принцип застосовується при визначенні уповноваженого суду по розгляду сімейних спорів (ст. 15) та ін.<sup>1</sup>

Як приклад уніфікованих норм, можна назвати ст. 21 Регламенту Ради ЄС № 2201/2003 від 27 листопада 2003 р. про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень у сімейних справах і справах про батьківські обов'язки, згідно з якою рішення, винесене на території однієї держави-члена ЄС, має бути визнано на території іншої держави-члена ЄС без застосування будь-яких спеціальних процедур. Зокрема, не потрібно спеціальної процедури для оновлення записів актів громадянського стану державою-членом ЄС на підставі судового рішення про розлучення, встановлення режиму окремого проживання подружжя, визнання шлюбу недійсним, винесеного в іншій державі-

<sup>1</sup> Регламент Совета Европейского Союза 2201/2003 от 27 ноября 2003 г. “О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по семейным делам и делам об обязанностях родителей, отменяющий Регламент (ЕС) N 1347/2000\*(1)”. URL: <http://osu.ru/sites/sempravo/resources/regl>

члені ЄС і не оскарженого в подальшому відповідно до законодавства іншої держави-члена ЄС. Крім того, відповідно до ст. 22 Регламенту встановлено підстави невизнання рішень про розлучення, встановлення режиму окремого проживання подружжя або визнання шлюбу недійсним. Так, вказані рішення визнаються, якщо: а) таке визнання явно суперечить політиці держави-члена ЄС, в якому розглядається справа; б) рішення було винесено за відсутності відповідача і відповідач не отримав документ про порушення судового провадження або інший аналогічний документ в термін, достатній для здійснення ним заходів щодо забезпечення захисту в суді, за винятком випадків, коли відповідач не заперечує проти прийняття такого рішення; в) воно суперечить рішенню, винесеному в результаті судового розгляду між тими ж сторонами в державі-члені ЄС, де розглядається питання про визнання рішення; г) воно суперечить винесеним раніше судовим рішенням у справі, в якому брали участь ті ж сторони, в іншій державі-члені ЄС або в державі, що не входить до складу ЄС; при цьому раніше винесене рішення відповідає умовам, необхідним для його визнання в державі-члені ЄС, де розглядається питання про визнання рішення.<sup>1</sup>

У статті 23 містяться уніфіковані норми про підстави невизнання рішень про батьківські обов'язки. Зокрема, рішення про батьківські обов'язки не визнається, якщо: а) таке визнання явно суперечить політиці держави-члена ЄС, в якому розглядається справа; при цьому враховуються інтереси дитини; б) при винесенні рішення в порушення основоположних принципів судочинства держави-члена ЄС, в якому розглядається справа, суд не забезпечив можливості вислухати думку дитини, за винятком випадків крайньої терміновості; в) рішення було винесено за відсутності особи, при цьому відсутня особа не отримала документ про порушення судового провадження або інший

<sup>1</sup> Регламент Совета Европейского Союза 2201/2003 от 27 ноября 2003 г. “О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по семейным делам и делам об обязанностях родителей, отменяющий Регламент (ЕС) № 1347/2000\*(1)”. URL: <http://osu.ru/sites/sempravo/resources/regl>

аналогічний документ в термін, достатній для здійснення ним заходів щодо забезпечення захисту в суді, за винятком випадків, коли зазначена особа не заперечує проти прийняття такого рішення; г) за заявою будь-якої особи, яка стверджує, що таке рішення порушує його (або її) батьківські права та обов'язки; при цьому при винесенні такого рішення суд не надав вказаній особі можливості висловити свою думку; д) якщо воно суперечить рішенню про батьківські обов'язки, винесеному згодом в державі-члені ЄС, де розглядається питання про визнання рішення; е) якщо воно суперечить рішенню про батьківські обов'язки, винесеним згодом в іншій державі-члені ЄС або в державі, що не входить до складу ЄС, яка є місцем постійного проживання дитини; при цьому винесене згодом рішення відповідає умовам, необхідним для його визнання в державі-члені ЄС, де розглядається питання про визнання рішення; або з) якщо не було дотримано процедури, передбачену ст. 56 Регламенту.<sup>1</sup> Названо тільки окремі приклади з багатьох уніфікованих норм, що стосуються не тільки процедури розгляду судами сімейних справ в рамках ЄС, але і дії прав та обов'язків учасників сімейних відносин.

У грудні 2008 року прийнято Регламент Ради ЄС № 4/2009 про юрисдикцію, право, що застосовується, визнання, забезпечення виконання рішень та співробітництво з питань щодо зобов'язань зі сплати аліментів. Під дію вказаного Регламенту потрапили всі зобов'язання по сплаті аліментів, що виникають із сімейних, батьківських, шлюбних чи родинних відносин з метою гарантування єдиного підходу. Він містить уніфіковані правила для застосування як судових рішень, так і рішень адміністративних органів на засадах неупередженості та гарантування всім сторонам справи бути вислуханими (ч. 11-12 преамбули). У п. 19 преамбули Регламенту Ради ЄС № 4/2009 встановлено що для підвищення юридичної визначеності, прогнозованості та автономності сторін, учасники відносин мають право обрати ком-

<sup>1</sup> Регламент Совета Европейского Союза 2201/2003 от 27 ноября 2003 г. “О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по семейным делам и делам об обязанностях родителей, отменяющий Регламент (ЕС) № 1347/2000(1)”. URL: <http://osu.ru/sites/sempravo/resources/regl>

петентний суд за договором, заснованим на особливих колізійних прив'язках, і для захисту слабкої сторони такий вибір суду повинен бути здійснений на користь дітей, які не досягли вісімнадцятирічного віку. Стаття 46 Регламенту встановлює, що держави-члени ЄС повинні забезпечити безоплатну юридичну допомогу у всіх справах, що стосуються зобов'язань зі сплати аліментів, які виникають у відносинах “батьки-дитина”, особі яка не досягла 21 року.<sup>1</sup> Таким чином, у Регламенті Ради ЄС № 4/2009 містяться уніфіковані колізійні норми, які визначають в рамках ЄС, які нормативні акти підлягають застосуванню до справ про зобов'язання з утримання, встановлює уніфіковані правила про взаємне визнання судових рішень та їх виконання.

Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах від 21 травня 2008 № 2008/52/ЄС, згідно ст. 1, застосовується до цивільних та комерційних спорів транскордонного характеру, за винятком прав і обов'язків, про які сторони не можуть домовитися інакше, ніж вони передбачені чинним законодавством, з метою полегшення доступу до альтернативних процедур вирішення спорів та сприяння мирному врегулюванню спорів. Під “транскордонним спором” визнано будь-який спір, в якому хоча б одна зі сторін має постійне місце проживання або звичайне місцеперебування в державі-члені, відмінному від будь-якої іншої сторони, в день, коли: а) сторони погоджуються використовувати посередництво після того, як спір виник; б) посередництво призначається судом; в) зобов'язання використовувати посередництво виникає в силу національного законодавства; або г) сторони запрошені звернутися до посередництва в цілях ст. 5 Регламенту.<sup>2</sup> Щодо медіації в сімейних спорах, то ще 21 січня 1998 року Комітетом Міністрів Ради Європи було ухвалено на 616-му засіданні за-

<sup>1</sup> Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1515843c-2af2-42c6-aac6-18b48f52ad2a>

<sup>2</sup> Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних та комерційних справах дний документ від 21.05.2008 № 2008/52/ЄС



ступників міністрів Рекомендацію № R(98)1 щодо медіації в сімейних справах. У вказаному акті констатовано, що застосування медіації в сімейних справах може поліпшувати спілкування між членами родини, послабити конфлікт, привести до дружнього врегулювання спору, забезпечити тривалість особистих відносин між батьками і дітьми, і у зв'язку з цим рекомендовано урядам держав-членів: запроваджувати, заохочувати або, коли це необхідно, посилювати медіацію в сімейних справах; вживати або посилювати всі заходи, які є необхідними для виконання принципів медіації в сімейних справах як належного засобу розв'язання сімейних спорів<sup>1</sup>.

Враховуючи, що в ЄС понад 16 млн. шлюбів з іноземним елементом, важливою є правова визначеність щодо різних аспектів сімейного життя. Регламент № 1259/2010 (широко відомий як Регламент Риму III) встановлює порядок визначення законодавства у разі розірвання шлюбу з іноземним елементом і з 29 січня 2019 року застосовується в 17 державах: Швеція, Бельгія, Греція, Хорватія, Словенія, Іспанія, Франція, Португалія, Італія, Мальта, Люксембург, Німеччина, Чехія, Нідерланди, Австрія, Болгарія та Фінляндія.<sup>2</sup>

Регламент Ради ЄС № 1259/2010 від 20.12.2010 р. про розширення співпраці в сфері права, що застосовується до розлучення та законної сепарації, доповнює Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради “Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань (“Рим I”)” від 17.06.2008 р.<sup>3</sup> та Регламент (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту і Ради “Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань (“Рим II”)” від

<sup>1</sup> Recommendation of the Committee of Ministers to member states on family mediation (Adopted by the Committee of Ministers on 21 January 1998 at the 616th meeting of the Ministers' Deputies). URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>

<sup>2</sup> Lhoest B., (2016). The Harmonization of European Family Law: Work in Progress. URL: <https://www.peacepalacelibrary.nl/2016/12/the-harmonization-of-european-family-law-work-in-progress/>

<sup>3</sup> Регламент (ЄС) N 593/2008 Європейського Парламенту та Ради “Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань (“Рим I”)” від 17.06.2008 № 593/2008. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_905](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_905)

11.07.2007 р.<sup>1</sup>, які визначили загальну тенденцію гармонізації колізійних норм ЄС у сфері цивільних та торгових відносин. Науковці зазначають, що прийняття Регламентів “Рим I” та “Рим II” завершило формування головних засад міжнародного приватного права Європи і відіграло важливу роль у процесі уніфікації міжнародного приватного права в ЄС.<sup>2</sup> Регламент Ради ЄС № 1259/2010 “Рим III” продовжив уніфікацію колізійних норм та принципів, що застосовуються у приватних відносинах, і містить досить важливі норми щодо визначення, яке право підлягає застосуванню у випадку розірвання шлюбу, судової сепарації (режиму окремого проживання подружжя) у шлюбних відносинах з іноземним елементом. В аналізованому Регламенті принцип автономії волі проголошений як базовий при вирішенні колізійних питань.

Регламент Ради ЄС № 1259/2010 “Рим III” застосовується тільки до відносин з розірвання шлюбу та встановлення режиму окремого проживання подружжя і не регулює питання правоздатності фізичних осіб, дійсності та визнання шлюбу, недійсності шлюбу, прізвиська подружжя, майнових відносин подружжя, прав та обов'язків батьків, аліментних відносин, права власності та спадкування (ст. 1). Згідно ст. 5 Регламенту “Рим III”, подружжя можуть домовитися про вибір права, що має застосовуватися до відносин розлучення та режиму окремого проживання подружжя, зокрема обрати: а) право держави, де подружжя постійно проживають на момент укладення договору; або б) право держави, в якій подружжя мали останнє місце проживання, і один із них досі там проживає; або в) правом держави громадянства кожного із подружжя на момент укладення договору; або г) правом держави суду. Якщо подружжя не обере в договірному порядку, право якої держави підлягає застосуванню, то згідно зі ст. 8 буде діяти: а) право держави, де подружжя постійно проживають в

<sup>1</sup> Регламент (ЄС) N 864/2007 Європейського Парламенту і Ради “Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань (“Рим II”)” від 11.07.2007 № 864/2007. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_907](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_907)

<sup>2</sup> Трощенко І.О. Роль Регламенту “Рим II” в уніфікації міжнародного приватного права в ЄС. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. Вип. 53. 2011. С. 572-576.

момент розгляду справи в суді; або, у разі неможливості, б) право держави, де подружжя назвали останнє місце проживання, за умови, що період такого проживання закінчився не більше ніж за 1 рік до судового розгляду, якщо один із подружжя і надалі проживає на території цієї держави; або, у разі неможливості в) право держави, громадянами якої є подружжя на момент судового розгляду; або, у випадку неможливості, г) право держави суду, що розглядає справу.<sup>1</sup>

Аналіз положень Регламенту Ради Європейського Союзу № 1259/2010 від 20 грудня 2010 року про розширення співпраці в галузі права, що застосовується до розірвання шлюбу і законної сепарації подружжя дає змогу зробити висновок, що в ньому містяться уніфіковані колізійні норми з метою визначення права, що підлягає застосуванню до вказаних у ньому відносин. У Регламенті можна віднайти такі принципи: правової визначеності (п. 9 преамбули), автономії волі та свободи вибору подружжям права, що підлягає застосуванню при розлученні (п. 14–16 преамбули), усвідомленого вибору права, що підлягає застосуванню (п. 18, 19 преамбули), заборони дискримінації (п. 30 преамбули) та інші.

Ми погоджуємося з науковцями, що за прикладом Македонії, Україні так само необхідно врахувати положення Регламенту Рим III, і в Законі України “Про міжнародне приватне право” збільшити колізійні прив’язки, які повинні застосовуватися під час припинення шлюбу і вибору сторонами права.<sup>2</sup>

17 липня 2006 року Європейська комісія прийняла Зелену книгу про колізію законів у питаннях режимів шлюбного майна, включаючи питання юрисдикції та взаємного визнання. Це привело до широких консультацій з усіх проблем, з якими стикаються пари в Європі, коли йдеться про поділ їхнього спільного майна та вибору правових

<sup>1</sup> Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32010R1259>

<sup>2</sup> Ватрас В.А. Проблеми та перспективи кодифікації міжнародного сімейного права України. *Міжнародне приватне право*. С. 182-186. URL: [http://www.univer.km.ua/statti/2.vatras\\_v.a.\\_problemy\\_ta\\_perspektyvy\\_kodyfikatsiyi\\_mizhnarodnoho\\_simeynoho\\_prava\\_ukrayiny.pdf](http://www.univer.km.ua/statti/2.vatras_v.a._problemy_ta_perspektyvy_kodyfikatsiyi_mizhnarodnoho_simeynoho_prava_ukrayiny.pdf)

засобів захисту. На засіданні в Брюсселі 10 та 11 грудня 2009 року Європейська рада прийняла нову багаторічну програму під назвою “Стокгольмська програма – відкрита і безпечна Європа, яка служить і захищає громадян”, в якій було вирішено, що взаємне визнання повинно поширюватися на сфери, які ще не охоплені, але мають важливе значення для щоденного життя, наприклад питання права власності подружжя. У “Звіті про громадянство ЄС за 2010”, прийнятому 27 жовтня 2010 року, Європейська комісія постановила, що необхідно внести пропозиції до законодавства щодо усунення перешкод для вільного пересування людей, особливо у сфері управління та поділу власності. З грудня 2015 року до березня 2016 року Бельгія, Болгарія, Чехія, Німеччина, Греція, Іспанія, Франція, Хорватія, Італія, Люксембург, Мальта, Нідерланди, Австрія, Португалія, Словенія, Фінляндія, Швеція та Кіпр звернулися до Комісії з тим, що вони бажають налагодити взаємодію між собою у сфері режимів майна пар з іноземним елементом як щодо режиму шлюбного майна, так і щодо майнових наслідків зареєстрованих партнерських відносин, а також з проханням надати відповідні пропозиції Раді ЄС. 9 червня 2016 року Рада ухвалила рішення (ЄС) 2016/954 про дозвіл на таке посилене співробітництво. Це зумовило прийняття 24 червня 2016 року двох Регламентів Ради ЄС: № 2016/1103 – про впровадження розширеної співпраці у сфері юрисдикції, застосовного права, визнання та виконання рішень у питаннях режимів подружнього майна<sup>1</sup> та № 2016/1104 – про впровадження посиленого співробітництва у сфері юрисдикції, застосовного права, визнання та виконання рішень у справах про майнові наслідки зареєстрованих партнерств<sup>2</sup>, які повністю набрали чинності з 29 січня 2019 року.

<sup>1</sup> Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/1103/oj>

<sup>2</sup> Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>

Регламент Ради ЄС № 2016/1103 застосовується до режимів шлюбного майна і не поширюється на питання: правоздатності подружжя, існування, термін дії чи визнання шлюбу; зобов'язання з утримання; правонаступництва на майно померлого подружжя; соціального забезпечення; прав у разі розлучення, сепарації або скасування шлюбу, на пенсію за вислугу років або пенсію по інвалідності, нараховану під час шлюбу, та які не принесли пенсійного доходу під час шлюбу; характеру права власності на майно; будь-які записи у реєстрі прав на нерухоме або рухоме майно. Згідно зі ст. 5 Регламенту, у разі якщо суд розглядає справу про розлучення, встановлення режиму окремого проживання подружжя, скасування шлюбу, то цей суд і має юрисдикцію щодо питань про шлюбний майновий режим.

З метою підвищення правової визначеності, передбачуваності та самостійності сторін Регламент Ради ЄС № 2016/1103 надає можливість подружжю укладати договір про вибір права, що регулюватиме їхні відносини. Згідно зі ст. 22 Регламенту подружжя або наречені можуть визначити або змінити закон, що буде застосовуватися до їхнього шлюбного майнового режиму, за умови, що це: а) закон держави, в якій подружжя або майбутні подружжя, або один з них звичайно проживає на момент укладення договору; або б) закон держави громадянства подружжя або майбутнього подружжя на момент укладення договору. Стаття 25 встановлює вимоги до формальної чинності шлюбного договору, зокрема він має бути укладений у письмовій формі, містити дату та бути підписаний обома з подружжя. Будь-яке повідомлення електронними засобами, що підтверджує укладення договору угоди, вважається рівнозначним письмовій формі.

Регламент Ради ЄС № 2016/1104 застосовується тільки до майнових наслідків зареєстрованих партнерств, що мають транскордонну складову, і був прийнятий з метою гарантування парам правової визначеності щодо їх власності, певний ступінь передбачуваності та визначення всіх правил в одному документі (п. 15 преамбули). Тобто мала місце уніфікація правових норм та засад щодо регулювання майнових відносин зареєстрованих партнерств. Більше того, згідно з п. 16

преамбули: “для забезпечення безперебійного функціонування внутрішнього ринку необхідно усунути бар'єри для вільного руху людей, які вступили в зареєстроване партнерство, особливо ті, що створюють труднощі для таких пар в управлінні та розподілі їхньої власності”. Саме для досягнення вказаних цілей Регламент Ради ЄС № 2016/1104 поєднує положення про юрисдикцію, застосовне законодавство, визнання (або прийняття), придатність та виконання рішень, про автентичні документи та угоди. При цьому згідно з п. 17 преамбули “зареєстроване партнерство” визначається тільки для цілей Регламенту, а фактична сутність поняття має бути визначеною у національному законодавстві держав-членів ЄС. При цьому зауважено, що положення цього Регламенту не зобов'язують державу-члена ЄС, законодавство якої не має інституту зареєстрованого партнерства, передбачати його у своєму національному законодавстві.

У зв'язку з тим, що досі не всі держави-члени ЄС визнають зареєстровані партнерства, Регламент Ради ЄС № 2016/1104 встановлює, що судам держави-члена, законодавством якої не передбачено інститут зареєстрованого товариства, у винятковому випадку, потрібно відмовитись від юрисдикції відповідно до цього Регламенту. У такому разі суди повинні діяти швидко, і зацікавлена сторона повинна мати можливість подати справу в будь-яку іншу державу, що має юрисдикцію, незалежно від порядку підстав з одночасною повагою до автономії сторони. Задля підвищення юридичної визначеності, передбачуваності та самостійності сторін Регламент надає можливість сторонам укладати угоду про вибір суду на користь судів держави-члена чинного законодавства або судів держави-члена, відповідно до закону якої було створено зареєстроване партнерство.

Таким чином, обидва Регламенти, як і всі інші, прийняті з метою розвитку сфери свободи, безпеки, утвердження справедливості та вільного руху людей, і містять ряд спільних принципів: пропорційності, правової визначеності; передбачуваності; взаємного визнання судових рішень; автономії сторін; договірному вибору права, що буде застосовуватися; єдності законодавства, що застосовується; переваги мирно-

го врегулювання спору; визнання автентичних документів; поваги до приватного і сімейного життя; недискримінації; гарантування права на ефективний засіб правового захисту та справедливий судовий розгляд тощо. У Регламентах № 2016/1103 та № 2016/1104 у ст. 21 міститься принцип єдності застосовуваного законодавства, згідно з яким законодавство, що застосовується до режиму подружньої власності (власності партнерства), застосовується до всіх активів, які підпадають під цей режим, незалежно від того, де вони розташовані. Водночас у вказаних Регламентах є і відмінні засади, наприклад тільки Регламент Ради ЄС № 2016/1103 містить принцип гарантування шлюбу.

Цікавою, з позиції уніфікації сімейного права в ЄС, є норма п. 25 преамбули Регламенту Ради ЄС № 2016/1104 від 24 червня 2016 року, а саме: “для того, щоб дозволити партнерам користуватися в іншій державі правами, які виникли в результаті майнових наслідків зареєстрованого партнерства, необхідно передбачити адаптацію невідомого права до вимог найближчого еквівалентного права відповідно до законодавства іншої держави-члена ЄС. У контексті такої адаптації слід враховувати цілі та інтереси, які переслідує конкретне речове право, та наслідки, пов’язані з ним. Задля визначення найближчого еквівалентного національного права органи влади або компетентні особи держави, закон яких застосовується до майнових наслідків зареєстрованого товариства, можуть звернутися для отримання додаткової інформації про сутність та наслідки права. З цією метою можуть бути використані існуючі мережі у сфері судової співпраці у цивільних та комерційних справах, а також будь-які інші доступні засоби, що сприяють розумінню закордонного законодавства”<sup>1</sup>.

Безумовно, зарано стверджувати про кодифікацію європейського сімейного права. Ми погоджуємося з Дітером Мартіні, що тільки після продовження загальноєвропейської кодифікації цивільного права,

<sup>1</sup> Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>

можливе прийняття рішення про масштаби та форму систематизації сімейного права.<sup>1</sup>

Чи можна в умовах уніфікації принципів європейського сімейного права говорити про міжнародне сімейне право? На нашу думку, міжнародне сімейне право є частиною міжнародного приватного права і містить правила, що визначають порядок регулювання трансграничних сімейних відносин, а також систему міжнародних інструментів регулювання сімейних відносин. Останніми роками значення міжнародного сімейного права зростає, і процеси уніфікації принципів європейського сімейного права цьому сприяють та є каталізатором до аналогічних процесів на міжнародному рівні. У найближчому майбутньому відмінності між європейським сімейним правом з одного боку, та уніфікованими нормами міжнародного сімейного права – з іншого, будуть майже не помітними, чому сприятимуть і глобалізаційні процеси.

Таким чином, в останні роки не тільки зріс інтерес науковців до гармонізації європейського сімейного права, але і відбулися реальні кроки в цьому напрямі, в тому числі уніфікація колізійних норм у сфері сімейних відносин з іноземним елементом, що містяться в низці регламентів ЄС, та розробка принципів Комісією з європейського сімейного права. Уніфікацію сімейного права в ЄС можна визначити як процес створення єдиних колізійних норм, єдиних або подібних матеріальних норм у сфері регулювання сімейних відносин з метою європеїзації та гарантування вільного руху людей в рамках Європейського Союзу. Ми переконані, що процеси уніфікації європейського сімейного права триватимуть і вони матимуть вирішальне значення для розвитку українського сімейного права.

<sup>1</sup> Dieter Martiny. Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable? URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1612157>



#### 2.4. Проблеми імплементації європейських принципів сімейного права у національне законодавство України

Процес уніфікації принципів європейського сімейного права має значення і для України. Насамперед це зумовлено тим, що в Угоді про асоціацію України з Європейським Союзом визначено обов'язок нашої держави поступово здійснювати адаптацію законодавства до європейського. Тобто національне сімейне законодавство також повинно відповідати європейським засадам.

Серед сучасних тенденцій розвитку приватного права в Україні у контексті європеїзації варто виділити рекодифікацію Цивільного кодексу, і у зв'язку з цим виникає запитання: який вплив цей процес матиме на сімейне законодавство?

Якщо ще п'ять років тому вчені переважно обґрунтовували необхідність саме модернізації Цивільного кодексу України, то останнім часом серед науковців активізувалися дослідження щодо проблем його рекодифікації. Підтвердженням цього є і низка останніх статей провідних вітчизняних вчених, і обговорення проблем рекодифікації на панельній дискусії (“Оновлення цивільного законодавства України: на шляху до європеїзації приватного права”) за участі не тільки науковців, але і суддів Конституційного Суду України, Верховного Суду під модерациєю віце-президента НАПрН України, д.ю.н., професора Н.С. Кузнєцової, в рамках III Харківського міжнародного юридичного форуму, який відбувся 24 та 25 вересня цього року. Серед вчених з доповідями щодо різних проблем та аспектів рекодифікації цивільного законодавства в Україні виступили А. Довгерт, В. Калакура, Ю. Капіца, О. Кот, О. Кохановська, Р. Майданик, С. Погрібний, І. Спасибо-Фатеева, Р. Стефанчук, Є. Харитонов, О. Харитонova та інші.<sup>1</sup>

Виникає запитання: що ж таке рекодифікація? Л.А. Музика у своєму дослідженні звертає увагу на те, що зарубіжні вчені поряд з

<sup>1</sup> На III Харківському міжнародному юридичному форумі обговорили оновлення цивільного законодавства та необхідність європеїзації приватного права. URL: <https://legalforum.nlu.edu.ua/news/na-iii-kharkivskomu-mizhnarodnomu-iurydychnomu-forumu-obhovoryly-onovlennia-tsyvilnoho-zakonodavstva-ta-neobkhdnist-ievropeizatsii-privatnoho-prava/>

терміном “кодифікація” використовують “рекодифікація”, і останній означає як “повторну кодифікацію”, так і “зворотність” кодифікації.<sup>1</sup> Зокрема, такий термін використано в науковій статті Е.Г. Гондіуса ще в 1982 році.<sup>2</sup> А. Довгерт використовує термін “рекодифікація” у значенні “системних суттєвих структурних та змістовних новацій чинного кодексу (чи групи кодексів та законів), без створення нового”.<sup>3</sup>

На думку, Музики Л.А. під рекодифікацією слід розуміти законотворчу діяльність, яка суттєво змінює структуру і обсяг правової регламентації, що входить до вихідного кодексу (або групи кодексів) із урахуванням практики їх застосування, або зміна (в тому числі доповнення чи вилучення) фундаментальних і найбільш істотних положень. І окремо вчений виділяє декодифікацію, яка передбачає таку законотворчу діяльність, що має наслідком втрату чинності кодексу.<sup>4</sup> Ми погоджуємося з такою позицією, тому не кожна наступна кодифікація буде вважатися рекодифікацією. У дисертаційному дослідженні М.В. Сирко обґрунтовує, що в 80-х роках ХХ ст. відбувалася фактично рекодифікація цивільного права в державах Європи.<sup>5</sup>

Загальним висновком наукових доповідей та обговорень на панельній дискусії “Оновлення цивільного законодавства України: на шляху до європеїзації приватного права” є те, що вже назріла нагальна потреба не просто модернізації норм цивільного законодавства, а рекодифікація ЦК України, в тому числі і у зв'язку з тим, що після

<sup>1</sup> Музика Л.А. Що є актуальним для сучасного цивільного законодавства України: модернізація, системне оновлення чи рекодифікація? *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. Вип. 1. С. 147.

<sup>2</sup> Hondius E.H. Recodification of the Law in the Netherlands: The New Civil Code experience. *Netherlands International Law Review*. Volume 29, Issue 3. December 1982. P. 348-367.

<sup>3</sup> Довгерт А. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1: Національна доктрина приватного права: основні методологічні засади. С. 27-41.

<sup>4</sup> Музика Л.А. Що є актуальним для сучасного цивільного законодавства України: модернізація, системне оновлення чи рекодифікація? *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. Вип. 1. С. 149.

<sup>5</sup> Сирко М.В. Цивільний кодекс Франції 1804 року та його вплив на цивільне законодавство країн Європи (на прикладі Польщі та Румунії) : дис. ... канд. юрид. наук : спец.: 12.00.01. Львів, 2015. С. 29.

його прийняття пройшло понад 15 років, через що частина норм не відповідають сучасним потребам у регулюванні суспільних відносин. Під час рекодифікації вчені пропонують встановити, які норми є ефективними та дієвими у регулюванні цивільних відносин, а які навпаки потребують удосконалення, в тому числі відповідно до європейських та міжнародних стандартів. Можна погодитися із висновком С. Погрібного, що критерієм як ефективності, так і дієвості норм є відповідна судова практика.<sup>1</sup> Л. Музика вважає що при кодифікації цивільного законодавства слід дотримуватися таких кроків: “доктрина → законотворчість → практика застосування”.<sup>2</sup> На нашу думку, коли йдеться про рекодифікацію, вказана схема повинна виглядати так: практика застосування → доктрина → законотворчий процес. Тобто процес рекодифікації повинен передбачати ґрунтовний аналіз практики застосування правових норм, зокрема судової, формування на рівні доктрини позиції про дієвість та ефективність окремих норм і відповідно – про прогалини в законодавстві та неефективність інших правових норм і розробку відповідних пропозицій до внесення змін до кодексу.

А. Довгерт зазначає, що процес рекодифікації ЦК України повинен відбуватися за “європейським сценарієм” з урахуванням трансформації суспільства, формування ефективної ринкової економіки, яку науковець розглядає як складову громадянського суспільства, а також євроінтеграційну спрямованість суспільства.<sup>3</sup> Для забезпечення процесу оновлення цивільного законодавства вже створено відповідну робочу групу.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Про рекодифікацію цивільного права, медіацію та мирову угоду говорили судді КЦС ВС на юридичному форумі у Харкові. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/793713/>

<sup>2</sup> Музика Л. Кодифікація та декодифікація: проблемні питання. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. Iunie 2015. С. 52-56.

<sup>3</sup> Довгерт А. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1: Національна доктрина приватного права: основні методологічні засади. С. 30.

<sup>4</sup> Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.07.2019 № 650. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-2019-%D0%BF>

І.В. Спасибо-Фатеева вважає, що, можливо рекодифікація ЦК України призведе до декодифікації Господарського та Сімейного кодексів, і щодо СК України, науковця відначила, що це призвело б до більш повного регулювання фізичних осіб, уникнення дубляжу та конкуренції норм між СК та ЦК, і дозволило позбутися норм, які є відносно “нормативними” та відносно “цивільно-правовими”.<sup>1</sup> На нашу думку, підставою рекодифікації Сімейного кодексу України є саме євроінтеграційні процеси України, а також необхідність приведення сімейного законодавства у відповідність до європейських принципів сімейного права.

Історії розвитку приватного права незалежної України вже поставало питання про доцільність Сімейного кодексу, зокрема під час розробки проекту Цивільного кодексу. Так, робоча група, до складу якої входили С. Головатий, А. Довгерт, Д. Боброва, В. Калакура, Н. Кузнецова, В. Луць, В. Мусіяка, О. Підпригора, О. Пушкін, З. Ромовська, М. Сібільов та Я. Шевченко, вирішували щодо того, чи, враховуючи наявність Кодексу про шлюб та сім’ю, кодифікувати сімейне законодавство в окремий кодекс, чи провести кодифікацію всього приватного права в рамках цивільного кодексу. При другому варіанті передбачалася окрема книга в ЦК України – “Сімейне право”.<sup>2</sup> З.В. Ромовська досить активно відстоювала першу позицію, хоч багато із представників робочої групи вважали другий варіант оптимальнішим.

У результаті було прийнято окремо Цивільний кодекс України 16 січня 2003 року) та Сімейний кодекс України (на рік раніше – 10 січня 2002 року), що набули одночасно чинності з 1 січня 2004

<sup>1</sup> Спасибо-Фатеева І.В. З приводу концепції щодо модернізації Цивільного кодексу України (рекодифікації). *Судебно-юридическая газета*. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/157375-z-privodu-kontseptsiyi-schodo-modernizatsiyi-tsvivilnogo-kodeksu-ukrayini-rekodifikatsiyi?fbclid=IwAR1hflyHbqU1u-NaB93PsuYzDXHCcyFhOPcleGwzr1xj8xVYgoh5x9cq3g>

<sup>2</sup> Ватрас В.А. Кодифікація новітнього сімейного законодавства: історія та сучасність. *Університетські наукові записки*. 2016. № 58. С. 36-37.

року. З 2004 року донині до СК України внесено зміни сорока шістьма законами, останні зміни від 28 серпня 2018 року, а також надано тлумачення у двох рішеннях Конституційного Суду України.

Безперечно, в умовах рекодифікації Цивільного кодексу України можуть обговорюватися пропозиції щодо декодифікації Сімейного кодексу і включення його положень до нового Цивільного кодексу. На нашу думку, враховуючи історію розвитку сімейного законодавства на території України, не один досвід кодифікації сімейного законодавства, позитивну практику застосування норм Сімейного кодексу, безпідставною була б його декодифікація. При цьому ми переконані, що в контексті рекодифікації Цивільного кодексу можлива та необхідна модернізація положень Сімейного кодексу України.<sup>1</sup>

На нашу думку, модернізація Сімейного кодексу України має відбуватися із врахуванням Регламентів Ради ЄС, правових позицій ЄСПЛ, а також принципів розроблених Комісією з європейського сімейного права. І якщо йтиметься про рекодифікацію СК України, у тому у зв'язку із рекодифікацією Цивільного кодексу, то такий процес повинен відбуватися у контексті євроінтеграції із збереженням національної традиції кодифікації сімейного законодавства.

Розглянемо, чи відповідає українське сімейне законодавство європейським принципам сімейного права, розробленим Комісією з європейського сімейного права, зокрема Принципам європейського сімейного права щодо розлучення та утримання між колишнім подружжям<sup>2</sup>, Принципам європейського сімейного права щодо батьківських обов'язків<sup>3</sup>, Принципам європейського сімейного права у сфері

майнових відносин подружжя<sup>1</sup> та Принципам європейського сімейного права щодо права власності, утримання та правонаступництва пар у фактичних союзах<sup>2</sup>. Крім того, необхідно з'ясувати, які принципи варто імплементувати у національне сімейне законодавство.

Перші принципи CEFL в сфері розлучення та утримання були опубліковані в грудні 2004 року. На підставі детальної анкети, що містила 105 питань, експерти підготували двадцять два загальнонаціональних звіти, заснованих на законодавстві станом на 2002 рік. Принципи заохочують колишнє подружжя до договірному регулюванню відносин, проте така угода не є необхідною умовою розлучення. Натомість, коли це необхідно, компетентний орган приймає рішення про всі наслідки розлучення, пов'язані з дітьми та фінансовими аспектами.<sup>3</sup>

Статті 105-107, 109, 110 та 112 СК України відповідають європейським принципам (1:1 - 1:4), зокрема: свободу розірвання шлюбу гарантовано законом; не вимагається певна тривалість шлюбу для його розірвання; процедура розірвання шлюбу визначена законом та здійснюється компетентним органом (як судом, так і адміністративним органом); гарантовано обидва види розлучення (як за взаємною згодою, так і без згоди одного з подружжя).

Водночас Комісія з європейського сімейного права рекомендувала визначити період роздумів: "Якщо подружжя має дітей віком до шістнадцяти років, і вони на початку розлучення погодили усі наслідки в угоді, встановлюється тримісячний період роздумів. Якщо вони не погодили усі наслідки, то вимагається шестимісячний період. Якщо подружжя не має дітей віком до шістнадцяти років і вони погодили в угоді усі наслідки розлучення, то період роздумів не вимагається, якщо вони не погодили усі наслідки – встановлюється тримісячний

<sup>1</sup> Mendzhul M.V. Problems of Reforming Ukrainian Family Law in the Context of European Integration and Recodification of the Civil Code of Ukraine. Juridical sciences and their role in the formation of legal culture of a modern person : collective monograph / A. A. Blinova, R. E. Ennan, K. M. Hlynianaya, O. M. Ivanchenko, etc. Lviv-Toruń : Liha-Pres, 2019. P. 178-179.

<sup>2</sup> Principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>

<sup>3</sup> Principles of european familylaw regarding parental responsibilities. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>

<sup>1</sup> Principles of european family law regarding property relations between spouses. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf>

<sup>2</sup> The Principles of European Family Law Regarding the Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de Facto Unions. <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/English-De-Facto.pdf>

<sup>3</sup> Boele-Woelki, K., 2005. The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*. 1(2), p. 164. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.13>

період роздумів. Також період примирення не вимагається, якщо перед розлученням фактично припинилися шлюбні відносини протягом шести місяців”.

СК України у ст. 111 тільки встановлює, що суд вживає заходів щодо примирення подружжя, якщо це не суперечить моральним засадам суспільства. Строк примирення визначено ст. 240 ЦПК України, зокрема встановлено, що суд може зупинити розгляд справи і призначити подружжю строк для примирення, який не може перевищувати шести місяців. В Україні склалася різноманітна судово-практична практика щодо призначення строків для примирення. Враховуючи принципи, розроблені Комісією з європейського сімейного права, на нашу думку, варто ст. 111 СК України доповнити частиною другою такого змісту: “2. Якщо подружжя має дітей віком до 16 років і до звернення до суду або до початку розгляду справи по суті договором погодили наслідки, визначенні статтею 112-1 цього Кодексу, то строк для примирення становить три місяці, у випадку якщо подружжя не дійшло згоди про правові наслідки розлучення, строк примирення становить шість місяців. Якщо подружжя не має дітей віком до шістнадцяти років і вони не погодили правові наслідки розлучення, передбачені п. в та п. г ч. 2 статті 112-1, встановлюється тримісячний строк на примирення. Період на примирення не встановлюється, якщо перед розлученням було встановлено режим окремого проживання подружжя, що тривав не менше шести місяців, а також у випадку якщо подружжя не має дітей віком до шістнадцяти років і вони погодили правові наслідки розлучення, передбачені п. в та п. г ч. 2 статті 112-1”.

Крім того, необхідно доповнити СК України ст. 112-1 такого змісту: “1. До звернення до суду та до початку розгляду справи по суті подружжя може укласти договір про правові наслідки розірвання шлюбу. 2. Подружжя в договорі повинні дійти згоди щодо: а) здійснення батьківських прав та виконання обов’язків, у тому числі визначення місця проживання дитини після розірвання шлюбу; б) виконання обов’язку по утриманню дитини; в) поділу спільної сумісної власності; г) утримання подружжя. 3. Умови договору, що не відповідають

найкращим інтересам дитини, є недійсними. 4. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню”.

Незважаючи на те що принцип 1:8 Принципів у сфері розлучення та утримання Комісії з європейського сімейного права встановлює, що розлучення без згоди одного з подружжя має бути дозволено, якщо їхні відносини фактично припинилися протягом одного року, стаття 112 СК України є більш ліберальною і передбачає розірвання шлюбу без жодних попередніх умов, а тільки на підставі, якщо буде встановлено, що подальше спільне життя подружжя і збереження шлюбу суперечило б інтересам одного з них, інтересам їхніх дітей, що мають істотне значення.<sup>1</sup>

Глава 9 СК України загалом відповідає принципам у сфері розлучення та утримання Комісії з європейського сімейного права. Проте принципи європейського сімейного права, на відміну від СК України, не обмежують право на утримання такою умовою як непрацездатність одного з подружжя. Принципами CEFL встановлено? що при визначенні утримання на користь одного з колишнього подружжя враховується: потреба одного з подружжя в утриманні, а також здатність іншого надавати таке утримання; здібності, вік та здоров’я; здійснення одним з подружжя догляду за дітьми; розподіл обов’язків під час шлюбу; тривалість шлюбу; рівень життя під час шлюбу; наявність нового шлюбу або довгострокових відносин. На нашу думку, сімейне законодавство України необхідно доповнити відсутніми критеріями.

Принципи європейського сімейного права щодо батьківських обов’язків Комісії з європейського сімейного права спрямовані на забезпечення добробуту дитини. У зв’язку з цим необхідно ст. 7 СК України доповнити такою загальною засадою як добробут дитини. Крім того, сімейне законодавство України варто доповнити принципами автономії дитини (згідно з яким, поважається право дитини

<sup>1</sup> Mendzhul M.V. Problems of Reforming Ukrainian Family Law in the Context of European Integration and Recodification of the Civil Code of Ukraine. Juridical sciences and their role in the formation of legal culture of a modern person : collective monograph / A. A. Blinova, R. E. Ennan, K. M. Hlynyanaya, O. M. Ivanchenko, etc. Lviv-Torun : Liha-Pres, 2019. P. 178-179.



діяти самостійно відповідно до рівня розвитку її здібностей та з урахуванням потреб), захисту інтересів дитини при конфлікті її інтересів з інтересами батьків, недискримінації дитини (діти не повинні бути дискриміновані на таких підставах як стать, раса, колір шкіри, мова, релігія, політичні чи інші переконання, національне, етнічне або соціальне походження, сексуальна орієнтація, інвалідність, майновий стан, місце народження та інші).

Для приведення сімейного законодавства України у відповідність до принципу 3:21 необхідно ст. 160 СК України доповнити нормою про те, що: “Той з батьків, з яким проживає дитина, про зміну місця проживання дитини повинен заздалегідь повідомити іншого з батьків. При виникненні спору про зміну місця проживання дитини, кожен з батьків може звернутися до органу опіки та піклування або суду”. Також необхідно другий абзац частини 1 ст. 161 СК України викласти в такій редакції: “Під час вирішення спору щодо місця проживання малолітньої дитини беруться до уваги ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов’язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, вік дитини, думка дитини, стан її здоров’я, умови проживання батьків, географічна відстань та віддаленість, інші обставини, що мають істотне значення”.

Для приведення положення ст. 177 СК України у відповідність до принципу 3:22 необхідно друге речення частини 1 викласти в такій редакції: “Батьки зобов’язані з належною увагою та старанністю дбати про збереження та, по можливості, збільшення вартості майна дитини, забезпечувати його використання в інтересах дитини”. Положення ст. 178 щодо використання доходу від майна дитини відповідає європейським принципам сімейного права.

Сімейне законодавство України відповідає європейським принципам сімейного права щодо гарантування права дитини на контакт з батьками та іншими родичами (принципи 3:25–3:28), а також про позбавлення та відновлення батьківських прав.

Проте СК України не містить норми про альтернативний порядок вирішення спорів (наприклад, медіацію), при цьому принцип 3:36 встановлює альтернативне вирішення спорів (у всіх спорах щодо

батьківських обов’язків повинні бути доступні механізми альтернативного вирішення спорів). Аналогічну норму необхідно передбачити і в сімейному законодавстві України.

Крім того, важливим є принцип 3:38 – “призначення спеціального представника для дитини”, і на нашу думку, його слід закріпити і в сімейному законодавстві, а саме: “У судовому провадженні, що стосується виконання батьківських обов’язків, у яких може виникнути конфлікт інтересів між дитиною та батьками або ризик добробуту дитини, суд призначає спеціального представника для дитини”.

Сімейне законодавство України відповідає таким європейським принципам сімейного права як рівність, визнання повної правоздатності за кожним із подружжя, участі кожного із подружжя у забезпеченні потреб сім’ї відповідно до його (її) здібностей (включає не тільки матеріальний внесок, але і ведення домашніх справ, виховання дітей), укладення договору щодо сімейної власності за згодою іншого з подружжя, свободи укладення договорів між подружжям щодо їх майна та ін.

Водночас законодавство України не містить положень про захист права користування одним із подружжя житлом, орендованим іншим з подружжя. Згідно з принципами, розробленими CEFL, якщо договір оренди житла для сім’ї уклав один з подружжя, то права щодо нього належать обом з подружжя, і один з подружжя не може без згоди іншого розірвати або змінити договір оренди. Орендодавець зобов’язаний повідомити обох з подружжя про припинення договору оренди. На нашу думку, аналогічні положення необхідно закріпити і в законодавстві України.

Згідно з принципом 4:8 кожен із подружжя зобов’язаний інформувати іншого про свої доходи та борги. Сімейний кодекс України також необхідно доповнити нормою, яка б встановлювала такий обов’язок.

Щодо власності кожного з подружжя та спільної сумісної власності, то глави 7 та 8 СК України загалом відповідають принципам європейського сімейного права, розробленим CEFL, за винятком віднесення речей для професійних занять до спільної сумісної власності. При реформуванні законодавства з метою адаптації його до європей-

ського, слід передбачити віднесення речей для професійних занять до власності одного із подружжя.

Принцип 4:21 встановлює, що заборгованість одного з подружжя є його особистим боргом. До особистих боргів відносять борги, які: виникли до вступу у шлюб; пов'язані з отриманими подарунками, спадщиною; пов'язані з особистою власністю; борги, які мають особистий характер; понесені без необхідної згоди іншого з подружжя. Борги, які виникли у зв'язку із задоволенням потреб сім'ї і які не віднесені до особистих боргів, є спільними боргами. Особисті борги можуть бути стягнуті з особистої власності одного з подружжя. У разі виникнення боргів у зв'язку із вчиненням правопорушення або злочину, їх вартість може бути стягнена із половини спільної сумісної власності, якщо особистого майна не вистачає. Такі ж норми, на нашу думку, необхідно встановити і в СК України.<sup>1</sup>

Норми про розподіл та підстави припинення спільної власності подружжя національного законодавства відповідають принципам європейського сімейного права. Щодо управління власністю подружжя, то згідно з принципами європейського сімейного права, кожен із подружжя має право управляти спільною власністю, крім випадків, для яких необхідне спільне управління, зокрема: а) придбання, відчуження; б) укладання значних договорів позики, гарантій та поруки. Принципи, розроблені CEFL, передбачають право кожного з подружжя звернутися до компетентного органу для отримання права вчиняти певну дію самостійно або оскаржити її. Принципами не визначено, який це повинен бути орган. Ми переконані, що компетентним органом повинен бути суд. Сімейний кодекс України необхідно доповнити нормами про управління майном подружжя, які б відповідали європейським принципам.

<sup>1</sup> Mendzhul M.V. Problems of Reforming Ukrainian Family Law in the Context of European Integration and Recodification of the Civil Code of Ukraine. Juridical sciences and their role in the formation of legal culture of a modern person : collective monograph / A. A. Blinova, R. E. Ennan, K. M. Hlynyanaya, O. M. Ivanchenko, etc. Lviv-Toruń : Liha-Pres, 2019. P. 189-190.

Крім того, СК України слід доповнити новою статтею такого змісту: “Режим спільної сумісної власності припиняється: а) смертю одного з подружжя; б) розірвання шлюбу чи визнання його недійсним; в) зміною режиму за домовленістю між подружжям, укладеним ними договором; г) рішенням суду про режим окремого проживання подружжя. Режим спільної сумісної власності припиняється щодо майна, набутого з дня настання підстав, вказаних у частині 1 цієї статті”.<sup>1</sup>

У серпні 2019 року Комісія з європейського сімейного права оприлюднила п'яту групу принципів щодо права власності, утримання та правонаступництва пар у фактичних союзах.<sup>2</sup> Згідно з аналізом вказаних принципів ми дійшли висновку, що загалом правові засади відносин осіб, що перебувають у фактичних відносинах відповідають принципам, розробленим Комісією з європейського сімейного права.

Проте одразу видно відмінність у застосовуваних термінах: Комісія пропонує терміни “фактичний союз” (під яким розуміють двох людей, що живуть разом як пара та мають міцні відносини), “кваліфікований фактичний союз” (коли особи перебувають у фактичних відносинах принаймні п'ять років або мають спільну дитину) та “партнер” (особа, яка живе у фактичному союзі). Сімейний кодекс України не використовує термін “фактичний союз”, а тільки у ст. 74 встановлює “право на майно жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі”. В науковій літературі зустрічаються терміни “фактичні шлюбні відносини”, “фак-

<sup>1</sup> Менджул М.В. Сімейний кодекс України та принципи європейського сімейного права : питання відповідності. *Закарпатські правові читання* : матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції (11-13 квіт. 2019 року, м. Ужгород) / Ужгородський національний університет ; за заг. ред. О.Я. Рогача, Я.В. Лазура, М.В. Савчина. Ужгород : РІК-У, 2019. Т.2. С. 117 - 122.

<sup>2</sup> Katharina Boele-Woelki, Frédérique Ferrand, Cristina González-Beilfuss, Maarit Jänterä-Jareborg, Nigel Lowe, Dieter Martiny, Velina Todorova. Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions. 2019. 282 p.

тичний шлюб”, “конкубінат”<sup>1</sup>. У судовій практиці застосовуються такі терміни: “фактичні шлюбні стосунки”<sup>2</sup>, “фактичні шлюбні відносини”<sup>3</sup>. На нашу думку, перший термін є невдалою “калькою” з російської мови. Більшість судових рішень винесені у справах про надання права на шлюб особам, які не досягли шлюбного віку, і в мотивувальній частині поряд з такою частою підставою як “вагітність наречених” констатується, що вже склалися фактичні шлюбні відносини. Також є рішення, в яких “фактичні шлюбні відносини” з іншою жінкою (або

чоловіком) є підставою розірвання шлюбу<sup>1</sup>, або сторони просять встановити факт проживання однією сім’єю без укладання шлюбу та перебування у фактичних шлюбних відносинах<sup>2</sup>. Водночас, на нашу думку, не правильним є застосування судами терміна “фактичні шлюбні відносини” до відносин між подружжям, що перебувають у зареєстрованому шлюбі, і у випадку фактичного припинення відносин між ними правильним є застосування терміна “фактичне припинення шлюбних відносин”, і аж ніяк не формулювання “фактичні шлюбні відносини між ними припинені”, як це має місце, у низці судових рішень.<sup>3</sup>

Таким чином, після слів “однією сім’єю” у ст. 74 СК України варто додати слова у дужках “перебувають у фактичному союзі” – для приведення цієї норми до європейських стандартів. Крім того, СК України варто доповнити ст. 26-1 такого змісту: “26-1. Фактичний союз. 1. Якщо дві особи (партнери) проживають разом, мають сталі відносини на засадах любові та взаємоповаги, ведуть спільне господарство, то вони перебувають у фактичному союзі. 2. Довготривалим є фактичний союз, в якому партнери перебувають понад п’ять років. 3. Партнери мають рівні права та обов’язки у фактичному союзі”.

<sup>1</sup> Рішення Ленінського районного суду м.Харкова від 1 жовтня 2018 року по справі № 642/4561/18. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76833850> ; Рішення Самбірського міськрайонного суду Львівської області від 20 серпня 2019 р. у справі № 636/1047/19. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84204027> ; Рішення Кам’янець-Подільського міськрайонного суду Хмельницької області від 22 листопада 2017 року. у справі № 676/3483/17. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70515138>

<sup>2</sup> Рішення Київського районного суду м. Харкова від 8 листопада 2017 р. по справі № 640/13713/17. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70309973> ; Рішення Дунаєвського районного суду Хмельницької області від 21 лютого 2018 року у справі № 674/1603/17. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72373331> ; Рішення Березівського районного суду Закарпатської області від 15 березня 2018 року у справі № 297/193/18 <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72842340>

<sup>3</sup> Рішення Петриківського районного суду Дніпропетровської області від 7 листопада 2017 р. у справі № 187/1093/17. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70147932> ; Рішення Петриківського районного суду Дніпропетровської області від 15 листопада 2017 р. у справі № 187/864/17. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70550842> ; Рішення Петриківського районного суду Дніпропетровської області від 10 січня 2018 р. у справі № 187/1341/17. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71580548>

<sup>1</sup> Бойків І.М. Шлюб та фактичні шлюбні відносини в Україні: порівняльно-правовий аспект. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. Вип. 5 (20). С. 56-59 ; Григор’єва А. Фактичні шлюбні відносини: особливості правового регулювання в Україні та інших державах. *Национальный юридический журнал: теория и практика*. Octombrie 2014. С. 83-89 ; Кириченко Т. С. Поняття “конкубінат”: проблемні питання, підстави виникнення. *Право і безпека*. 2010. № 3 (35). С. 221-224 ; Войнарська О. Фактичні шлюбні відносини як одна із форм співжиття жінки та чоловіка. *Юридична Україна*. 2015. № 3. С. 44-54 ; Маланчук Т.В., Мельник І.А. Майнові відносини у фактичному шлюбі: зарубіжний досвід та проблеми правового регулювання в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 3. С. 65-67 ; Петрченко С.А. Державна реєстрація шлюбу та фактичні шлюбні відносини в Україні: порівняльно-правовий аспект. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2014. Вип. 5. Т. 1. С. 222-225 ; Ревуцька І. “Інші” підстави створення сім’ї. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 1/1. С. 97-100 ; Сафончик О.І. Деякі питання правового регулювання правовідносин “фактичного подружжя” щодо взаємного утримання. *Актуальні проблеми держави і права*. 2010. С. 199-204.

<sup>2</sup> Рішення Снігурівського районного суду Миколаївської області від 24 жовтня 2007 року по справі № № 2-0-135/2007. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/4012848>

<sup>3</sup> Рішення Решетилівського районного суду Полтавської області від 13 лютого 2007 року по справі №2-о-8/07. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/843133> ; Рішення Шишацького районного суду Полтавської області від 23 червня 2014 року по справі № 551/642/14-ц. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39362141> ; Рішення Хмельницького міськрайонного суду від 29 жовтня 2018 року у справі № 686/17253/18. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77443593> ; Рішення Сарненського районного суду Рівненської області від 15 липня 2019 року у справі № 572/1960/19. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83050470>

Водночас ми не зовсім погоджуємося із доцільністю запровадження у СК України положень, закріплених у принципі 5:3, зокрема щодо того, що застосування принципів не виключається, якщо один або обидва партнери перебувають у шлюбі або зареєстрованому партнерстві з третьою особою. На нашу думку, це ставить під сумнів принцип моногамії, який наразі у багатьох європейських державах поширено не тільки на шлюбні відносини, але і на зареєстровані партнерства.

Для приведення норм СК України у відповідність до принципів 5:5 та 5:6 необхідно ст. 74 доповнити новими частинами такого змісту: “3. Кожен з партнерів повинен брати участь у витратах по забезпеченню фактичного союзу відповідно до своїх можливостей. 4. Якщо партнери перебували у тривалому фактичному союзі не менше п’яти років або мають спільну дитину, що є неповнолітньою або перебуває у них на утриманні після досягнення повноліття, то будь-який акт розпорядження правом власності на будинок чи інше житло, в якому партнери проживають, або предмети домашнього вжитку, вчиняється зі згоди обох партнерів. Будь-який акт розпорядження таким майном, вчинений одним партнером без згоди іншого, буде дійсний, якщо він погодить акт розпорядження. У випадку відмови партнера дати згоду на розпорядження майном, інший з партнерів може звернутися за наданням дозволу до суду. Акт розпорядження майном, вчинений з порушенням вказаних вимог, може бути оскаржений до суду партнером, що не надав згоду”.

Принцип 5:7 передбачає принцип свободи укладення договорів між партнерами. Саме тому необхідно СК доповнити новою ст. 74-1 такого змісту: “Договори між партнерами. 1. Партнери, що перебувають у фактичному союзі, можуть укласти між собою договори, що визначають їх особисті та майнові відносини. Договір між партнерами може бути укладений до і під час фактичного союзу, а також після його припинення. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. Суд має право визнати договір не дійсним, якщо він ставить одного з партнерів у край невігідне положення або суперечить цьому Кодексу”.

Загалом норми СК України відповідають принципам 5:10–5:12. Водночас відсутні норми, які б регулювали борги партнерів фактичного союзу, тому, згідно з принципом 5:13, ст. 74 СК України слід доповнити новою частиною такого змісту: “5. Кожен з партнерів несе самостійну відповідальність за власні борги. Партнери несуть солідарну відповідальність за борги, які виникли спільно. Спільні борги можуть бути стягнуті із спільної власності партнерів та власності кожного партнера, але тільки в розмірі частки боргу партнера”.

Для узгодження положень СК України із принципом 5:15 необхідно доповнити ст. 74 новою частиною такого змісту: “6. Після припинення фактичного союзу кожен з партнерів набуває майно у власність окремо. Спільна власність, набута партнерами під час фактичного союзу, може бути поділена ними за договором, що укладається письмово та нотаріально посвідчується. У випадку неможливості добровільно домовитися про поділ майна партнерами, такий поділ може бути здійснено за рішенням суду”.

Комісія з європейського сімейного права в принципі 5:16 встановлює компенсацію за внесок у майно, бізнес чи професію іншого партнера. На нашу думку, така норма повинна бути передбачена не тільки для фактичного союзу, але і зареєстрованого шлюбу. Саме тому пропонуємо СК України доповнити новою ст. 74-2 такого змісту: “Право на компенсацію. 1. Право на компенсацію має той з подружжя (або партнер у фактичному союзі), котрий зробив фінансовий чи інший внесок у майно, підприємницьку діяльність чи професію іншого з подружжя (партнера). Розрахунок компенсації повинен враховувати будь-яке збільшення або зменшення вартості майна чи розміру внеску в підприємницьку діяльність чи професію. 2. Той з подружжя (або партнер), який зробив фінансовий чи інший внесок у спільне домогосподарство, має право на компенсацію, якщо внесок був значним порівняно із внеском іншого з подружжя (партнера) або внесок призвів до значних негативних наслідків щодо його доходу, майна чи професії. 3. Компенсація повинна виплачуватися в грошовій формі, якщо подружжя (партнери) не домовляться про інше. 4. Подружжя (партнери) можуть домовитися



щодо подальшого використання одним із них предметів домашнього вжитку або їх поділ. Якщо партнери не досягли згоди і перебували у довготривалих відносинах принаймні п'ять років або мають спільну дитину, яка є неповнолітньою чи перебуває на утриманні, суд може дозволити одному з партнерів продовжувати користуватися домашніми та побутовими предметами в інтересах сім'ї”.

Для приведення СК України у відповідність з рекомендованими Комісією з європейського сімейного права принципами 5:19 – 5:21, необхідно статтю 91 викласти в такій редакції: “Право на утримання партнерів у фактичному союзі. 1. Після припинення фактичного союзу кожен із партнерів повинен утримувати себе самостійно. 2. Якщо особи, які не перебувають у шлюбі між собою, тривалий час проживали у фактичному союзі, принаймні п'ять років, той із них, хто став непрацездатним під час спільного проживання або має недостатньо коштів для прожиття, має право на утримання відповідно до статті 76 цього Кодексу. 3. Партнер має право на утримання в разі проживання з нею (ним) їхньої дитини, відповідно до частин другої – четвертої статті 84 та статей 86 і 88 цього Кодексу. 4. При призначенні аліментів враховується: а) догляд за дітьми; б) розподіл обов'язків під час фактичного союзу; в) вік, здоров'я та працездатність партнерів; г) тривалість фактичного союзу; д) наявність зареєстрованого шлюб та інших утриманців. 5. Право жінки та чоловіка на утримання припиняється з підстав, встановлених пунктами 2 і 4 статті 83, статтями 85, 87 і 89 цього Кодексу”.

Глава VI Принципів щодо права власності, утримання та правонаступництва пар у фактичних союзах, розроблених Комісією з європейського сімейного права, стосується гарантій під час смерті одного з партнерів. Зокрема, законодавством повинно бути передбачено право на користування будинком померлого протягом шести місяців, право орендувати сімейне житло, а також право спадкувати нарівні із подружжям. У зв'язку з цим необхідно СК України доповнити ст. 74-3: “Право партнера на користування майном. 1. Кожен з партнерів, що перебувають у фактичному союзі мають право на користування май-

ном іншого партнера. 2. У випадку смерті одного з партнерів, інший з партнерів має право користування житлом, що належало померлому, протягом шести місяців, а також має право на постійне використання предметів домашнього вжитку. 3. Партнер, що пережив іншого з партнерів, має право орендувати будинок чи інше житло, в якому вони проживали разом”. Для узгодження законодавства України із принципом 5:24 необхідно ст. 1261 ЦК України доповнити частиною 2 такого змісту: “2. Партнер, що пережив іншого з партнерів, має таке ж право на спадкування, як і подружжя, за умови, що він перебував у міцних стосунках із померлим на момент смерті і такі стосунки тривали щонайменше п'ять років та є спільна дитина”.

Положення СК України відповідають принципу 5:26 щодо забезпечення рівності при розгляді сімейних спорів, як подружжям, так і фактичним партнерам. Щодо принципу 5:27, то ми вже звертали увагу на необхідність доповнення СК України нормою про альтернативне вирішення спорів, і на нашу думку, ст. 18 має бути доповнена третьою частиною такого змісту: “3. Кожному учаснику сімейних відносин гарантується доступ до альтернативних механізмів вирішення спорів, в тому числі медіації”.

Проведений аналіз показав, що Сімейний кодекс України загалом побудований на принципах європейського сімейного права, що, безумовно, сприятиме гармонізації законодавства України та ЄС. Водночас необхідна і концептуальна модернізація СК України у контексті євроїзації.

## РОЗДІЛ 3.

### РІВНІСТЬ ЯК ФУНДАМЕНТАЛЬНИЙ ПРИНЦИП РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

#### 3.1. Концептуальні засади рівності у регулюванні сімейних відносин

Принцип рівності є одним із фундаментальних загальноправових принципів, який є визначальним для регулювання сімейних відносин. Для з'ясування важливості засади рівності у регулюванні сімейних відносин необхідно насамперед дослідити поняття та сутність принципу рівності.

При аналізі афінських джерел дослідники виявили різні терміни, які в перекладі означали рівність, і найбільш важливим, на їхню думку, був "ісономія". Водночас науковці не дійшли згоди щодо його змістовного наповнення, зокрема: чи означав він тільки політичну рівність (у демократичному управлінні), чи означав "рівність, захищену правом", чи об'єднував обидва прояви рівності.<sup>1</sup> Проте як в античний період, так і в середні віки право загалом не було побудоване на засадах рівності, містило суттєві відмінності за різними ознаками (статі, релігійних переконань, майнового стану, місця проживання тощо).

Переконання, що всі люди рівні, знайшло своє обґрунтування у працях Т. Гоббса, Дж. Локка, Вольтера, І. Канта та інших, і це стало підґрунтям для утвердження у XVIII-XX століттях ідеї загальної рівності, а з другої половини XX століття – також ідеї заборони дискримінації.

На теренах України принцип рівності формально був закріплений ще у Конституції УРСР 1919 р., і наступні конституційні акти його

також фіксували.<sup>1</sup> Проте у радянський період принцип рівності мав формальний характер і, в силу обмеженості багатьох прав людини, не гарантував реальної рівності.

Конституція України закріплює як принцип рівності (ст. 21, 24), так і окремі його елементи, а саме: заборону дискримінації (ч. 2 ст. 24), рівність чоловіка та жінки (ч. 3 ст. 24), у тому числі у шлюбі та сім'ї (ч. 1 ст. 51), рівність перед законом суб'єктів права власності (ч. 4 ст. 13), рівність об'єднань громадян, і в тому числі профспілок (ч. 3 та 5 ст. 36), рівність громадян у доступі до публічної служби (ч. 2 ст. 38), рівність дітей (ч. 1 ст. 52), рівність учасників судового процесу (п. 1 ч. 2 ст. 129). Науковці так само виділяють принцип гендерної рівності, принцип рівності громадян перед законом<sup>2</sup> і т.п., що, на нашу думку, є системоутворюючими складовими загального принципу рівності.

Усталеною є позиція в науковій літературі, з якою слід погодитися, що рівність є елементом загальної категорії верховенства права та впливає з гідності людини, тобто властивості людини, яку вона має з народження і яка притаманна їй не залежно від біологічних чи соціальних особливостей.<sup>3</sup>

Ю.В. Цюкало зауважує, що доволі часто справедливість розглядають як рівність пропорцій або як концепцію пропорційності засобів та мети. Науковець в ході дослідження обґрунтовує висновок, що у процесі реалізації права справедливість проявляється у рівності всіх перед законом, цілях законодавця та засобах, відповідності правопорушення санкціям.<sup>4</sup> Як справедливість можна розглядати через рівність, так і рівність базується на справедливому поділі та доступі до

<sup>1</sup> Чехович Т.В. Правові та історичні передумови закріплення конституційного принципу рівності громадян перед законом у Конституції України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. Вип. 2(17). С. 19-20.

<sup>2</sup> Чехович Т.В. Механізм гарантування реалізації принципу рівності громадян перед законом у сфері публічного управління. *Журнал східноєвропейського права*. 2018. № 52. С. 72-83.

<sup>3</sup> Фаловська І.М. Генеза відображення принципу рівності в конституційних актах України. *Конституційно-правові академічні студії*. 2016. № 2. С. 40.

<sup>4</sup> Цюкало Ю.В. Принцип справедливості у цивільно-правовому аспекті. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2013. Вип. 644. Правознавство. С. 72-74.

<sup>1</sup> Гаудер Пол. Верховенство права в реальному світі / пер. з англ. Д. Вовк, В. Гончаров, К. Горобець та ін.; кер. проекту Д. Лунченко, наук. ред. Д. Вовк. Харків: Право, 2018. С. 142-143.

можливостей. Безперечно, це взаємопов'язані категорії, які лежать як в основі верховенства права, так і є проявами сутності права.

Венеційська комісія вважає, що серед стрижневих елементів поняття “the Rule of Law” є недискримінація та рівність перед законом, також такими елементами вона вважає законність, юридичну визначеність, заборону свавільності, доступ до правосуддя та повагу до прав людини.<sup>1</sup>

Незважаючи на думку С.П. Погребняка, що усталеним у всі часи було розуміння рівності як вимоги діяти в однакових випадках однаково, а у відмінних – відмінно, серед сучасних вчених немає єдності у розумінні принципу рівності. У науковій літературі обґрунтовано, що формальна рівність можливостей реалізується у праві за допомогою таких взаємопов'язаних принципів: рівності перед законом; рівності перед судом; рівності прав та свобод людини та громадянина; рівності обов'язків людини та громадянина.<sup>2</sup>

Т.В. Жалій зауважує, що реалізація принципу рівності передбачає існування справедливого суспільного устрою, в якому політико-правові реалії забезпечують максимальне дотримання прав особи.<sup>3</sup> Г.С. Журавльова вважає, що принцип рівності є “ідеєю, яка виражається в таких основних положеннях: установлення та застосування єдиних правових засобів, що становлять основу механізму правового регулювання, тобто норм права, юридичних фактів, актів реалізації прав і обов'язків для всіх учасників суспільних відносин; передбачення системи винятків із загального режиму правового регулювання для окремих учасників суспільних відносин; передбачення системи організаційних засобів, необхідних для реалізації прав і обов'язків учасників суспільних відносин, у тому числі конституційних прав та обов'язків”.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Мірило правовладдя. Дослідження № 711/2013, ухвалено Венеційською комісією на 106му пленарному засіданні (Венеція, 1112 березня 2016 року). С. 14. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-ukr)

<sup>2</sup> Погребняк С.П. Основні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. Харків. 2008. С. 75, 82-84.

<sup>3</sup> Жалій Т.В. Юридичне закріплення принципу рівності прав чоловіків і жінок в національному законодавстві України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 3-1. С. 94.

<sup>4</sup> Журавльова Г.С. Змістовні аспекти принципу рівності у конституційному праві. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2016. Вип. 2. Том 1. С. 46.

З точки зору приватного права, юридичну рівність досить часто розглядають як однаковість юридичних властивостей правоздатності, що проявляється у незалежності правоздатностей одна від одної різних суб'єктів, а також незмінності правоздатності залежно від участі в різних правових відносинах.<sup>1</sup>

Принцип рівності гарантує формально-юридичну рівність і не може забезпечити фактичну рівність, яка не може бути досягнута в силу фізичних, розумових та інших індивідуальних особливостей кожної людини. Принцип рівності може передбачати диференціацію залежно від віку, статі, стану здоров'я та інших ознак, яка має “вирівнювальне” спрямування.

На думку Г.С. Журавльової рівність можливостей передбачає утворення двох систем: систему, що включає винятки із загального режиму правового регулювання; систему організаційних засобів, які мають на меті забезпечити реалізацію прав та обов'язків учасників відносин.<sup>2</sup> На думку автора, принцип рівності має передбачати, крім вказаних науковицею систем, також систему позитивних дій з боку держави для забезпечення реальної, а не формальної рівності.

Поряд з традиційною ідеєю формальної рівності, набула поширення ідея про рівність результатів. Досить часто рівність ототожнюють із справедливим розподілом соціальних благ між членами суспільства. Проте справедливий розподіл не завжди означає рівномірний розподіл, а насамперед має встановлювати рівні можливості у розподілі таких ресурсів.

С.Б. Боднар зазначає, що завдяки абстрагованості та формальності рівність стає способом та принципом правового регулювання. Науковець також обґрунтовує, що складовим елементом рівності є те, що до всіх суб'єктів має застосовуватися неоднакове ставлення (справдливо-

<sup>1</sup> Басай О.В. Принцип юридичної рівності учасників цивільних правовідносин. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 65. С. 360 ; Алексеев С.С. Предмет советского гражданского права и метод гражданско-правового регулирования. *Антология уральской цивилистики (1925-1989)* : сб. статей. Москва : Статут, 2001. С. 16.

<sup>2</sup> Журавльова Г.С. Принцип рівності та заборони дискримінації у конституційному праві : монографія / відп. ред. М.В. Савчин. Запоріжжя : СТАТУС, 2017. С. 83.

ва нерівність).<sup>1</sup> Елементи раціональності в цій позиції є, адже досить часто можна досягти рівності тільки завдяки позитивній дискримінації (позитивній практиці).

Погоджуємося з С.П. Погребняком, що реальну рівність в праві можна реалізувати тільки за допомогою таких принципів як диференціація правового регулювання та позитивна дискримінація.<sup>2</sup> Науковець також пропонує принцип рівності описувати за допомогою формули “диференційована рівність із можливими позитивними діями”.<sup>3</sup> На увагу заслуговує думка Забокрицького І., що складовою частиною терміна “позитивна дискримінація” є “дискримінація”, яка суперечить принципу рівності, і вже в силу цього є не зовсім вірною, її навряд чи можна вважати такою, що має легітимну мету та є необхідною у демократичному суспільстві. Право, на думку науковця, має створити рамки, що обмежують практики нерівності та створюють можливості кожній людині в умовах рівної конкуренції реалізовувати певне право.<sup>4</sup> Як синонім до позитивної дискримінації застосовують термін “стверджувальні дії держави”.<sup>5</sup> Ми пропонуємо застосовувати замість терміна “позитивна дискримінація” термін “позитивна практика”, що включатиме системні та тимчасові позитивні дії для певних категорій осіб з метою подолання фактичної нерівності. Враховуючи індивідуальні відмінності між людьми, право повинно підходити з диференціацією до регулювання їх відносин і при потребі встановлювати позитивну практику. Позитивні дії мають бути пропорційними поставленій меті, і їх не слід трактувати як невід’ємну складову концепції принципу рівності, а скоріше як виняток.

<sup>1</sup> Боднар С.Б. Рівність у праві – справедлива нерівність. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2006. Вип. 311. С. 25.

<sup>2</sup> Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. Харків. 2008. С. 84-85.

<sup>3</sup> Погребняк С.П. Роль позитивної дискримінації в загальній концепції рівності. *Університетські наукові записки*. 2008. № 1. С. 28.

<sup>4</sup> Забокрицький І. Рівність, гідність та пропорційність як принципи прав людини. 2017. С. 527-528.

<sup>5</sup> Журавльова Г.С. Змістовні аспекти принципу рівності у конституційному праві. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2016. Вип. 2. Т. 1. С. 44.

При аналізі принципу рівності в цивільному праві робиться висновок, що рівність є не тільки принципом, який пронизує систему цивільного права, але і методом (спосіб впливу на суспільні відносини) та критерієм, який розмежовує приватне та публічне право.<sup>1</sup> Те саме відбувається у сімейному праві: принцип рівності є не тільки однією з основних засад сімейно-правового регулювання, але і пронизує низку сімейно-правових інститутів та визначальним чином впливає на метод сімейного права.

Принцип рівності отримав своє тлумачення і в рішеннях Конституційного Суду України та інших судах. За підрахунками С. Рабіновича та О. Панкевича більше третини рішень КСУ або стосуються принципу рівності, або згадують про нього.<sup>2</sup> Досить відомим є рішення КСУ у справі № 1-10/2012 від 12 квітня 2012 року, і в ньому Конституційний Суд України підкреслив, що рівність та недопустимість дискримінації особи є як конституційними принципами України, так і фундаментальними цінностями світового рівня і містяться в ряді міжнародних правових актах (у ст. 1, 2 та 7 Загальної декларації прав людини 1948 р., ст. 14 та 26 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., у ст. 1 Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Рівність, яка гарантується Конституцією України, означає необхідність забезпечення всім людям рівних правових можливостей як матеріального, так і процесуального характеру з метою реалізації ними однакових за змістом та обсягом прав і свобод.<sup>3</sup> У рішенні від 10 травня 2000 року № 8-рп/2000 КСУ відмітив, що рівність перед законом може заборонити привілеї чи обмеження за будь-якими ознаками, в тому числі по-

<sup>1</sup> Басай О.В. Принцип юридичної рівності учасників цивільних правовідносин. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 65. С. 355.

<sup>2</sup> Рабінович С., Панкевич О. Проблеми застосування принципу рівності в захисті прав людини (за матеріалами практики Конституційного Суду України). *Вісник Національної академії правових наук України*. 2015. № 3 (82). С. 8.

<sup>3</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Трояна Антона Павловича щодо офіційного тлумачення положень статті 24 Конституції України (справа про рівність сторін судового процесу) від 12 квітня 2012 р. № 9-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-12>



літичними, соціальними та ін., якщо це призводить до звуження та послаблення дії принципу верховенства права.<sup>1</sup>

Враховуючи конституційні гарантії, держава повинна забезпечувати реальну рівність, а не формальну чи “видиму”. Водночас, негарантування буквальної рівності не завжди означає порушення принципу рівності. Це випливає і з позиції Конституційного Суду України у рішенні від 7 листопада 2018 р. № 9-р/2018. Зокрема, КСУ дійшов висновку, що “оскільки допомога по догляду за дитиною до досягнення нею трьох років, допомога при народженні дитини та допомога при усиновленні дитини не передбачені в Конституції України, то на них не поширюються гарантії щодо заборони скасування чи звуження змісту та обсягу прав, визначені статтею 22. Крім того, уніфікація вказаних видів державної допомоги не свідчить про те, що держава у такий спосіб ухиляється від обов’язку охороняти сім’ю, дитинство, материнство та батьківство; порушила принцип рівності, право кожного на повагу до гідності, а також на достатній життєвий рівень для себе та сім’ї”.<sup>2</sup>

У постанові Верховного Суду (у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду) від 30 травня 2019 року у справі № 824/195/2018, ВС розкрив принцип рівності з позиції цивільного права як, перш за все, рівність правових можливостей суб’єктів правовідносин, що проявляється в рівності прав учасників цивільного обороту (в загальному статусі, без зв’язку з конкретними правовідносинами) і в рівності правових можливостей учасників конкретних цивільно-правових відносин. Вказаний принцип використовується су-

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України “Про статус народного депутата України” в редакції Закону України “Про внесення змін і доповнень до Закону України “Про статус народного депутата України” від 25 вересня 1997 року (справа про статус народного депутата України) від 10 травня 2000 року № 8-рп/2000. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-00>

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 7 розділу II Закону України “Про запобігання фінансової катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні” від 7 листопада 2018 року № 9-р/2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-18>

дами для забезпечення рівних правових можливостей як при вступі у цивільні правовідносини, так і під час придбання цивільних прав та обов’язків.<sup>1</sup>

Рівність не можна розглядати виключно як формальний критерій, - вона має передбачати однакове ставлення та однаковий доступ до можливостей. Безперечно, принцип рівності не можна розглядати як абсолютну заборону обмежень чи недопустимість привілей. Для певних осіб (наприклад, дітей, непрацездатного одного з подружжя і т.п.) може допускатися відмінне ставлення з метою вирівнювання їх становища (позитивна практика). При цьому критерієм не порушення принципу рівності будуть принципи пропорційності та справедливості.

Науковці також аналізують співвідношення понять “рівність” та “рівносправність” і, зокрема, останній термін розуміють як рівність у правах.<sup>2</sup> Відома і позиція, що люди є рівноправними, а не рівними.<sup>3</sup> Безперечно, рівність - ширше поняття, ніж рівноправність, водночас коли йде мова про принцип рівності як засаду правового регулювання, то йдеться саме про прояви принципу рівності у праві. Крім того, трапляються терміни “правова рівність” та “юридична рівність”, які, на думку вчених, з чим варто погодитися, відображають одне і теж – рівність людей у сфері права.<sup>4</sup>

Принцип рівності є писаним (явним) принципом сімейного права, що пронизує майже всі сімейно-правові інститути. Крім того, він явно зафіксований у ч. 6 ст. 7, ст. 51 та ст. 52, ч. 2 ст. 54, ст. 63 та ст. 70, ст. 141, ст. 142, ч. 2 ст. 175 Сімейного кодексу України, у ст. 3, 4 та

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 30 травня 2019 року у справі № 824/195/2018. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82217805>

<sup>2</sup> Айріян К.Б. Конституційний принцип рівності громадян у доступі до конституційного правосуддя. С. 315. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63813/65-Airyian.pdf?sequence=1>

<sup>3</sup> Васильченко О.П. До питання про співвідношення категорій рівності та рівноправності. *Право і громадянське суспільство*. URL: <http://lclaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/3-4-2013/item/123-do-pytannia-pro-spivvidnoshennia-katehorii-rivnosti-ta-rivnopravnosti-vasylchenko-o-p>

<sup>4</sup> Чепульченко Т.О. Принцип рівності у праві як регулятор суспільних відносин: генеза та загальна характеристика. *Вісник НТУУ “КПІ”. Політологія. Соціологія. Право*. 2014. Вип. 3/4 (23/24). С. 174-175.

11 Закону України “Про охорону дитинства”<sup>1</sup>, в Законі України “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків”<sup>2</sup> тощо. Окремі аспекти дії принципу рівності в сімейних відносинах автором висвітлено в опублікованих тезах конференції.<sup>3</sup>

Принцип рівності найбільш яскраво проявляється у шлюбних відносинах, забезпечуючи рівність чоловіка та жінки як членів подружжя у реалізації ними особистих немайнових та майнових прав, набутті майна, поділу спільного майна, рівності членів фактичного шлюбного союзу, рівності чоловіка та жінки у правах і обов’язках щодо дітей, що ми детально розкриємо в наступних підрозділах.

Особливий прояв принципу рівності у відносинах батьків і дітей. З одного боку, батьки мають опіку над дітьми, управляють їхнім майном, і на перший погляд здається, що існує дисбаланс і певна нерівність. З іншого боку, принцип найкращих інтересів дитини, що передбачає врахування думки дитини у всіх справах щодо неї, право дитини на майно (якщо річ придбана для дитини, задоволення її інтересів), легальний обов’язок батьків управляти майном дитини в її інтересах, право дитини з чотирнадцяти років подати позов до суду для захисту своїх прав, в тому числі і проти батьків, є прикладами позитивних дій, спрямованих на вирівнювання їх становища у сімейних відносинах. Тобто саме щодо дітей можна говорити про приклади позитивної практики.

Принцип рівності лежить в основі регулювання і відносин між іншими членами сім’ї та родичами, інституті усиновлення, опіки та піклування та інших формах влаштування дітей без батьківського піклування. Наприклад, проявом принципу рівності стало надання права не тільки дитині, але і повнолітній особі бути усиновленою, встановлення рівного підходу щодо позбавлення батьківських прав як рідних батьків, так і усиновлювача тощо. Також принцип рівно-

<sup>1</sup> Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 № 2402-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>

<sup>2</sup> Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 08.09.2005 № 2866-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15>

<sup>3</sup> Менджул М.В. До проблеми принципу рівності в правовому регулюванні сімейних відносин. *Закарпатські правові читання* : матеріали V Міжнар. наук.-практ. конф., (м. Ужгород, 25-26 квіт. 2013 р.) / М-во освіти і науки України, Закарпат. держ. ун-т. Ужгород, 2013. С. 243-245.

сті прослідковується у регулюванні особистих немайнових відносин інших родичів та їх обов’язку по утриманню.

Виникає питання щодо співвідношення принципу рівності та принципу недискримінації. Згідно зі ст. 1 Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р.: “дискримінація щодо жінок” означає будь-яке розрізнення, виняток чи обмеження за ознакою статі, спрямовані на послаблення або зведення нанівець визнання, користування чи здійснення жінками, незалежно від їх сімейного стану, прав, основних свобод у будь-якій сфері (в тому числі політичній, соціальній, економічній, громадській, культурній та ін.).<sup>1</sup> Принцип заборони дискримінації щодо можливості здійснення гарантованих прав міститься і в ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>2</sup> та ст. 1 Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.<sup>3</sup>

У постанові від 23 травня 2018 року у справі № 682/966/17 Верховний Суд зауважив, що правова система України, яка є демократичною та правовою державою, ґрунтується на принципах формальної рівності та недискримінації.<sup>4</sup> Суди досить часто застосовують принципи рівності та недискримінації в поєднанні.

Венеційська комісія вважає, що принцип недискримінації вимагає заборону будь-якого необґрунтованого неоднакового ставлення згідно з приписами права і всім гарантується однаковий захист від дискримінації за будь-якою ознакою (раса, колір шкіри, стать, мова, релігія, політичні або інші погляди, національне чи соціальне походження, належність до національної меншини, майновий стан або інші ознаки).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18.12.1979. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_207](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207)

<sup>2</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004)

<sup>3</sup> Протокол № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.2000. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_537](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_537)

<sup>4</sup> Постанова Верховного Суду від 23 травня 2018 року у справі № 682/966/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74342337>

<sup>5</sup> Мірило правовладдя. Дослідження № 711/2013, ухвалено Венеційською комісією на 106му пленарному засіданні (Венеція, 11-12 берез. 2016 року). 170. С. 30. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-ukr)

Науковці по-різному розглядають принцип недискримінації. С. Погребняк вважає, що під впливом ідей чесної рівності можливостей змістилися акценти і в розумінні принципу недискримінації, зокрема як заборони дискримінації.<sup>1</sup> На думку О. Панкевича, принцип заборони дискримінації є формально-юридичним втіленням принципу рівності, який є ширшим за обсягом.<sup>2</sup> О.-М. Бачинська вважає, що принцип недискримінації не допускає обмеження прав, свобод та обов'язків людини у зв'язку із антропологічними або соціальними ознаками. Крім того, науковиця зазначає, що захист від дискримінації є фундаментальним правом людини, визнаним міжнародним правом.<sup>3</sup> З останньою тезою не зовсім можна погодитися, адже заборона дискримінації є елементом механізму гарантування особі здійснення нею основних прав та свобод.

Ю.К. Мороз у своєму дослідженні зазначає, що не має єдності у розумінні принципу недискримінації серед зарубіжних вчених. Одні вважають, що як недискримінація, так і рівність є позитивним та негативним проявом одного поняття, на думку інших – недискримінація є допоміжним поняттям в рамках принципу рівності, і вона є незаконною, коли його порушує. Також зарубіжні автори вважають, що не зовсім коректно говорити про право на “недискримінацію”, оскільки ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод є допоміжним інструментом у реалізації прав, гарантованих ст. 2–13 Конвенції.<sup>4</sup> З останньою позицією можна погодитися, оскільки таке тлумачення ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод підтверджується і практикою ЄСПЛ. Ми пропонуємо застосовувати замість терміна “позитивна дискримінація” термін “поз-

<sup>1</sup> Погребняк С. Роль принципу недискримінації в загальній концепції рівності. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 3(50). С. 26.

<sup>2</sup> Панкевич О. Заборона дискримінації: деякі загальнотеоретичні й філософсько-правові аспекти інтерпретації (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини). *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 3. С. 28.

<sup>3</sup> Бачинська Ольга-Марія. Співвідношення принципів недискримінації та рівності у праві. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 166-167.

<sup>4</sup> Мороз Ю.К. Принцип недискримінації: поняття та співвідношення з принципом рівності. *Наукові записки*. Том 168. Юридичні науки. 2015. С. 40 ; Pennings, F., 2013. Non-Discrimination on the Ground of Nationality in Social Security: What are the Consequences of the Accession of the EU to the ECHR?. *Utrecht Law Review*. 9(1). P. 119.

тивна практика”, що включатиме системні та тимчасові позитивні дії для певних категорій осіб з метою подолання фактичної нерівності. Враховуючи індивідуальні відмінності між людьми, право повинно підходити з диференціацією до регулювання їх відносин і при потребі встановлювати позитивну практику. Позитивні дії мають бути пропорційними поставленій меті, і їх не слід трактувати як невід'ємну складову концепції принципу рівності, а скоріше як виняток.

Ми погоджуємося із думкою С.П. Погребняка, що реалізація принципу недискримінації в юридичній практиці є головним фактором, який засвідчує наявність у правовій системі справедливого балансу між формальною та фактичною рівністю можливостей.<sup>1</sup> На нашу думку, принцип недискримінації впливає із принципу рівності, є похідним від нього.

Частина 5 статті 7 СК України встановлює, що жоден учасник сімейних відносин не може мати привілеїв або обмежень за будь-якою ознакою. Законодавець не закріпив вичерпного переліку можливих дискримінаційних ознак, що є правильним, водночас серед закріплених у ч. 5 ст. 7 такі ознаки: раса, колір шкіри, стать, політичні, релігійні та інші переконання, етнічне та соціальне походження, матеріальний стан, місце проживання, мова та інші.

Закон України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” виділяє пряму та непряму дискримінацію, які відрізняються тим, що при прямій дискримінації з особою (групою осіб) за певною ознакою поводяться не так прихильно, ніж іншими у аналогічних ситуаціях, а при непрямій дискримінації в результаті застосування формально нейтральних норм права, правил, вимог або практики виникають менш сприятливі умови чи становище (ст. 1).<sup>2</sup> Як приклад прямої дискримінації в літературі наводиться відмова у прийнятті на роботу вагітної жінки.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. Харків. 2008. С. 88.

<sup>2</sup> Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06.09.2012 № 5207-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17>

<sup>3</sup> Burri, S.D., 2013. Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law? A Comparison of Legal Contexts and some Case Law of the EU and the ECHR. *Utrecht Law Review*. 9(1). P. 92.

Принцип недискримінації знайшов широке застосування та тлумачення у практиці ЄСПЛ. Так, у рішенні по справі “Stummer v. Austria” Європейський суд з прав людини констатував, що дискримінація має місце, коли по-різному діють до людей у подібних ситуаціях, і для цього нема об’єктивного та розумного обґрунтування (п. 87).<sup>1</sup> У рішенні по справі “D.H. and others v. the Czech Republic” ЄСПЛ зауважив, що ст. 14 Конвенції має захищати і від непрямой дискримінації (п. 161), і у разі коли заявник показує, що значно більше осіб однієї категорії за певною практикою опинилися в невідгідному становищі, виникає презумпція дискримінації, і тягар доказування відсутності дискримінаційного ставлення покладається на державу (п. 163).<sup>2</sup>

Європейський суд з прав людини неодноразово у своїх рішеннях зауважував, що досягнення рівності між людьми незалежно від статі є однією з основних цілей держав-членів Ради Європи, і відмінності у поведженні можуть бути сумісними із Конвенцією, тільки при дуже вагомих причинах (див. рішення від 22 лютого 1994 р. у справі “Burghartz v. Switzerland”, ч. 27<sup>3</sup>, рішення від 24 червня 1993 р. у справі “Schuler-Zraggen v. Switzerland”, ч. 67<sup>4</sup> та інші).

Питання рівності та заборони дискримінації у сімейних відносинах були предметом розгляду Європейського суду з прав людини у низці справ. При цьому позиція ЄСПЛ змінювалася, наприклад у рішенні “Petrovic v. Austria” від 27 березня 1998 року Суд не вирішив, що відмова з боку органів влади Австрії надати заявнику виплати по батьківській відпустці містить елементи дискримінації. В обґрунтуванні рішення було зазначено, що серед європейських держав нема спільного стандарту в цьому питанні, і тільки поступово законодавство окремих держав рухається шляхом рівноправнішого розподілу між чоловіками та жінками відповідальності за виховання своїх дітей,

<sup>1</sup> Case of Stummer v. Austria (application no. 37452/02), 7 July 2011. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/63b34d/pdf>

<sup>2</sup> Case of D.H. and others v. the Czech Republic (application no. 57325/00), 13 November 2007. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-83256%22%5D%7D>

<sup>3</sup> Case of Burghartz v. Switzerland (Application no. 16213/90), 22 February 1994. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57865%22%5D%7D>

<sup>4</sup> Case of Schuler-Zraggen v. Switzerland (Application number 00014518/89), 24.06.1993. URL: <https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2977/gjo-echr-schuler-zraggen-en-pdf.pdf>

і відповідно такі держави надали чоловікам право на батьківську відпустку, проте виплати під час такої відпустки встановили не всі країни (п. 38-43).<sup>1</sup> ЄСПЛ змінив свою позицію при розляді справи “Weller v. Hungary” і констатував дискримінацію на тій підставі, що заявнику було відмовлено в отриманні допомоги при народженні дітей, оскільки громадянином Угорщини був тільки батько (мама - громадянка Румунії). В обґрунтуванні було відмічено, що в цій справі є дискримінація, оскільки, не зважаючи на те, що і батько, і діти були громадянами Угорщини, за діючим угорським законодавством виплати на дітей могла отримати тільки жінка, що є матір'ю дитини і громадянкою Угорщини. Суд не знайшов обґрунтування для такої практики, і відповідно право на допомогу повинна мати сім'я, не залежно від того, хто з двох біологічних батьків є угорським громадянином (п. 34-38).<sup>2</sup>

Досить відомим є рішення ЄСПЛ у справі “Константин Маркін проти Росії” від 7 жовтня 2010 р. По цій справі заявник є військовослужбовцем, 30 вересня 2005 року його дружина М. народила третю дитину, в той же день суд виніс рішення про їх розлучення, а в жовтні вони уклали договір, що троє дітей будуть проживати разом з батьком. Заявнику було відмовлено у наданні відпустки по догляду за дитиною, оскільки він належить до чоловічої статі. ЄСПЛ в рішенні підкреслив, що відпустка по догляду за дитиною та допомога надають можливість одному з батьків доглядати за дітьми, відповідно цим заохочується сімейне життя, і тому це охоплюється сферою дії ст. 8 Конвенції і в поєднанні зі ст. 14 справа є прийнятною. При розляді справи Суд розглянув питання, чи є щодо відпустки по догляду за дитиною відмінності у поведженні з батьками залежно від їх статусу військовослужбовця або статі, і чи є вони допустимими за ст. 14 Конвенції.

При винесенні рішення ЄСПЛ врахував, що може бути відмінність у поведженні щодо відпустки у зв'язку з вагітністю та пологами, що надається з об'єктивних обґрунтованих причин матерям, і в той же час відпустка по догляду за дитиною стосується наступного періоду

<sup>1</sup> Case of Petrovic v. Austria (156/1996/775/976), 27.03.1998. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58146%22%5D%7D>

<sup>2</sup> Case of Weller v. Hungary (Application no. 44399/05), 31.03.2009. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-91993%22%5D%7D>



і має на меті забезпечити право батьків залишитися вдома, щоб здійснювати особистий догляд за дітьми, і при цьому як мати, так і батько перебувають у рівному становищі. Аргументи щодо відсутності загальних стандартів у цьому питанні, а також, що є традиційне сприйняття жінки як основного вихователя дітей, не є, на думку Суду, достатньо обґрунтованими для виключення батька з переліку тих осіб, хто має право на відпустку. Також ЄСПЛ врахував, що за російським законодавством цивільні особи (як чоловіки, так і жінки) мають рівне право на відпустку по догляду за дитиною, а інше ставлення існує тільки до військовослужбовців. Сама система військової дисципліни за своєю природою передбачає можливість накладення обмежень на певні права і свободи військовослужбовців, проте вони мають право на захист, і вступ до збройних сил не може бути підставою для відмови від своїх прав за Конвенцією.

Легітимна мета забезпечення боєздатності армії та захист національної безпеки не надає легітимності особливому поведженню з військовослужбовцями чоловічої статі. При цьому суд враховував, чи може бути завдана шкода боєздатності армії. Зокрема, у справі “Smith and Grady v. the United Kingdom” ЄСПЛ визнав порушення ст. 8 Конвенції у зв’язку із звільненням військовослужбовців із збройних сил через їхню сексуальну орієнтацію і не визнав присутність гомосексуалістів у армії таким, що підриває її боєздатність.<sup>1</sup>

Так само у справі “Константин Маркін проти Росії” ЄСПЛ вирішив, що надання відпустки по догляду за дитиною не може мати такого значного впливу, аби підірвати боєздатність армії, і відповідно відсутні об’єктивні або розумні обґрунтування різного поведження з чоловіками і жінками у цій сфері. На цій підставі ЄСПЛ вирішив, що ненадання права на відпустку по догляду за дитиною тільки чоловікам-військовослужбовцям є дискримінацією та порушенням ст. 14 у взаємозв’язку зі ст. 8 Конвенції.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Case of Smith and Grady v. The United Kingdom ((Applications no. 33985/96 and 33986/96), 27 September 1999. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58408%22%5D%7D>)

<sup>2</sup> Постановление ЕСПЧ “Константин Маркин против России” (жалоба № 30078/06), 07.10.2010. URL: <https://roseurosud.org/tr/st-14/postanovlenie-espch-konstantin-markin-protiv-rossii>

У справі “Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg” Суд вирішив, що відмова в примусовому виконанні рішення про усиновлення не враховує соціальну реальність ситуації, родинні зв’язки, перешкоди, які не дають змогу дитині повністю інтегруватися в сім’ю. Враховуючи найкращі інтереси дитини, люксембурзькі суди не мали нехтувати правовим статусом, який був створений за кордоном (в Перу) і відповідає сімейному життю за змістом ст. 8 Конвенції. ЄСПЛ визнав також і порушення ст. 14 у поєднанні із ст. 8 Конвенції на підставі того, що невизнання рішення про усиновлення призвело до вакууму – зв’язки дитини з її рідними за походженням розірвані, не існує повноцінного зв’язку з прийомною матір’ю. Дитина зазнає нерівного поводження щодо лікування, свободи пересування (потрібна віза для відвідування ряду держав, зокрема Швейцарії), і заявник теж, оскільки постійно проходить різні адміністративні процедури через ненабуття дитиною люксембурзького громадянства.<sup>1</sup>

У своїй практиці ЄСПЛ сформував системоутворючі елементи дискримінації, а саме поведження буде вважатися дискримінаційним, якщо: такому ставленню нема об’єктивного та достатнього виправдання; відсутня легітимна мета; не дотримано пропорційності між засобами та метою (п. 72 рішення ЄСПЛ по справі Абдулазіз, Кабалес і Балкандалі).<sup>2</sup> Такі критерії лягли в основу і легального визначення дискримінації, закріпленого в Законі України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”.

Таким чином, дискримінація може мати місце, якщо: без об’єктивних та розумних підстав з особами, що знаходяться у подібних ситуаціях, по-різному поведуться або навпаки однаково поведуться із особами, які перебувають у різних ситуаціях. Тест на дискримінацію містить такі елементи: дія або ситуація має несприятливий вплив на певну групу осіб у порівнянні з іншими особами; чи є дія або ситуація обґрунтованими та чи є законна мета; чи заходи для досягнення мети є належними, необхідними та пропорційними. Прак-

<sup>1</sup> Case of Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg (Application no. 76240/01), 28 June 2007. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22001-81328%22%5D%7D>)

<sup>2</sup> Рішення ЄСПЛ у справі Абдулазіз, Кабалес і Балкандалі від 28 травня 1985 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_333](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_333)

тика ЄСПЛ підтвердила, що ст. 14 Конвенції не забороняє державі ставитися до різних груп по-різному з метою виправити “фактичну нерівність” між ними.

Г. Христова, на основі аналізу практики ЄСПЛ, виокремлює такі обов’язки держави щодо протидії дискримінації: 1) негативний обов’язок не дискримінувати; 2) позитивний обов’язок забезпечити можливість дієвого користування правами, передбаченими Конвенцією, без дискримінації; 3) позитивний обов’язок вживати заходи захисту громадян від дискримінації з боку приватних осіб; 4) позитивний обов’язок забезпечити, щоб “за різних обставин застосовувалося різне право” (прямо вказаний у справі “Тімменос проти Греції”).<sup>1</sup>

Науковці вважають що ефективна боротьба з дискримінацією має передбачати такі заходи: 1) юридичні дії, спрямовані на гарантування дотримання прав і недопущення дискримінації; 2) освітні програми, які підвищують обізнаність про нетерпимість, заохочують толерантність; 3) діяльність інститутів громадянського суспільства із засудження дискримінації, протидії злочинам на ґрунті ненависті та ворожнечі, надання допомоги жертвам дискримінації.<sup>2</sup> Така позиція ґрунтується на комплексному підході, що включає систему різноманітних заходів, які у поєднанні з державною політикою та адвокаційними заходами громадянського суспільства по протидії дискримінації дають можливість досягти ефективних та дієвих результатів.

Доволі широкого застосування останніми роками набув принцип гендерної рівності, який вже аналізують не тільки науковці та експерти, але і використовують журналісти, політики та законодавець. Беззаперечно, гендерна рівність є елементом принципу рівності і передбачає рівність особи незалежно від статі. Крім гендерної рівності, вчені виділяють принцип рівності громадян, що, на їхню думку, органічно пов’язаний з принципом рівності і виділяється тим, що права громадян зумовлені сферою відносин людини та держави і її інститу-

<sup>1</sup> Христова Г. Позитивні обов’язки держави у сфері протидії дискримінації. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 4 (75). С. 17-18.

<sup>2</sup> Журавльова Г.С. Стверджувальні дії держави та принцип рівності. *Jurnalul Juridic National: Teorie Si Practica*. Iunie 2017. С. 27-28.

ціями.<sup>1</sup> Тобто, залежно від певної ознаки (стать, громадянство і т.д.), виділяють окремі принципи, які по сутності є складовими принципами рівності. В контексті нашого дослідження значення має саме принцип гендерної рівності, зокрема його дія у сімейних відносинах.

У Національній доповіді “Цілі сталого розвитку: Україна” підкреслено необхідність вирішення проблеми забезпечення гендерної рівності в Україні, і зокрема, як приклад гендерної нерівності наводиться суттєвий розрив у середній заробітній платі між чоловіками та жінками (близько 30 %).<sup>2</sup>

Термін “гендер” англійського походження і поступово в його поняття увійшли “соціостатеві характеристики статі, на відміну від біологічних”.<sup>3</sup> Поняття терміна “гендерна рівність” розкривають як : рівність прав чоловіка та жінки<sup>4</sup>; справедливе ставлення до чоловіків та жінок<sup>5</sup>; рівні права для жінок і чоловіків, дівчат і хлопців, їх однакову значущість, можливості, обов’язки та участь у всіх сферах суспільного та приватного життя, рівний доступ до ресурсів та їх розподілу між ними<sup>6</sup>; складову принципу рівності, що охоплює рівність прав, можливостей, створення рівних умов для здійснення прав, гендерну симетрію, а також визначає однаковий правовий статус,

<sup>1</sup> Чехович Т.В. Правові основи конституційного принципу рівності громадян перед законом. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. Вип. 2. Ч. 1. С. 171-172.

<sup>2</sup> Цілі Сталого Розвитку: Україна. Національна доповідь 2017 / Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. С. 9. URL: [http://un.org.ua/images/SDGs\\_NationalReportUA\\_Web\\_1.pdf](http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReportUA_Web_1.pdf)

<sup>3</sup> Карбовська Н., Литвинова Т., Магдюк Л. Інструменти інтегрування концепції соціально-гендерної рівності в роботу органів місцевої влади. Київ, 2010. С. 11.

<sup>4</sup> Жалій Т.В. Юридичне закріплення принципу рівності прав чоловіків і жінок в національному законодавстві України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 3-1. С. 94-95.

<sup>5</sup> Карбовська Н., Литвинова Т., Магдюк Л. Інструменти інтегрування концепції соціально-гендерної рівності в роботу органів місцевої влади. Київ, 2010. С. 4.

<sup>6</sup> Стратегія гендерної рівності Ради Європи на 2018-2023. С. 5. URL: <https://rm.coe.int/prems-041318-gbr-gender-equality-strategy-2023-ukr-new2/16808b35a4>

утверджує основні права як особи-жінки, так і особи-чоловіка.<sup>1</sup> На думку О.А. Явор, високим ступенем верховенства наділені загальносімейні принципи, до яких науковиця відносить також принципи юридичної рівності жінки та чоловіка у сімейних відносинах, шлюб і сім'ю. По суті, науковиця має на увазі саме принцип гендерної рівності, і його дію у сімейному праві.

Поширеною є асоціація гендерної рівності та фемінізму. Щодо розвитку феміністичного руху, то науковці вважають, що на першому етапі мав місце суфражизм (кін. XIX ст. – поч. XX ст., рух за виборчі права жінок), на другому етапі (поч. 60-х р. – кінець 80-х років XX ст.) відбувається відстоювання фактичної рівності чоловіка та жінки, третій етап (з поч. 90-х років XX ст.) пов'язаний із поєднанням руху проти дискримінації жінок із протидією сексуальній експлуатації, насильству в сім'ї, торгівлі людьми тощо.<sup>2</sup> Наприкінці 80-х та на початку 90-х років у США з'явився рух “феміністична юриспруденція”, а також правова теорія фемінізму. На думку однієї з фундаторок цього руху Енн Скейлз, існує шкала рівності: формальна рівність – субстантивна рівність – абсолютна рівність. Науковиця зазначає, що формальної рівності не достатньо, абсолютна рівність є “безкорисним інструментом соціальної політики”, а оптимальною є саме субстантивна рівність, яка найбільш яскраво виражена на позитивній практиці Канади. Енн Скейлз також резюмує, що “жінки є класом, який об'єднаний спільним становищем, і доля однієї жінки субстантивно пов'язана із долею всіх жінок”.<sup>3</sup> Г. Христова вважає, що ідея субстантивної рівності охоплює концепції “рівність можливостей”, “рівність доступу до можливостей” та “рівну цінність результатів”.<sup>4</sup> Таким чи-

<sup>1</sup> Крочук М.І. Гендерна рівність як складова загального принципу рівності. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2011. Вип. 4. С. 470.

<sup>2</sup> Журавльова Г.С. Принцип рівності та заборони дискримінації у конституційному праві: монографія / відп. ред. М.В. Савчин. Запоріжжя: СТАТУС, 2017. С. 99-100.

<sup>3</sup> Енн Скейлз. Фемінізм у праві: активізм, юридична практика та правнична теорія / пер. О. Українця та К. Дудки. Київ, 2019. С. 84-95.

<sup>4</sup> Христова Г. Позитивні обов'язки держави у сфері протидії дискримінації. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 4 (75). С. 13.

ном, рівність розкривається через основні змістовні елементи цього поняття (рівність можливостей, рівність доступу та рівність результатів).

Принцип рівності чоловіків та жінок (гендерної рівності) зафіксований у Конституції України (ст. 24), Статуті Організації Об'єднаних Націй від 26 червня 1945 р.<sup>1</sup>, Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р. (ст. 3), Конвенції про політичні права жінок від 7 липня 1954 р.<sup>2</sup>, Конвенції про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти від 14 грудня 1960 р.<sup>3</sup>, Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р.<sup>4</sup>, Факультативному протоколі до Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок<sup>5</sup>, Конвенціях МОП “Про рівне винагородження чоловіків і жінок за працю рівної цінності № 100” від 29 червня 1951 р.<sup>6</sup>, “Про охорону материнства № 103” від 28 червня 1952 р.<sup>7</sup>, “Про дискримінацію в галузі праці та занять № 111” від 24 червня 1975 р.<sup>8</sup>, “Про рівне ставлення й рівні можливості для трудящих чоловіків і жінок: трудящі із сімейними обов'язками № 156”<sup>9</sup>, Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок

<sup>1</sup> Статут Організації Об'єднаних Націй від 26.06.1945. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010)

<sup>2</sup> Конвенція про політичні права жінок від 7 липня 1954 р. URL: [https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_156](https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_156)

<sup>3</sup> Конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти від 14.12.1960. URL: [https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_174](https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_174)

<sup>4</sup> Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18.12.1979. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_207](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207)

<sup>5</sup> Факультативний протокол до Конвенції про ліквідацію усіх форм дискримінації щодо жінок від 6 жовтня 1999 р. URL: [https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_794](https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_794).

<sup>6</sup> Конвенція про рівне винагородження чоловіків і жінок за працю рівної цінності № 100: МОП, від 29 червня 1951 р. URL: [https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993\\_002](https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_002).

<sup>7</sup> Конвенція про охорону материнства (переглянута в 1952 році) від 28.06.1952 № 103. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993\\_122](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_122)

<sup>8</sup> Конвенція про дискримінацію в галузі праці та занять № 111: Конвенція МОП від 24.06.1975. URL: [https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993\\_161](https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/993_161)

<sup>9</sup> Конвенція МОП про рівне ставлення й рівні можливості для трудящих чоловіків і жінок: трудящі із сімейними обов'язками № 156 від 23 червня 1981 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993\\_010](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_010)

і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами від 11 травня 2011 р.<sup>1</sup>, Мексиканській декларації 1975 р. про рівність жінок та їх вклад у розвиток та мир<sup>2</sup>, Декларації ООН про право на розвиток від 4 грудня 1986 р.<sup>3</sup>, Пекінській декларації від 15 вересня 1995 р.<sup>4</sup>, Декларації тисячоліття ООН від 8 вересня 2000 р.<sup>5</sup>, Договорі про заснування Європейської Спільноти від 25 березня 1957 р. (ст. 2 та 3)<sup>6</sup>, Хартії основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р.<sup>7</sup>, Директиві 2006/54/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 5 липня 2006 року<sup>8</sup>, Рекомендації № Rec (2003) 3 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам “Про збалансоване представництво жінок і чоловіків у процесі прийняття політичних та громадських рішень” від 12 березня 2003 р.<sup>9</sup>, Декларації Комітету міністрів Ради Європи щодо

<sup>1</sup> Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами від 11 травня 2011 р. URL: <https://rm.coe.int/1680096e45>

<sup>2</sup> Мексиканська декларація 1975 года о равенстве женщин и их вкладе в развитие и мир от 02.07.1975. URL: [http://search.ligazakon.ua/1\\_doc2.nsf/link1/MU75006R.html](http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/MU75006R.html)

<sup>3</sup> Декларація про право на розвиток від 04.12.1986. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_301](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_301)

<sup>4</sup> Пекінська декларація від 15 вересня 1995 р. [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_507](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_507)

<sup>5</sup> Декларація тисячоліття Організації Об'єднаних Націй від 08.09.2000. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_621](https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_621)

<sup>6</sup> Договір про заснування Європейської Спільноти від 25.03.1957. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994\\_017](https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_017)

<sup>7</sup> Хартія основних прав Європейського Союзу від 07.12.2000. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_524](https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_524)

<sup>8</sup> Директива 2006/54/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 5 липня 2006 року, що забезпечує застосування принципу рівних можливостей та рівного ставлення до чоловіків і жінок у питаннях працевлаштування та зайнятості (перероблена). URL: <http://old.noborders.org.ua/docs/docs-inter/dyrektyva-200654ec-evropejskohoparlamentu-ta-rady-vid-5-lypnya-2006-roku-scho-zabezpechuje-zastosuvannya-pryntsyphu-rivnyh-mozhlyvostej-ta-rivnoho-stavlennya-do-cholovikiv-i-zhinok-u-rytannyah-prat/>

<sup>9</sup> Рекомендація № Rec (2003) 3 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам “Про збалансоване представництво жінок і чоловіків у процесі прийняття політичних та громадських рішень” від 12 березня 2003 р. URL: [https://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_661](https://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_661)

забезпечення на практиці гендерної рівності від 12 травня 2009 р.<sup>1</sup> тощо.

Закріплення принципу гендерної рівності на конституційному рівні в Україні відповідає європейській практиці конституціоналізму. Наприклад, діюча Конституція Ісландії (прийнята 17 червня 1944 р., із останніми змінами від 18 липня 2013 р.) у ст. 65 встановлює рівність прав жінки та чоловіка.<sup>2</sup> Конституція Фінляндії (прийнята 11 червня 1999 р., набула чинності 1 березня 2000 р.) забороняє дискримінацію за ознакою статі і встановлює, що гендерна рівність “сприяє соціальній та трудовій діяльності, зокрема і рівній оплаті праці та інших умов праці, як це передбачено законом” (ст. 6).<sup>3</sup>

Для утвердження принципу гендерної рівності в Україні було прийнято спеціальний Закон “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків”<sup>4</sup> та Державну соціальну програму забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків.<sup>5</sup>

Історично в нашому суспільстві склалося стереотипне мислення, що основним призначенням жінки є догляд за дітьми і виконання обов'язків по забезпеченню умов для сім'ї. Така позиція, на жаль, є домінуючою в українському суспільстві, що призводить до нерівномірного розподілу неоплачуваної роботи по веденню домашнього господарства, вихованню дітей і т.п. У Стратегії гендерної рівності Ради Європи на 2018-2023 рр. передбачено пропагування рівномірного поділу неоплачуваних домашніх обов'язків та обов'язків щодо догляду за дітьми, без чого неможливо забезпечити баланс між професійним

<sup>1</sup> Декларація Комітету міністрів Рада Європи щодо забезпечення на практиці гендерної рівності від 12 травня 2009 року. URL: <http://gender.at.ua/load/1-1-0-48>

<sup>2</sup> Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, 1944 nr. 33 17. júní. URL: <https://www.althingi.is/lagas/nuna/1944033.html>

<sup>3</sup> Suomen perustuslaki, 11.6.1999/731. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1999/19990731>

<sup>4</sup> Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 08.09.2005, № 2866-IV. URL: <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2866-15>

<sup>5</sup> Про затвердження Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 року : Постанова Кабінету Міністрів України від 11.04.2018 № 273. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/273-2018-%D0%BF>



та сімейним життям жінок і чоловіків. Тільки при досягненні вказаного балансу можливе наближення до реальної гендерної рівності.

Щодо утвердження принципу гендерної рівності в сімейних відносинах, то у п. 15 Пекінської декларації, що була прийнята на IV Всесвітній конференції зі становища жінок 15 вересня 1995 року, підкреслено, що важливе значення для добробуту родин та зміцнення демократії, мають не тільки рівні права жінок та чоловіків, але і можливості та доступ до ресурсів, рівний розподіл сімейних обов'язків, а також гармонійне партнерство між ними.

У статті 23 Хартії основних прав Європейського Союзу встановлено, що принцип рівності чоловіка та жінки не перешкоджає збереженню або прийняттю заходів, які передбачають особливі переваги для недостатньо представленої статі.

Стаття 5 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 22 листопада 1984 р. закріплює рівність чоловіка та жінки у шлюбних відносинах (у зв'язку із вступом до шлюбу, під час шлюбу і його розірвання), а також у відносинах з їхніми дітьми.<sup>1</sup>

У Законі України “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків” встановлено, що державна політика має бути спрямована на забезпечення рівних можливостей жінки і чоловіка, у тому числі і в поєднанні професійних та сімейних обов'язків, підтримку сім'ї, а також підтримку відповідального материнства та батьківства (ст. 3); органи державної влади мають вживати заходів для протидії насильству за ознакою статі (ст. 12); навчальні заклади мають забезпечувати виховання культури гендерної рівності (ст. 21) тощо.

Державна політика, згідно з вищевказаним законом, для забезпечення рівності прав і можливостей жінок та чоловіків має: передбачати утвердження гендерної рівності; не допускати дискримінацію на підставі такої ознаки як стать; застосовувати позитивні дії; запобігати та протидіяти насильству; забезпечити рівну участь жінок та чоловіків у прийнятті важливих рішень; забезпечити рівні можливості для

<sup>1</sup> Протокол № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 22.11.1984 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_804](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_804)

поєднання професійних та сімейних обов'язків; передбачати підтримку сім'ї, формування відповідального материнства та батьківства; гарантувати пропагування серед населення України культури гендерної рівності; захищати від інформації, що дискримінує за ознакою статі.

Згідно зі ст. 6 Закону України “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків” не визнається дискримінацією: спеціальний захист вагітних жінок, а також їх захист під час пологів та грудного вигодовування дитини; обов'язковість строкової військової служби для чоловіків; різний пенсійний вік для жінок та чоловіків, визначений законом; спеціальні вимоги з охорони праці жінок, чоловіків, встановлені для охорони репродуктивного здоров'я; будь-які позитивні дії (спеціальні заходи тимчасового характеру, які здійснюються з правомірною, об'єктивно обґрунтованою метою, спрямовані на усунення юридичної або фактичної нерівності у можливостях реалізовувати на рівних підставах права і свободи).

Серед рішень ЄСПЛ, в яких встановлено гендерну дискримінацію, варто виділити такі: “Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom” (відмінне ставлення щодо возз'єднання з сім'єю імігрантів-чоловіків та імігранток-жінок)<sup>1</sup>, “Emel Boyraz v. Turkey” (доступ до публічної служби, зокрема, в органи безпеки)<sup>2</sup>, “Opuz v. Turkey” (гендерне насильство як форма дискримінації жінок)<sup>3</sup>, “Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal” (дискримінація жінок по статі та віку в контексті їх сексуальності)<sup>4</sup> та інші.

Т. Фулей, аналізуючи судову практику ЄСПЛ в контексті гендерної рівності, зробила висновок, що вже є усталена практика щодо боротьби із насильством над жінками, домашнім насильством, а також за-

<sup>1</sup> Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81), 28 May 1985. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57416%22%7D>

<sup>2</sup> Case of Emel Boyraz v. Turkey (Application no. 61960/08), 2 December 2014. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-148271%22%7D>

<sup>3</sup> Case of Opuz v. Turkey (Application no. 33401/02), 9 June 2009. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-92945%22%7D>

<sup>4</sup> Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal (Application no 17484/15), 25.07.2017. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22002-11630%22%7D>

побігання гендерним стереотипам, сексизму, що відповідає Стратегії гендерної рівності Ради Європи.<sup>1</sup>

Суд Європейського Союзу у 1976 році постановив, що усунення дискримінації за ознакою статі належить до основних особистих прав людини, які є загальними принципами права ЄС, виконання яких суд зобов'язаний забезпечити.<sup>2</sup> Суд Європейського Союзу також досліджував та визнавав дискримінацію жінок у порівнянні з чоловіками у багатьох справах, а саме: “*Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*” (обмеження в пенсійних правах жінок, що працювали неповний робочий день у порівнянні з чоловіками)<sup>3</sup>, “*Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*” (непряма статева дискримінація)<sup>4</sup>, “*Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main*” та “*Silvia Becker v. Land Hessen*” (рівна оплата праці чоловіків та жінок за рівну працю)<sup>5</sup> та інші.

Міжнародний банк реконструкції та розвитку опублікував у 2019 році результати дослідження гендерної рівності, і зокрема, було встановлено, що протягом останнього десятиліття досягнуто значного прогресу щодо юридичної рівності жінок, зокрема у 131 державі було проведено 274 реформи законодавства, які мали на меті забезпечити рівність чоловіків та жінок. При проведенні дослідження враховувалися вісім показників – місце та початок роботи, оплата праці, заміжжя, наявність дітей, підприємницька діяльність, управління активами та отримання пенсії. Наприклад, індикатор “Наявність дітей” включає

<sup>1</sup> Фулей Тетяна. Застосування принципу гендерної рівності у практиці Європейського суду з прав людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 8. С. 179.

<sup>2</sup> Burri, S.D., 2013. Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law? A Comparison of Legal Contexts and some Case Law of the EU and the ECHR. *Utrecht Law Review*. 9(1). P. 82 DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.215>

<sup>3</sup> *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, 13 May 1986, Case 170/84. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170>

<sup>4</sup> *Regina v. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*. 9 February 1999, Case C-167/97. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LV/TXT/?uri=CELEX:61997CJ0167>

<sup>5</sup> *Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main* (Case C-4/02) and *Silvia Becker v. Land Hessen* (Case C-5/02), 23 October 2003. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-4/02&language=en>

закони, що стосуються материнства, батьківства та відпустки по догляду за дітьми. За результатами дослідження, Україна має показник 78,75, Російська Федерація 73,13, а показник 100 мають шість держав – Бельгія, Данія, Франція, Латвія, Люксембург та Швеція. Близькі до України мають показники такі держави: Вірменія – 83,13, Таджикистан – 81,88, Грузія – 79,38, Азербайджан – 78,75, Киргизька Республіка – 76,88, Казахстан – 75,63, Узбекистан – 70,63. Найнижчі показники гендерної рівності в Судані (29,38), ОАЕ (29,38) та Саудівській Аравії (25,63).<sup>1</sup>

Проводяться і національні дослідження, зокрема в листопаді 2018 року було репрезентовано дослідження Національного демократичного інституту в Україні “Національне опитування з питань рівності між чоловіками та жінками”, яке виявило, що 81% жінок та 73% чоловіків в Україні вважають, що рівність чоловіків і жінок є важливим питанням для них.<sup>2</sup> Для порівняння у Казахстані було проведено дослідження гендерної рівності, і більшість респондентів (37,1%) висловили думку, що проблем нема і тільки 14,4% – констатували наявність проблем щодо забезпечення гендерної рівності на дуже високому рівні. Респонденти зауважили, що серед основних проблем, з якими стикаються жінки: рання вагітність – 75,8%, неоплачуване ведення домашнього господарства – 71,4%, робоче та домашнє навантаження – 68,6%. Доволі показовим є високий показник респондентів, які вважають, що жінки не повинні брати участь у політиці (22,7%) і 19% не коментують це питання.<sup>3</sup>

У нордичних державах проводиться цілеспрямована та досить ефективна гендерна політика, що передбачає покращення можливостей жінок на ринку праці, в тому числі і щодо рівної оплати праці, а також рівномірного розподілу батьківських обов'язків. Сприятли-

<sup>1</sup> Women, Business and the Law / International Bank for Reconstruction and Development/ 2019. URL: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/31327/WBL2019.pdf>

<sup>2</sup> 77% респондентів в Україні вважають питання гендерної рівності важливим для них – дослідження. URL: <http://uacrisis.org/ua/69884-gender-equality-survey>

<sup>3</sup> Өскембаева М. Ә., Резвущкина Т. А., Бейсенова А. А. Қазіргі Қазақстандағы әйелдер мен ерлерге қатысты саясат. 2017. С. 9- 11. URL: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/kasachstan/13621.pdf>

ві умови для поєднання материнства та батьківства із трудовою зайнятістю у Швеції привели до зростання показників народжуваності до найвищих в рамках ЄС. Наприклад, чоловіки у Швеції отримали право на відпустку по догляду за дитиною ще у 1974 році. Відпустка по догляду за дитиною оплачується у розмірі 80% від заробітної плати протягом 480 днів, з яких щонайменше 60 днів має взяти батько (партнер).<sup>1</sup>

Важливим для утвердження рівності в сім'ї є недопущення насильства, і зокрема, в Декларації ООН про викорінювання насилля щодо жінок зазначено, що насильство є однією з перепон у досягненні рівності.<sup>2</sup> Більш детально проблему насильства в сім'ї розкрито в окремому підрозділі четвертого розділу.

При аналізі сімейної політики крізь призму гендерної рівності науковці виокремили такі її моделі: 1) пронаталістська модель (типовим представником вважається Франція) передбачає, що держава повинна сприяти підвищенню рівня народжуваності, в тому числі через фінансову підтримку сім'ї крім того характерним є досить високий рівень підтримки матерів, створення умов для поєднання ними професійної зайнятості з материнством; 2) протрадиційна модель передбачає, що головним завданням держави є збереження традиційної нуклеарної сім'ї з чоловіком-годувальником та жінкою-домогосподаркою. Історично ця модель була сформована в Німеччині і не передбачала створення для жінки потрібних умов для поєднання материнства та професійної зайнятості. Проте впроваджені в останні роки реформи засвідчують зміну сімейної політики і поступовий відхід від протрадиційної моделі; 3) проегалітарна модель (типовим представником є Швеція) забезпечує реалізацію гендерної рівності як у публічній, так і приватній сферах. Характерними особливостями цієї моделі є не тільки створення умов для материнства, але і заохочення чоловіків до активної участі у процесі виховання дітей, в тому числі і через ін-

<sup>1</sup> Бурейчак Т., Марценюк Т. Скандинавська утопія? Гендерна рівність і трудові, репродуктивні ресурси у Швеції. *Соціальна політика і гендерна рівність*. 2013. № 6. С. 191-192.

<sup>2</sup> Декларація про викорінювання насилля щодо жінок від 20.12.1993. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_506](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_506)

ститут батьківської відпустки по догляду за дитиною; 4) просімейна модель (у Великій Британії, США, Канаді) передбачає максимальне невтручання держави у сімейне життя. Безперечно, держава надає підтримку сім'ям, але вона обмежена і має цільовий характер. Щодо професійної зайнятості жінок, то так само держава надає обмежену підтримку.<sup>1</sup> Беззаперечно, вказаних моделей в чистому вигляді наразі нема, як правило, застосовуються змішані моделі сімейної політики, що в різних пропорціях поєднують традиційні моделі. В Україні так само змішана модель сімейної політики, яка найбільше тяжіє до пронаталістської.

Таким чином, гендерна рівність ширша, аніж рівність чоловіків та жінок у сімейних відносинах, оскільки передбачає рівність прав незалежно від статі у всіх сферах. У багатьох державах ЄС з метою утвердження гендерної рівності на рівні законодавства визначено квотне представництво жінок навіть у політичних партіях та парламенті. В Україні останніми роками покращилася ситуація щодо утвердження гендерної рівності, але чимало проблем залишається, в тому числі і щодо нерівного розподілу обов'язків у сім'ї, що зумовлює складнощі для жінки у поєднанні виконання сімейних та трудових обов'язків.

Принцип гендерної рівності у сімейних відносинах спрямований на утвердження рівноправності між чоловіком та жінкою у вирішенні всіх питань життя сім'ї, рівномірного розподілу сімейних обов'язків, гарантування балансу поєднання професійних та сімейних обов'язків як чоловіком, так і жінкою, недопущення насильства в сім'ї на основі статі, гарантування партнерських відносин між подружжям. Принцип гендерної рівності повинен бути в основі реформування сімейного законодавства, і він вимагає, щоб норми сімейного права були справедливими у різних випадках і не допускали дискримінації у конкретних відносинах.

Реальної гендерної рівності у сімейних відносинах можна буде досягти у разі ефективної гендерної державної політики, що має: стимулювати проведення гендерно-правових експертиз; впровадити квоти для представництва жінок у всіх сферах зайнятості, окрім тих, які

<sup>1</sup> Гендерна рівність і розвиток: погляд у контексті європейської стратегії України / Центр Разумкова. Київ, 2016. С. 10.

можуть зашкодити їхньому здоров'ю; забезпечити врахування гендерних компонентів у всіх програмах економічного та соціального розвитку; впровадити наскрізно у навчальний процес в системі середньої загальної, професійно-технічної та вищої освіти гендерний компонент; забезпечити внесення до програм курсів підвищення кваліфікації вчителів, публічних службовців питання гендерної рівності; сприяти долаанню гендерних стереотипів та протидіяти дискримінації; сприяти зменшенню розриву в оплаті праці; сприяти діяльності громадських об'єднань у сфері утвердження гендерної рівності та боротьби з насильством в сім'ї і т.п.

Отже, принцип рівності є концептуальною сутністю шлюбних та інших сімейних відносин, утвердженню якого допомагають такі його субпринципи як заборона дискримінації та гендерна рівність.

Дія принципу рівності у сімейному праві передбачає, що: а) норми сімейного права мають передбачати рівність учасників сімейних відносин; б) норми сімейного права мають містити засоби захисту від дискримінаційного ставлення; в) диференціація у правах та обов'язках учасників сімейних відносин допускається тільки за об'єктивно обґрунтованих підстав; г) будь-які привілеї учасника сімейних відносин мають бути визначені законом із дотриманням легітимної мети та принципу пропорційності; д) будь-які додаткові гарантії та права для конкретного учасника сімейних відносин можуть встановлюватися тільки з метою подолання структурної нерівності; е) рівність результату для будь-якого учасника сімейних відносин гарантується законом; є) будь-які порушення принципу рівності у сімейних відносинах можуть бути оскаржені у суді.

### 3.2 Принцип рівності та інститут шлюбу

Фундаментальною засадою регулювання сімейних відносин є принцип рівності, який впливає на трансформацію сучасного законодавства не тільки держав Європейського Союзу, але і України. В рамках цього підрозділу ми проаналізуємо сучасні тенденції розвитку інституту шлюбу під впливом вказаного принципу.

Принцип рівності передбачає відсутність будь-якої нерівності чи обмежень прав особи за певною ознакою. С.П. Рабінович та О.З. Панкевич, досліджуючи принцип рівності, зауважили, що в Конституції України він міститься в 15 статтях.<sup>1</sup> Безперечно, це тільки підтверджує позицію про фундаментальність принципу рівності і його дію та вплив на різні суспільні відносини.

У Конституції України принцип рівності як основну засаду регулювання прав людини визначено в ст. 21 та 24, а вже в ст. 51 гарантовано рівні права та обов'язки членів подружжя у шлюбі та сім'ї. Щодо регулювання інституту шлюбу, то згідно з нормами Конституції України та Сімейного кодексу право укласти шлюб можуть тільки чоловік та жінка. Дискримінаційний підхід щодо віку укладення шлюбу в Україні усунуто 15 березня 2012 року, коли частину першу ст. 22 СК України було викладено в новій редакції, і встановлено однаковий вік для вступу в шлюб у 18 років не залежно від статі.<sup>2</sup>

В науковій літературі щодо поглядів на правову природу шлюбу поряд з традиційною позицією, що шлюб є "таїнством", обґрунтованими є концепції про договірну природу шлюбу та про "шлюб-партнерство". Можна погодитися з позицією С.І. Шимон, що в Україні сімейне законодавство регулює шлюбні відносини на основі концепції "шлюб-статус".<sup>3</sup> Єдине, на нашу думку, елементи договірної концепції також присутні.

Аналіз норм Основного закону України, дає змогу нам виділити такі гарантії права на шлюб:

1) визначальною основою системи гарантій права на шлюб є положення ст. 3 Конституції, зокрема визнання не тільки людини, але і її гідності найвищою соціальною цінністю в нашій державі. Гідність людини є основою для здійснення нею всіх основних прав, у тому

<sup>1</sup> Рабінович С.П., Панкевич О.З. Принципи рівності й недискримінації в конституційному правосудді України. *Право і громадянське суспільство*. 2014. № 1. С. 147.

<sup>2</sup> Менджул М.В. Принцип рівності та право на шлюб. *Конституційно-правові академічні студії*. 2019. № 1. С. 16-17.

<sup>3</sup> Шимон С.І. Правова природа шлюбу за сімейним кодексом України. *Науковий часопис Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова*. Серія 18 : Економіка і право : зб. наук. праць. Київ : Вид-во НПУ імені М. П. Драгоманова, 2015. Вип. 28. С. 157.



числі права на шлюб. І відповідно, обмеження права на шлюб чи його порушення, матиме наслідком посягання на гідність людини.

О. Гришук зазначає: “у правовому вимірі ідея людської гідності реалізується як принцип (цінність) та право людини. Ціннісний характер людської гідності пояснюється взаємозв’язком із правами людини, зокрема її джерельним характером щодо прав і свобод”.<sup>1</sup> С. Шевчук зауважує, що “якщо немає людської гідності, то немає ефективної реалізації, взагалі немає конституційних прав і свобод, або ж вони є, однак залишаються номінальними і не мають жодного юридичного ефекту”.<sup>2</sup>

Тлумачення поняття гідності людини можна віднайти у рішенні Конституційного Суду України № 5-р/2018 від 23 травня 2018 р., зокрема: “...людську гідність слід трактувати як право, яке гарантується статтею 28 Конституції України, і як конституційну цінність, що наповнює сенсом людське буття, а також є фундаментом для інших конституційних прав, мірилом визначення їх сутності та критерієм допустимості можливих обмежень таких прав”.<sup>3</sup> Таким чином, гідність можна розглядати і як джерело права на шлюб, і як критерій допустимого обмеження цього права.

2) Важливою конституційною гарантією права на шлюб є положення про те, що права людини визначають зміст та спрямованість діяльності держави. Відповідно до цього, саме держава повинна створити умови для реалізації права на шлюб, які повинні бути визначені законом та не містити необґрунтованих перепон. І хоча Конституція України не визначає обов’язковою умовою шлюбу його державну реєстрацію, таке положення визначено ст. 21 СК України. Державну реєстрацію науковці

<sup>1</sup> Гришук Оксана. Людська гідність – буттєво-аксіологічний фундамент прав людини. *Право України*. 2018. № 9. С. 25.

<sup>2</sup> Шевчук Станіслав. Людська гідність у системі конституційних цінностей. *Право України*. 2018. № 9. С. 30.

<sup>3</sup> Рішення Конституційного Суду України № 5-р/2018 від 23 травня 2018 р. у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 12 розділу I Закону України “Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України” від 28 грудня 2014 року № 76–VIII. URL: [http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5\\_p\\_2018.pdf](http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/5_p_2018.pdf)

визнають конститутивною ознакою шлюбу в нашій державі. Крім того, з положень ст. 21 СК України можна зробити висновок, що без державної реєстрації шлюб не визнається офіційно укладеним, так само не мають правових наслідків релігійні обряди та церемонії.

Загалом аналіз офіційних статистичних даних України (додаток 1) та ЄС (додаток 3) показує, що в Україні спостерігається тенденція до скорочення чисельності укладених шлюбів. Якщо порівняти показник кількості шлюбів на 1000 населення, то Україна станом на 2011 рік лідирувала в Європі з показником 7,8. Найбільший серед європейських держав показник був на Кіпрі (7,3), Литві (6,3), а найменший в Болгарії (2,9). Проте станом на 2017 р. наша держава має вже показник 6,5, у 2018 р. – 6,0. При цьому у 2017 р. показники у Литві – 7,5, Румунії – 7,3, Кіпрі та Латвії – 6,8.

3) Гарантіями права на шлюб є встановлення в ст. 21 Конституції України фундаментального принципу рівності, а також визнання прав людини невідчужуваними та непорушними, заборони скасування конституційних прав, а також звуження їх змісту та обсягу.

4) Заборона дискримінації за різними ознаками при укладенні шлюбу впливає зі ст. 24 Конституції України. Така конституційна гарантія відповідає міжнародним та європейським стандартам і утверджується в положеннях СК України.

Водночас у законодавстві європейських держав можна зустріти норми, які на наш погляд, суперечать принципу рівності. Наприклад, ст. 126 ЦК Монако встановлює, що вдова не може вступати в новий шлюб до закінчення триста десяти днів з моменту смерті чоловіка.<sup>1</sup> Аналогічні обмеження встановлені і щодо жінок у разі розлучення (ст. 127 ЦК Монако) чи визнання шлюбу недійсним (ст. 128 ЦК Монако). До того ж, ці норми містять обмеження тільки щодо жінок і, на нашу думку, крім порушення принципу рівності, обмежують право на шлюб.

Дискримінаційні норми щодо укладення шлюбу можна віднайти і в інших європейських державах. Так, ст. 36 Конституції Королівства Норвегії, що була прийнята 17 травня 1814 року, встановлює,

<sup>1</sup> Code civil. Portail du Gouvernement Princier. URL: <https://www.legimonaco.mc/305/legismclois.nsf/ViewCode/B4BFAC827B83D2C1C1257BF0002831D5!OpenDocument>

що принц або принцеса, які претендують бути монархом Норвегії, не можуть одружитися без дозволу короля. Такий принц (принцеса) не може стати керівником (чи керівником уряду) іншої держави без згоди короля і парламенту (2/3 голосів). Якщо він (чи вона) порушать встановлені обмеження, то він (вона) та його (її) нащадки втрачають право на норвезький трон. Ця норма діє з останніми змінами конституційним законом від 9 травня 2014 року № 613.<sup>1</sup> Зрозуміло, що принц або принцеса можуть одружитися добровільно із самостійно обраним партнером, проте відсутність згоди короля на шлюб формально може бути підставою усунення від наслідування престолу.

5) Важливою гарантією є норма про вільну згоду при укладенні шлюбу (ст. 51 Конституції України). Вказана конституційна норма знайшла своє втілення і в галузевому законодавстві. Так, відповідно до ст. 24 СК України, заборонено примушування жінки та чоловіка до шлюбу. Більше того, реєстрація шлюбу з особою, яка визнана недієздатною, або з особою, яка з інших причин не усвідомлювала значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, є підставою для визнання шлюбу недійсним.

Таким чином, Конституція України містить систему гарантій, які відповідають міжнародним та європейським стандартам, конкретизуються в нормах національного законодавства, створюють фундаментально основу та “парасольковий” захист такого важливого для кожної людини права, як право на шлюб.<sup>2</sup>

Принцип рівності є ключовою основою системи конституційних гарантій права на шлюб. Водночас, відповідно до ст. 51 Конституції України та ст. 21 Сімейного кодексу України, в Україні шлюб може бути укладений тільки особами різної статі. Виникає запитання: чи не порушується принцип рівності, коли особи однієї статі не мають права укладати шлюб?

<sup>1</sup> Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814. URL: <https://grunnloven.lovdata.no/>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Конституційні гарантії права на шлюб. Конституційно-правове будівництво на зламі епох: пошуки оптимальних моделей : матеріали міжнародної науково-практичної конф. (м. Ужгород, 3-4 трав. 2019 р.). Ужгород : Ужгор. нац. ун-т, 2019. С. 49-52.

Г.С. Журавльова зауважує, що “інтерпретація чи заперечення прав ЛГБТ, їх штучна стигматизація, зокрема через певні законодавчі обмеження чи дискримінаційні практики, порушують також і цілісність особистості, що складає основу права на приватне життя особи”.<sup>1</sup> Г. Дуглас зазначає, що в сім’ї можливе щось особливе, таке що “відхиляється від норми”.<sup>2</sup> П.Л. Еттелбрік зауважила, що “гетеросексуальний чи гомосексуальний, романтичний або платонічний, сексуально-моногамний або немоногамний, з дітьми або без нього – діапазон можливостей сім’ї нескінченний”.<sup>3</sup>

Практика зарубіжних держав щодо одностатевих шлюбів та партнерств різна. Водночас протягом останнього десятиліття у багатьох державах на рівні законодавства чи прецедентної практики дозволено одностатеві шлюби або цивільні партнерства. Данія була першою державою в світі, яка прийняла Закон про зареєстровані партнерства ще в жовтні 1989 році<sup>4</sup>, а усиновлювати дітей такі пари змогли після внесення змін до законодавства в 2002 році.<sup>5</sup> У Норвегії одностатеві пари мають право реєструвати партнерства з 1993 року, у Фінляндії – з 2002 року.

Громадянське партнерство визначено у Законі Великобританії 2004 р. як формальний правовий зв’язок між двома людьми однієї статі, створений з моменту реєстрації один одного цивільними партнерами. Цивільні партнери мають такі самі права, як і подружжя у сфері спадкування, податкового законодавства, у випадку розриву відносин.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Журавльова Г. Принцип гендерної рівності: Україна та міжнародний досвід. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 2/1. С. 70.

<sup>2</sup> Douglas G. An Introduction to Family Law (2nd. ed., Oxford University Press, 2004.) атр. 1.16 2 SCR [1995].

<sup>3</sup> P.L. Ettelbrick. Wedlock alert: A comment on lesbian and gay family recognition, (1996) *Journal of Law and Policy*. NO. 1. P. 121.

<sup>4</sup> Ensimmäinen homoseksuaalien rekisteröity parisuhde 20 vuotta. URL: <https://yle.fi/uutiset/3-5891104>

<sup>5</sup> Kirsti Strøm Bull, John Asland. Partnerskap. URL: <https://snl.no/partnerskap>

<sup>6</sup> Civil Partnership Act 2004, 18th November 2004. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/>

З березня 2014 року Закон 2013 р.<sup>1</sup> узаконив шлюби одностатевих пар в Англії та Уельсі, у Шотландії – з 2014 року.<sup>2</sup>

В багатьох європейських державах досі можна реєструвати тільки цивільне партнерство, в тому числі в Андоррі (з 2014 р.), Естонії (з 2016 р.), Італії (з 2016 р.), Сан-Марино (з 2018 р.), Словенії (з 2006 р.), Чеській Республіці (з 2006 р.), Швейцарії (з 2007 р.), Хорватії (з 2014 р.), Угорщині (з 2009 р.) та ін.

У Регламенті Ради ЄС № 2016/1104 про впровадження посиленого співробітництва у сфері юрисдикції, застосовного права, визнання та виконання рішень у справах про майнові наслідки зареєстрованих партнерств термін “зареєстроване патнерство” пропонується визначати як передбачений законодавством режим, що регулює спільне життя двох людей, реєстрація якого є обов’язковою з дотриманням юридичних формальностей, необхідних для його створення відповідно до закону.<sup>3</sup>

В Угорщині визнається тільки шлюб між чоловіком та жінкою, зареєстрований спеціальним органом (§ 4:5 ЦК Угорщини). Тімея Барзо наголошує, що згідно із законом в Угорщині надається особливий захист шлюбу як союзу чоловіка та жінки, і відповідно таким захистом не охоплюються одностатеві шлюби. Зареєстровані партнерства мають менший обсяг прав, ніж подружжя, наприклад – не можуть усиновити дитину, на їхні відносини не поширюються норми про спільне прізвище, як у подружжя і т.д.<sup>4</sup>

Щодо права на одностатеві шлюби, то їх укладати особи можуть з 2001 року в Нідерландах, з 2003 – в Бельгії, з 2005 – в Іспанії та Кана-

<sup>1</sup> Marriage (Same Sex Couples) Bill (HC Bill 126). URL: [https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2012-2013/0126/cbill\\_2012-20130126\\_en\\_1.htm](https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2012-2013/0126/cbill_2012-20130126_en_1.htm)

<sup>2</sup> Marriage and Civil Partnership (Scotland) Act 2014. URL: <http://www.legislation.gov.uk/asp/2014/5/introduction>

<sup>3</sup> Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>

<sup>4</sup> Barzó Tímea. A családjog alapelvei és érvényesülésük nehézségei. Miskolci Jogi Szemle 12. évfolyam (2017) különszám. 39-40. URL: [http://www.mjsz.uni-miskolc.hu/2017kulonl/6\\_barzotimea.pdf](http://www.mjsz.uni-miskolc.hu/2017kulonl/6_barzotimea.pdf)

ді, з 2006 – в ПАР, з 2009 – в Норвегії та Швеції, з 2010 – в Португалії, Ісландії та Аргентині, з 2012 – в Данії, з 2013 – у Франції, Бразилії та Новій Зеландії, з 2014 – у Англії та Уельсі, Шотландії, Люксембурзі, з 2015 – в Ірландії та на території всіх штатів США, з 2017 – у Фінляндії, Мальті, Німеччині та Австралії, з 1 січня 2019 – у Австрії. У вказаних державах перед наданням права на одностатевий шлюб особи однієї статі могли реєструвати цивільні партнерства. Наприклад, у Данії (з 1989 р. до 2012 р.), Норвегії (з 1993 р. до 2009 р.), Швеції (з 1995 р. до 2009 р.), Ісландії (з 1996 р. до 2010 р.), Німеччині (з 2001 р. до 2017 р.), Фінляндії (з 2002 р. до 2017 р.) тощо.

Після надання права на шлюб особам однієї статі, національне законодавство держав по-різному регулює наявність і партнерств, і шлюбів. В одних державах одностатеві пари можуть вибрати, що укладати (наприклад, у Нідерландах, Бельгії, Франції тощо), в інших інститут партнерства замінено шлюбом (наприклад, у Данії, Німеччині, Норвегії, Швеції, Фінляндії та інших державах). Наприклад, з 2001 року в Німеччині регулювалися одностатеві партнерства, і з поступовим внесенням змін до законодавства, такі партнерства майже зрівнялися із класичним інститутом шлюбу<sup>1</sup>, одностатеві шлюби дозволено на рівні закону укладати із 2017 року. У Франції з 1999 р. були легалізовані партнерства, а з 2013 року ст. 143 ЦК забезпечує одностатевим парам право на шлюб.<sup>2</sup> У Фінляндії закон про шлюб від 13 червня 1929 р., після змін, внесених 20 лютого 2015 року, у ст. 1 встановлює, що шлюб можуть укласти дві людини.<sup>3</sup> Згідно зі ст. 1а (діє з 1 березня 2017 р.), у Фінляндії партнери можуть змінити свій союз на шлюб, подавши спільне повідомлення до державного реєстраційного органу. Зареєстровані партнерства будуть вважатися шлюбом з дати внесення відповідних даних до реєстру.

<sup>1</sup> Familie, Familienrecht und Reformen. URL: <http://www.bpb.de/politik/innenpolitik/familienpolitik/198764/familie-familienrecht-und-reformen?p=all>

<sup>2</sup> Par Simon le. Les avancées du Droit de la Famille et l'évolution de la société et des mœurs. 15/01/2018. URL: <https://www.superprof.fr/ressources/droit/droit-general/droit-de-la-famille/autorite-paternelle.html#les-grandes-conque%cc%82tes>

<sup>3</sup> Avioliittolaki, 13.6.1929/234. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1929/19290234>

Одностатеві шлюби у Великобританії реєструються так само, як і шлюби осіб протилежної статі, за винятком того, що релігійні організації мають право вибору, чи брати участь в одруженні одностатевих пар відповідно до їх обрядів. Після надання права одностатевим парам укладати шлюб, цивільні партнери отримали змогу змінити своє цивільне партнерство на шлюб. Проте цивільне партнерство не доступне для пар протилежної статі. Ця ситуація була предметом судових розглядів, і Апеляційний суд постановив, що неможливість реєстрації пари як цивільних партнерів різностатевих осіб не було несумісним з їхніми правами, передбаченими ст. 8 та 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних осіб. Держава виконала свої зобов'язання, зробивши засоби офіційного визнання їхніх стосунків (шлюбу) доступними, а відмова від подальших засобів офіційного визнання, які були відкриті для одностатевих пар, не є незаконним втручанням держави в права заявника на сімейне життя. Проте з метою гарантування рівності обговорюється необхідність на законодавчому рівні вирішити це питання: або скасувати цивільне партнерство, або надати право його укладати всім.<sup>1</sup>

Порядок укладення шлюбу в Данії регулюється окремим законом про шлюб, який набув чинності 1 січня 1970 року та з 23 січня 2018 року діє в новій редакції, і зокрема ст. 1 встановлює, що шлюб може укладатися особами протилежної та однієї статі, ст. 9 проголошує принцип моногамії (кожен, хто раніше вступав у шлюб або зареєстроване партнерство, не повинен вступати в шлюб доти, доки існує попередній шлюб або зареєстроване партнерство).<sup>2</sup>

Згідно із Законом про цивільний шлюб Канади, шлюбом визнається союз двох осіб. Тобто з 2005 року на рівні федерального закону в Канаді дозволено одностатеві шлюби, до цього часу вони були легалізовані в більшості провінцій. Більше того, ст. 4.4 Закону про цивіль-

<sup>1</sup> James Stewart, Edward Floyd and Rebecca Dziobon. Family law in the UK (England and Wales): overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-590-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

<sup>2</sup> Bekendtgørelse af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, den 1. januar 1970 (den 23. januar 2018). URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=197040>

ний шлюб встановлює, що шлюб не є недійсним або неприйнятним тільки через однакову стать подружжя.<sup>1</sup>

У США є законодавче та прецедентне регулювання як цивільних партнерств (наприклад, у штаті Вермонт на рівні закону партнерства були визнані ще в 2000 році)<sup>2</sup>, так і одностатевих шлюбів. У 1996 р. Конгресом США був прийнятий Закон про захист шлюбу, згідно з яким штати могли не визнавати юридичну силу будь-яких законів інших штатів, що стосуються відносин між особами однієї статі, і таким чином не визнавати одностатеві шлюби, укладені в інших штатах. 26 червня 2013 року Верховний суд США виніс рішення у справі “United States v. Windsor”, яким визнав неконституційним положення Закону про захист шлюбу щодо можливості не визнання одностатевих шлюбів, укладених у інших штатах.<sup>3</sup> У справі “Lawrence v. Texas” Верховний суд США визнав неконституційними не тільки закон про содомію в Техасі, але і в інших штатах.<sup>4</sup>

До 2015 року одностатеві шлюби на території США були дозволені законами, судовими прецедентами у тридцяти шести штатах, окрузі Колумбія і Гуам. Національна підтримка одностатевих шлюбів зростає вище 50% вперше в 2011 році і нижче цієї позначки не знижувалася, а в 2015 році показник вперше сягнув – 60%.<sup>5</sup> Станом на 2016 рік 83% американців у віці 18 – 29 років підтримували одностатеві шлюби.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Civil Marriage Act (S.C. 2005, p. 33). URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-31.5/page-1.html#docCont>

<sup>2</sup> Nancy G. Maxwell. Unification and Harmonization of Family Law Principles: The United States Experience. Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe. URL: [http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/\\_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf](http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf)

<sup>3</sup> United States v. Windsor, Executor of the estate of spyer, June 26, 2013. URL: [https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf)

<sup>4</sup> Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>

<sup>5</sup> Justin McCarthy. Two in Three Americans Support Same-Sex Marriage. Politics. May 23, 2018. URL: <https://news.gallup.com/poll/234866/two-three-americans-support-sex-marriage.aspx>

<sup>6</sup> Justin McCarthy. Americans' Support for Gay Marriage Remains High, at 61%. Politics. May 19, 2016. URL: <https://news.gallup.com/poll/191645/americans-support-gay-marriage-remains-high.aspx>



26 червня 2015 року Верховний суд США виніс рішення у справі “Obergefell v. Hodges” і постановив, що фундаментальне право на шлюб гарантується одностатевим парам, виходячи з положення чотирнадцятої поправки до Конституції США.<sup>1</sup> Після винесення цього рішення в усіх штатах США повинні видаватися ліцензії на реєстрацію шлюбу одностатевими парами.

Науковці відзначають, що майже за тридцять років у США відбулися еволюційні зміни в сімейному праві, і якщо у рішенні “Bowers v. Hardwick” (1986 р.) Верховний суд констатував, що Конституція США не захищає право на “гомосексуальну содомію”, то рішенням у справі “Obergefell v. Hodges” легалізував одностатеві шлюби.<sup>2</sup> При аргументації вказаного рішення було враховано наступне: 1) право на шлюб пов’язане із особистим вибором, що входить до поняття індивідуальної автономії; 2) право на шлюб є фундаментальним правом, утверджує важливість спілкування та взаємопідтримку між двома особами, любов та взаємоповагу між ними, є протидією універсального “страху” самотності; 3) право на шлюб є запорукою захисту сім’ї та дитинства; 4) шлюб є “скелетом” американського суспільного устрою, саме тому і суспільство зобов’язується підтримувати подружжя, пропонуючи символічне визнання і матеріальні переваги для захисту союзу двох осіб. Враховуючі ці принципи, не може бути різниці між парами однієї або протилежної статі.<sup>3</sup>

Після винесення цього рішення, в усіх штатах США повинні видаватися ліцензії на реєстрацію шлюбу одностатевими парами. Верховний суд США 26 червня 2017 року у справі “Pavan v. Smith” вирішив, що одностатеві пари повинні мати однакові умови, як і пари протилежної статі при видачі свідоцтв про народження дітей.<sup>4</sup> Про-

<sup>1</sup> Obergefell ET AL. v. Hodges, June 26, 2015. URL: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf)

<sup>2</sup> Sekerák M. Same-Sex Marriages (or Civil Unions/Registered Partnerships) in Slovak Constitutional Law: Challenges and possibilities. *Utrecht Law Review*. 2017. 13(1). p. 37. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.340>

<sup>3</sup> Sekerák M. Same-Sex Marriages (or Civil Unions/Registered Partnerships) in Slovak Constitutional Law: Challenges and possibilities. *Utrecht Law Review*. 2017. 13(1). p. 39. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.340>

<sup>4</sup> Marisa N. Pavan, ET AL. v. Nathaniel Smith. Decided June 26, 2017. URL: [https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/16-992\\_868c.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/16-992_868c.pdf)

те залишається проблема відсутності єдиного федерального закону щодо заборони дискримінації подружжя в одностатевих шлюбах у порівнянні з традиційними шлюбами. Крім того, в декількох округах штатів Алабама та Техас досі відмовляють у видачі ліцензії на шлюб одностатевим парам.<sup>1</sup>

Щодо ставлення релігійних організацій та церков до одностатевих шлюбів, то якщо у США, де є глибоке протестантське коріння, очікуваним було надання права на одностатеві шлюби, то протилежним прикладом є Італія, де існує значний вплив католицизму, і все одно було змінено законодавство в результаті рішення Європейського суду з прав людини, і надано право на реєстрацію партнерств особам однієї статі.<sup>2</sup>

Незважаючи на прийняття 12 березня 2015 року Європейським Парламентом рекомендації про визнання одностатевих шлюбів (або партнерств), досі серед держав-членів ЄС не дозволено одностатевим парам реєструвати союзи в Болгарії, Латвії, Литві, Польщі, Румунії та Словаччині.<sup>3</sup> Крім того, законодавство Ліхтенштейну та Монако не визнає одностатеві шлюби, а також не регулює партнерські відносини між особами однієї статі.

У більшості азіатських держав не визнаються одностатеві шлюби. Те, що шлюб може бути укладений тільки між чоловіком та жінкою, є чіткою нормою сімейного законодавства і навіть в багатьох державах прямо закріплений на конституційному рівні. Більше того, наприклад ч. 3 ст. 2 Кодексу про шлюб та сім’ю Республіки Казахстан уточнює, що шлюбом не визнається фактичне співжиття як чоловіка та жінки, так і осіб однієї статі.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Менджул М.В. Основні засади регулювання сімейних відносин у США. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2018. № 4. Ч. 1. С. 124.

<sup>2</sup> Sekerák M. Same-Sex Marriages (or Civil Unions/Registered Partnerships) in Slovak Constitutional Law: Challenges and possibilities. *Utrecht Law Review*. 2017. 13(1). P. 34. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.340>

<sup>3</sup> Tsiviil partnerlus ja registreeritud partnerlusel. URL: [https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index\\_et.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_et.htm)

<sup>4</sup> Менджул М.В. Основні засади регулювання сімейних відносин в окремих азіатських державах. *Юридичний бюлетень*. Вип. 7. Ч. 1. 2018. С. 260.

Парламент Латвії 15 березня 2018 р. розглянув та відхилив законопроект про зареєстровані партнерства.<sup>1</sup> У Польщі, як і в Словаччині, не визнаються зареєстровані партнерства, незважаючи на ряд розроблених відповідних законопроектів<sup>2</sup>. В Україні так само вже є пропозиції щодо прийняття закону про цивільне партнерство.

Цікавим є досвід Словаччини, де питання партнерств були винесені на всенародне обговорення. Президент Словаччини звернувся до Конституційного Суду щодо конституційності референдуму, оскільки вважав, що предметом розгляду є основні права та свободи, які не можна виносити на обговорення, а крім того, такі питання загрожують інституту шлюбу, не сумісні з релігійними поглядами та моральними принципами. У рішенні Конституційного Суду Словацької Республіки від 28 жовтня 2014 року було констатовано, що питання про правовий статус партнерств не може бути винесено на обговорення через неконституційність та у зв'язку з тим, що воно не сумісне з безпекою та суспільним благом. Перші два питання були залишені на розгляд референдуму, водночас КС Словаччини підкреслив, що “слід забезпечити, аби можливе розширення певного фундаментального права чи свободи не призвело до паралельного зниження стандарту іншого основного права або свободи”.<sup>3</sup> Загалом на референдум були винесені такі питання: 1) Чи згодні ви з тим, що будь-який інший тип співжиття, за винятком союзу між чоловіком та жінкою, можна назвати шлюбом? 2) Чи згодні ви з тим, щоб парам однієї статі не було дозволено брати на виховання дітей? 3) Чи згодні ви, що школи не можуть вимагати участі дітей в освіті з питань сексуальної поведінки чи евтаназії без згоди батьків? Загальна явка виборців становила 21,41%, і тому результати референдуму не були дійсними. Досі Словаччина не містить в законодавстві правового регулювання одностатевих відносин.

<sup>1</sup> Lietuvos parlamentas atmetė siūlymą įteisinti homoseksualų partnerystę. URL: <http://www.propatria.lt/2018/03/latvij-os-parlamentas-atmete-siulyma.html>

<sup>2</sup> Zarejestrowane związki partnerskie. URL: [https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index\\_pl.htm](https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_pl.htm)

<sup>3</sup> Sekerák M. Same-Sex Marriages (or Civil Unions/Registered Partnerships) in Slovak Constitutional Law: Challenges and possibilities. *Utrecht Law Review*. 2017. 13(1). p 40-49 DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.340>

В Україні одностатеві шлюби та партнерства не є дозволені законом, і вірно відзначає Шимон С.І., що підписання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом не зобов'язує нашу державу здійснювати реформи в регулюванні відносин таких осіб.<sup>1</sup>

Серед противників легалізації одностатевих партнерств та шлюбів переважає позиція, що це може поставити під загрозу традиційний шлюб та сімейні цінності. За статистичними даними активних гомосексуалістів у західних суспільствах близько 1 – 3% населення. Саме тому цікавою є статистика щодо укладених одностатевих партнерств та шлюбів. У Норвегії упродовж 1993 – 2011 рр. було зареєстровано 3681 одностатеве партнерство та шлюб, що становить менше 1% від усіх укладених шлюбів у той же період [10, с. 6]<sup>2</sup> У Швеції в 2017 році було укладено 1354 одностатевих шлюбів, загалом в країні – 12 100 одностатевих шлюбів.<sup>3</sup> В Данії, згідно зі статистичними даними одружених осіб різної статі 2 035 137, у фактичних шлюбних відносинах проживає 665 348 осіб різної статі, одружених пар однієї статі 9524.<sup>4</sup> У Фінляндії у 2017 році було укладено 26 542 шлюби, з яких 554 – одностатевих.<sup>5</sup> В Ісландії кількість одностатевих пар сягає близько 0,2% від шлюбів осіб різної статі.<sup>6</sup> Згідно з офіційною статистикою в Канаді у 2016 році кількість одностатевих пар становила 72 880 або 0,9% від усіх пар.<sup>7</sup> Щодо гендерного показника одностатевих шлюбів, то згідно з дослідженнями переважають жіночі союзи.

<sup>1</sup> Шимон С.І. Правові ознаки шлюбу за сімейним законодавством України. *Вісник Запорізького національного університету*. 2015. № 3. С. 42.

<sup>2</sup> Kenneth Aarskaug Wiik, Ane Seierstad and Turid Noack. Divorce in norwegian same-sex marriages 1993-2011. Discussion Papers. December, 2012. №. 723. 24 p. URL: <https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/DP/dp723.pdf>

<sup>3</sup> Flest personer i samkönade äktenskap bor i Stockholms län. URL: <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/stockholm/flest-personer-i-samkonade-aktenskap-bor-i-stockholm>

<sup>4</sup> Så mange lever i et ægteskab eller parforhold. URL: <https://www.dr.dk/nyheder/indland/saa-mange-lever-i-et-aegteskab-eller-parforhold>

<sup>5</sup> Samaa sukupuolta olevat solmivat 554 avioliittoa. URL: [https://www.stat.fi/til/ssaaty/2017/ssaaty\\_2017\\_2018-05-08\\_tie\\_001\\_fi.html](https://www.stat.fi/til/ssaaty/2017/ssaaty_2017_2018-05-08_tie_001_fi.html)

<sup>6</sup> Hversu algeng er samkynhneigð? URL: <http://www.visir.is/g/2005504280315>

<sup>7</sup> Same-sex couples in Canada in 2016. URL: <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/as-sa/98-200-x/2016007/98-200-x2016007-eng.cfm>

Наприклад, у 2009 р. було укладено 284 одностатевих шлюби в Норвегії, з яких 63% склали жінки.<sup>1</sup>

У серпні 2016 року Міністерство фінансів США оцінило кількість одностатевих шлюбів на основі податкових декларацій одностатевих пар. Це дослідження показало, що в 2014 році у США було близько 183 280 одружених одностатевих пар, або “приблизно третина від 1% усіх шлюбів”.<sup>2</sup> Кількість одностатевих шлюбів у США в 2015 році була 250 450, а шлюбів між особами різної статі – 51 809 201, що по суті становить 0,48% від всієї кількості шлюбів. Найбільший показник – в окрузі Колумбія (0,80%, або ж 47 819 одностатевих шлюбів та 5 948 710 шлюбів між особами різної статі), а найменший показник в Північній Дакоті (0,13%, 180 одностатевих шлюбів та 141 937 шлюбів між особами різної статі).<sup>3</sup>

Тобто в більшості держав кількість одностатевих партнерств та шлюбів становить менше 1% (в середньому від 0,2 до 0,9%) від шлюбів осіб протилежної статі.

На лібералізацію національного законодавства європейських держав вплинула практика Європейського суду з прав людини. Зокрема, він вже неодноразово розглядав справи щодо порушення прав одностатевих пар, в тому числі на підставі дискримінаційних підходів в законодавстві.

Загалом, ЄСПЛ при розгляді спорів про дискримінацію досліджує три питання: 1) про наявність дійсної відмінності у ставленні за аналогічної ситуації. Слід зазначити, що Судом не вироблено чітких загальних критеріїв для визначення того, чи є аналогічними ситуації, в яких перебувають заявник та інші особи. Це зумовлено насамперед складністю вироблення таких критеріїв. Подібна оцінка здійснюється

<sup>1</sup> Kenneth Aarskaug Wiik, Ane Seierstad and Turid Noack. Divorce in norwegian same-sex marriages 1993-2011. Discussion Papers. December. 2012. №. 723 P. 6. URL: <https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/DP/dp723.pdf>

<sup>2</sup> Quoc Trung Bui The Most Detailed Map of Gay Marriage in America The New York Times. Sept. 12, 2016. URL: <https://www.nytimes.com/2016/09/13/upshot/the-most-detailed-map-of-gay-marriage-in-america.html>

<sup>3</sup> Robin Fisher, Geof Gee, Adam Looney. Same-Sex Married Taxfilers after Windsor Andobergefell. February 28, 2018. p. 14-15. URL: [https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/02/es\\_20180228\\_looneysamesexmarriage.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/02/es_20180228_looneysamesexmarriage.pdf)

лише для певної категорії справ; 2) про виправданість відмінності у ставленні до осіб, що перебувають в аналогічних ситуаціях. З огляду на практику Суду відмінність у ставленні повинна мати об’єктивне й розумне обґрунтування, тобто переслідувати легітимну мету. В загальному вигляді відмінність у ставленні держави зазвичай виправдовують публічним інтересом, і Суд в цілому приймає таке обґрунтування; 3) про додержання розумної співмірності між засобами, що використовуються, і метою, яка досягається.<sup>1</sup>

У справі “Kärner v. Austria” заявники скаржилися на дискримінаційний підхід у нормах Закону про оренду, який надавав соціальний захист від безпритульності тільки гетеросексуальним партнерам. ЄСПЛ в рішенні по вказаній справі нагадав, що “для цілей статті 14 різниця в ставленні є дискримінаційною, якщо вона не має об’єктивних і розумних обґрунтувань, тобто якщо вона не переслідує законної мети або якщо не існує законної мети. Має бути забезпечена розумна пропорційність між використовуваними засобами та метою їх застосування”. Уряд в даній справі аргументував, що норми Закону про оренду спрямовані на захист сім’ї в традиційному розумінні. Проте ЄСПЛ визнав порушення ст. 14 в поєднанні зі ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, оскільки “мета захисту сім’ї в традиційному розумінні є досить абстрактною і для її реалізації може використовуватися широке коло конкретних заходів. У випадках, коли межі свободи розсуду надаються державам, як і положення про те, що існує різниця в ставленні до статі або сексуальної орієнтації, принцип пропорційності не просто вимагає, щоб обраний захід підходив для реалізації досягнутої мети. Необхідно також показати, що для досягнення цієї мети необхідно було виключити зі сфери застосування ст. 14 Закону про оренду певні категорії людей – у даному випадку осіб, які проживають у гомосексуальних відносинах”.<sup>2</sup>

У справі “Oliari and others v. Italy” заявники скаржилися на те, що їм було відмовлено укласти одностатевий шлюб у 2008 р. Уряд Італії аргументував свою позицію тим, що законодавством не було передбачено

<sup>1</sup> Погребняк С. Втілення принципу рівності в юридичних актах. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 3 (46). С. 14-15.

<sup>2</sup> Kärner v. Austria, European Court of Human Rights, 24 July 2003. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,51e6b91b4.html>

права для осіб однієї статі вступати у шлюб. В рішенні ЄСПЛ зауважив, що “заявники досі не мають можливості створити цивільний союз або зареєстроване партнерство (за відсутності права на шлюб) в Італії. Таким чином, Суд повинен встановити, чи не виконала Італія станом на 2015 рік позитивний обов’язок забезпечити повагу до приватного та сімейного життя заявників, зокрема, шляхом встановлення правових рамок, що дозволяють їм визнати і захистити свої відносини відповідно до національного законодавства”. ЄСПЛ в цій справі констатував, що “одностатеві пари, які мають стабільні, віддані відносини, перебувають у схожій ситуації з парами різної статі щодо необхідності юридичного визнання та захисту їх відносин”. Тобто Європейський суд з прав людини визнав, що одностатеві пари потребують юридичного визнання та захисту своїх відносин, і встановив порушення ст. 8 Конвенції, оскільки Італія перевищила свободу розсуду і не виконала свого позитивного обов’язку забезпечити наявність конкретного законодавчого регулювання, яке б передбачало визнання та захист одностатевих союзів.<sup>1</sup>

Європейський суд з прав людини 5 червня 2018 року у рішенні по справі проти Румунії, констатував, що за певних умов одружені одностатеві пари мають такі ж права на проживання, як інші подружні пари в країні ЄС, навіть якщо ця держава не дозволяє або не визнає одностатеві шлюби.<sup>2</sup> Крім того, п. 25 преамбули Регламенту Ради ЄС № 2016/1104 від 24 червня 2016 року передбачено, що з метою встановлення можливості партнерам користуватися в іншій державі правами, що є результатом майнових наслідків зареєстрованого партнерства, повинна бути передбачена адаптація невідомого права до вимог найближчого еквівалентного права відповідно до законодавства іншої держави-члена ЄС.<sup>3</sup>

Таким чином, у практиці ЄСПЛ неодноразово підкреслювалося, що фактичне співжиття одностатевих осіб може охоплюватися поняттям

<sup>1</sup> Case of Oliari and Others v. Italy, European Court of Human Rights, 21/07/2015. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-156265%22%5D%7D>

<sup>2</sup> Same-sex spouses have EU residence rights, top court rules. URL: <https://www.bbc.com/news/world-europe-44366898>

<sup>3</sup> Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>

тям “сімейне життя”. Моральний плюралізм у сімейних відносинах вимагає і моральної нейтральності у їх правовому регулюванні з метою гарантування особистої свободи.

У Європі постійно зростає кількість неформальних відносин у формі співжиття, і по суті фактичні шлюбні відносини є більш прийнятними для багатьох молодих людей, ніж традиційний шлюб. Статистика двадцяти восьми європейських держав підтверджує збільшення кількості співмешканців. У деяких державах їх кількість навіть зросла вдвічі за останні двадцять років. Це привело до обговорення необхідності правового регулювання та захисту таких відносин.

У нещодавній публікації Комісії з питань європейського сімейного права, за результатами аналізу національних звітів щодо 28 європейських юрисдикцій, було констатовано, що правове регулювання фактичних союзів значно варіюється: шість держав не регулюють права та обов’язки партнерів у фактичних союзах; в чотирнадцяти державах сімейним правом не регулюються фактичні союзи, але гарантуються права партнерів іншими галузями права (наприклад, у Нідерландах не регулюються неформальні відносини у сімейному праві, проте спадкове право та право соціального захисту регулює окремі права); дев’ять юрисдикцій (Швеція, Угорщина, Словенія, Хорватія, Каталонія, Португалія, Шотландія, Ірландія та Фінляндія) реформували сімейне законодавство щодо регулювання неформальних відносин і сформовано “*lex specialis*” для фактичних союзів.<sup>1</sup>

У Литві Цивільним кодексом врегульовані фактичні шлюбні відносини. Зокрема, ЦК встановлює, що чоловік і жінка, які прожили разом не менше одного року, не зареєструвавши шлюб, мають такі ж права, як і подружжя, у сфері набуття спільної власності і можуть укладати шлюбний договір.<sup>2</sup> У Хорватії з 2003 року правовий захист мають і одностатеві фактичні відносини.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Mol, C., 2016. Reasons for Regulating Informal Relationships: A comparison of nine European jurisdictions. *Utrecht Law Review*. 12(2). P. 98 DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.347>

<sup>2</sup> Inga Kudinavičiūtė. Civilinio kodekso normų, susijusių su šeimos narių teisių apsauga, įgyvendinimo problemos. *Jurisprudencija*. 2002. T. 28(20); 141.

<sup>3</sup> Mol, C., 2016. Reasons for Regulating Informal Relationships: A comparison of nine European jurisdictions. *Utrecht Law Review*. 12(2). P. 102. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.347>



Законом Швеції захищаються права співмешканців (двох осіб), що можливе у двох формах: “särbo” (пара, яка офіційно не зареєструвала свої відносини та проживає у різних домогосподарствах) та “sambo” (пара, яка не зареєструвала свої відносини та проживає в одному домогосподарстві). Співмешканці не повинні перебувати в зареєстрованому шлюбі чи партнерстві. За законом майно, набуте ними, є спільною власністю, крім того, такі особи є спадкоємцями один за одним<sup>1</sup>. Швеція є лідером серед європейських держав за кількістю громадян, які проживають у фактичних шлюбних відносинах.<sup>2</sup>

Нашу державу не оминули європейські тенденції щодо збільшення кількості фактичних сімейних союзів. Якщо ще тридцять років тому більшість населення засуджували стосунки поза шлюбом, то наразі ситуація змінилася. В Україні були проведені соціологічні дослідження, які показали, що близько 45% громадян висловилися “за” фактичні шлюбні відносини, із них 69% – чоловіків та 55% – жінок.<sup>3</sup>

СК України з 2004 року встановив правовове регулювання майнових відносин осіб, що проживають разом, не укладаючи шлюб. Проте на відносини осіб у фактичному союзі не поширюються норми Сімейного кодексу, які регулюють особисті немайнові відносини подружжя. Зокрема, вони не мають права як подружжя на вибір прізвища при укладенні шлюбу, на них не поширюється презумпція батьківства.<sup>4</sup> Можна погодитися із позицією О.І. Сафончик, що у сфері особистих немайнових прав між зареєстрованим шлюбом та фактичними шлюбними відносинами небагато відмінностей, і як подружжя, так і парт-

<sup>1</sup> Sambolag (2003:376) 2003-06-12. URL: <https://lagen.nu/2003:376>

<sup>2</sup> Боренкова А., Марценюк Т. *Форми сімейних відносин у Швеції (на прикладі офіційного чи цивільного шлюбів)*. С. 32-34. URL: [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/1709/Martseniuk\\_Formy%20simeinykh%20vidnosyn.pdf](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/1709/Martseniuk_Formy%20simeinykh%20vidnosyn.pdf)

<sup>3</sup> Чернега В. М. *Відповідність підстав створення сім'ї моральним засадам суспільства. Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 18 : Економіка і право*. 2014. Вип. 26. С. 163.

<sup>4</sup> Ревуцька І.Е. *Правові підстави створення сім'ї за законодавством України та країн-членів ЄС: порівняльно-правова характеристика* : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Івано-Франківськ, 2018. С. 164-165.

нери можуть розділити між собою сімейні обов'язки.<sup>1</sup> Навіть якщо СК України не регулює особисті немайнові права партнерів у фактичних сімейних союзах, то, враховуючи принцип рівності та пряму дію норм Конституції, норми ЦК України, вони володіють всім каталогом особистих немайнових прав як фізична особа. Зокрема, вони мають право на вибір роду занять, професії, вільно обирати місце проживання, право на індивідуальний розвиток тощо. Безперечно, такі особи можуть змінити прізвище у загальному порядку, щоб мати спільне прізвище, а батьківство визначається згідно з вимогами ст. 125 СК України. Проте ми переконані, що важливим є і захист особистих немайнових відносин осіб у фактичному союзі, як і у подружжя, а також поширення презумпції батьківства на фактичний союз.

О.І. Сафончик пропонує термін “фактичні шлюбні відносини – конкубінат”, під яким розуміє відносини між жінкою та чоловіком, що проживають на одній території однією сім'єю, але не здійснюють реєстрацію шлюбу в органах державної влади, ведуть спільне господарство та мають спільні майнові та немайнові права і обов'язки.<sup>2</sup> Водночас в умовах появи і такої форми як “гостьовий шлюб”, коли партнери можуть мати дітей, проте офіційно не реєструвати шлюб і періодично проживати окремо, така ознака як спільне місце проживання для фактичного союзу вже не є конститутивною.

На нашу думку, з урахуванням розроблених Комісією з європейського сімейного права “Принципів європейського сімейного права щодо права власності, утримання та правонаступництва пар у фактичних союзах” варто запровадити термін “фактичний союз”, що означає двох осіб, які живуть разом як пара, без офіційного оформлення відносин, мають спільні права та обов'язки та ведуть спільне господарство.

У багатьох державах на законодавчому рівні містяться додаткові кваліфікуючі ознаки для стабільного фактичного партнерства наприклад, згідно зі ст. 234-1 Каталонського Цивільного кодексу має бути одна з двох додаткових вимог: або постійне співжиття протягом по-

<sup>1</sup> Сафончик О.І. *Шлюбні правовідносини в Україні: теорія і практика* : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Одеса, 2018. С. 341.

<sup>2</sup> Там само. С. 342.

над два роки, або спільна дитина. Правові наслідки для партнерів у фактичному союзі у сфері трудового, податкового та пенсійного законодавства еквівалентні шлюбним.<sup>1</sup>

Спільне проживання осіб в Норвегії регулюється Законом про співжиття від 18 червня 1965 року<sup>2</sup>, і він охоплює всі види спільного проживання – незалежно від підстав їх виникнення (родинні зв'язки, фактичні шлюбні відносини, спільне проживання студентів тощо). Закон про право на спільне житло та домогосподарство у випадку припинення цивільного партнерства, поширюється на випадки коли двоє або більше неодружених осіб у віці від 18 років проживають разом та ведуть спільне домогосподарство, яке припиняється внаслідок смерті одного з них або з інших причин, і якщо сторони прожили разом не менше двох років або мають (очікують) спільних дітей.<sup>3</sup> Зокрема, у разі смерті, виникає право викупити частку, або право користування спільним місцем проживання, або право придбати житлову нерухомість чи її частку, яка належала померлому і використовувалася виключно або переважно для спільного житла, та право на частку у побутових речах.<sup>4</sup>

Таким чином, не у всіх державах-членах ЄС фактичні союзи регулюються законом, а в тих юрисдикціях, де є відповідне правове регулювання, воно варіюється від визнання прав партнерів тільки у сімейних відносинах, до їх захисту у сфері спадкового, трудового, податкового права та права соціального забезпечення. У восьми державах урівняні у правах різностатеві та одностатеві фактичні союзи.

На нашу думку, СК України також варто доповнити інститутом кваліфікованого фактичного союзу і встановити, що у випадку ста-

<sup>1</sup> Mol C. Reasons for Regulating Informal Relationships: A comparison of nine European jurisdictions. *Utrecht Law Review*. 2016. №. 12(2), p. 103. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.347>

<sup>2</sup> Lov om sameige [sameigelova] LOV-1965-06-18-6. URL: [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1965-06-18-6#KAPITTEL\\_11](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1965-06-18-6#KAPITTEL_11)

<sup>3</sup> Lov om rett til felles bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører [husstandsfellesskapsloven] LOV-1991-07-04-45. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1991-07-04-45>

<sup>4</sup> Менджул М.В. Принципи сімейного права в законодавстві нордичних держав. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 6. Т. 1. С. 136.

більшого проживання двох повнолітніх осіб протилежної статі понад п'ять років або у випадку наявності дитини, вони мають такі ж права, як і подружжя у зареєстрованому шлюбі.

Не менше питань та проблем виникає у випадку зміни статі. Д.І. Сидоренко обгрунтовує у дисертаційному дослідженні, що якщо один із подружжя змінює або змінив стать на момент або до реєстрації шлюбу, чи приховав такий факт, то шлюб має визнаватися недійсним.<sup>1</sup> Така позиція логічно впливає із ч. 5 ст. 30 СК України, оскільки має місце приховування інформації про стан здоров'я, і зміна статі не дозволяє реалізувати репродуктивну функцію, впливає на гормональний фон, і в цілому на фізичний та психічний стан особи. Проте потребує нової редакції п. 3 ч. 1. ст. 41 СК України, а саме наступної: “3) з особою, яка приховала свою тяжку хворобу або хворобу, небезпечну для другого з подружжя і (або) їхніх нащадків, а також зміни у стані здоров'я, які впливають на репродуктивну функцію”.

У рішенні від 11 липня 2002 р. у справі “І. проти Сполученого Королівства” ЄСПЛ підкреслив, що “з часу прийняття Конвенції у сфері інституту шлюбу відбулися значні соціальні зміни. Відчутні зміни в цій сфері зумовлені також досягненнями медицини та науки в дослідженні феномену транссексуалізму... Хоча саме Договірна держава має визначати, зокрема, умови належного оформлення зміни статі особою, яка домагається юридичного визнання її транссексуалом, а також чинну процедуру оформлення майбутнього шлюбу, Суд визнав, що немає підстав для позбавлення транссексуалів можливості здійснювати право на шлюб за тих чи інших обставин”.<sup>2</sup> Саме тому, практика у європейських державах різна, наприклад в Шотландії після внесених змін Законом про сімейне право від 2006 р., підставою для розлучення стала зміна статі одним із подружжя, підтверджена відповідним свідоцтвом.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Сидоренко Д.І. Недійсність шлюбу в сімейному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Хмельницький, 2019. С. 4.

<sup>2</sup> Рішення великої палати ЄСПЛ у справі “І. проти Сполученого Королівства” від 11.07.2002. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_102](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_102)

<sup>3</sup> Family Law (Scotland) Act 2006. URL: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2006/2/section/3>

Досить поширеним став термін “трансгендерність”, під яким розуміють неспівпадіння гендерної (самоідентифікуючої) та біологічної статі. Трансгендерні особи ідентифікують себе в контексті сексуальної орієнтації по-різному (як гетеросексуали, гомосексуали, бісексуали) або не відносять себе до жодної сексуальної орієнтації. В міжнародній класифікації хвороб трансгендерність була перенесена з психічних розладів до “інших специфічних станів, які характеризують сексуальне здоров’я”.

Якщо звернутися до Вікіпедії, то в ній наведено перелік осіб, що підпадають під поняття трансгендерності, а саме: транссексуал (людина, яка ідентифікує себе із біологічно протилежною статтю і прагне змінити свою біологічну стать відповідно до своєї ідентичної статі); трансвестит (особа, що зображує протилежну стать); гендерквір (особа, яка відмовляється від розуміння гендерної ідентичності); андрогін (особа із явно вираженими ознаками обох статей); інтерсексуал (особа, що має ознаки обох статей); бігендер (особа, яка періодично змінює свою гендерну ідентичність) та агендер (особа, яка заперечує свою приналежність до будь-якої статі).<sup>1</sup> Тобто саме транссексуали прагнуть змінити свою стать, у зв’язку з цим підставою для зміни статі згідно з Наказом МОЗ України від 05.10.2016 № 1041 є транссексуалізм.<sup>2</sup>

Наразі, найбільшій стигматизації зазнають трансгендерні особи, які стикаються із численними порушеннями основних прав (права на життя, фізичну недоторканність, на приватне життя, на здоров’я, права вирішувати питання про медичні заходи щодо себе, свободу зібрань та асоціацій, свободу слова, сімейних прав). У багатьох державах трансгендерні особи мають особливо високий ризик стати жертвою насильства, у тому числі в Європі.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Трансгендерність. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A2%D1%80%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%B3%D0%B5%D0%BD%D0%B4%D0%B5%D1%80%D0%BD%D1%96%D1%81%D1%82%D1%8C>

<sup>2</sup> Наказ МОЗ України від 05.10.2016 № 1041 “Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статеві належності та затвердження форми первинної облікової документації й інструкції щодо її заповнення”. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1589-16>

<sup>3</sup> Ann-Marie Nyroos, Erik Lundberg. Lausunto valtioneuvoston ihmisoikeuspoliittisen selonteon kansainväliseen osioon. Seta ry 8.3.2013. URL: <https://seta.fi/2013/03/08/lausunto-valtioneuvoston-ihmisoikeuspoliittisen-selonteon-kansainvaliseen-osioon/>

Щодо права на шлюб трансгендерних осіб, то науковці розходяться у своїх позиціях. Одні обґрунтовують, що в Україні, якщо один з подружжя після реєстрації шлюбу змінить стать, то це є підставою для припинення шлюбу, і необхідно внести відповідні зміни у ст. 104 СК України.<sup>1</sup> Інші вважають, що СК України не містить вимог про припинення шлюбу із трансгендерною особою, і у випадку внесення положення, що шлюб припиняється у разі зміни статі одним із подружжя, то це може зумовити обмеження прав особи.<sup>2</sup>

Як зазначила Н. Кузнєцова, у перехідних правових системах законодавство не завжди “встигає” за розвитком суспільних процесів, і саме тому не може в повній мірі відбивати глибину та зміст суспільних відносин, які має регулювати.<sup>3</sup> На продовження цієї думки можна сказати, що в умовах глобалізаційних процесів, швидкого науково-технічного прогресу правове регулювання так само не встигає за динамікою розвитку суспільних відносин у різних сферах, в тому числі і сімейних.

Очевидно, що серед трансгендерних осіб проблеми із реалізацією права на шлюб можуть виникнути тільки у випадку, якщо в державі, де планується реєстрація шлюбу, заборонені одностатеві шлюби, і обраним партнером трансгендерної особи є особа тієї ж статі. Зокрема, серед таких держав і Україна. Більше того, згідно діючого національного сімейного законодавства справді нема норми про те, що зміна статі є підставою припинення шлюбу, водночас, якщо така ситуація виникне, то це буде суперечити нормам законодавства про укладення шлюбу тільки між особами протилежної статі. Тобто, на нашу думку, це питання має розглядатися у контексті права осіб однієї статі на укладення шлюбу.

Питання рівності при укладенні шлюбу потребує ретельних додаткових досліджень, оскільки розвиток науки, медицини, біоінженерії ставить перед традиційним інститутом шлюбу нові виклики. Якщо

<sup>1</sup> Войтенко Т.В. Зміна статі як підстава припинення шлюбу. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2015. Вип. 2. С. 24.

<sup>2</sup> Розгон О.В. Порушення сімейних прав трансгендерної особи у контексті доктрини прав людини. *Eurasian Academic Research Journal*. 2016. № 5(05). С. 33-47.

<sup>3</sup> Кузнєцова Н. Верховенство права і правозаконність. *Юридичний журнал*. 2005. № 11. С. 113.

сьогодні право на одностатеві шлюби у США та більшості держав-членів ЄС гарантується, а дискусія зосереджена переважно щодо сімейних прав трансгендерних осіб та осіб, що змінили стать, то вже в найближчому майбутньому може постати питання про права людей із вбудованими елементами штучного інтелекту чи навіть роботів.

Якщо в європейських державах останніми роками принцип рівності зумовив суттєві трансформації у розумінні сутності та значення шлюбу, то виникає запитання: чи вплинули ці процеси на правове регулювання шлюбних відносин у мусульманських державах?

Особливості правової культури в ісламських державах, джерела мусульманського права аналізували Нахла Юсеф<sup>1</sup>, М.А. Вороніна<sup>2</sup> та інші. Реформування мусульманського права в ХІХ та ХХ століттях, в тому числі і зміни у засадах регулювання шлюбних відносин досліджували В. Кушніренко<sup>3</sup>, В.І. Лубський, Т.Г. Горбаченко, М.В. Лубська<sup>4</sup>, Крістен Штілт, Салма Вагеді, Сваті Гандгаваді Гріффіні<sup>5</sup>, Лама Абу-Одех<sup>6</sup>, Заїнах Анвар, Яна С. Руммінгер<sup>7</sup>, Моуніра М. Харрад<sup>8</sup>, Яваїд Рехман<sup>9</sup> та інші. Міграційні процеси привели до збільшення му-

<sup>1</sup> Нахла Юсеф. Особливості правової культури країн Близького Сходу. *Політичний менеджмент*. 2009. № 1. С. 150.

<sup>2</sup> Вороніна М.А. Взаємодія традиційного права країн Африки з ісламським правом. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2012. Вип. 24. С. 52.

<sup>3</sup> Кушніренко В. Ісламське суспільство та його вестернізація. *Політичний менеджмент*. 2003. № 1. С. 137-138.

<sup>4</sup> Лубський В.І., Горбаченко Т.Г., Лубська М.В. Мусульманське сімейне право: релігієзнавчо-правовий контекст. Одеса: Інтерпринт, 2010. 410 с.

<sup>5</sup> Kristen Stilt, Salma Waheedi, Swathi Gandhavadi Griffin. The Ambitions of Muslim Family Law Reform. *Harvard Journal of Law & Gender*. 2018. Vol. 41. P. 301-342.

<sup>6</sup> Lama Abu-Odeh. Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2004. VOL. 37:1043. 1043-1146.

<sup>7</sup> Zainah Anwar and Jana S. Rumminger, Justice and Equality in Muslim Family Laws: Challenges, Possibilities, and Strategies for Reform, 64 *Wash. & Lee L. Rev.* 1529 (2007). P. 1529-1549.

<sup>8</sup> Mounira M. Charrad. Tunisia at the Forefront of the Arab World: Two Waves of Gender Legislation. 64 *WASH. & LEE L. REV.* 1513 (2007). P. 1513-1527.

<sup>9</sup> Javaid Rehman. The Sharia, Islamic Family Laws And International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq. *International Journal of Law, Policy and the Family*. 21 (2007). P. 108-127 doi:10.1093/lawfam/ebi023

сульман і в європейських державах, що зумовило ряд досліджень проблем взаємодії мусульманського та європейського сімейного права.

Усталеним у доктрині права є виділення чотирьох основних джерел мусульманського права: Коран, Сунна, іджма та кияс. Історичний аналіз дозволяє зробити висновок, що Коран був досить прогресивним для свого часу щодо регулювання сімейних відносин. Адже у доісламській Аравії жінки мали статус, подібний до рабів, не визнавалися суб'єктами відносин і подібно до рухомих речей продавалися старійшинами від імені роду. Миттєвий та безпричинний “talaq” (“відсторонення”, в сучасному розумінні – розлучення) був звичайною та поширеною практикою, як і необмежена полігамія. Таким чином, саме Коран встановив, що жінка є суб'єктом відносин, обмежив полігамію (до чотирьох дружин).

На відміну від Корану, в якому містяться думки та висловлювання самого Магомета (або Мухаммаде), Сунна є збірником, що описує дії та висловлювання пророка, описані відомими на той час (VII – IX ст.) богословами та юристами.

Кодифікацію шариату в сунітському ісламі здійснили в основному чотири юристи, зокрема: Абу Ханіфа, Малак ібн Анас, Мухаммад ібн Ідріс аль-Шафі та Ахмад Ханбал. За відсутності конкретних відповідей в Корані та Сунні мусульманські юристи шукали аналогічні ситуації, в яких було прийнято рішення, і в цьому процесі спиралися на низку вторинних джерел, включаючи іджму та кияс. Іджма, що означає “консенсус”, – є важливим вторинним джерелом, яке надало ісламській громаді необхідні інструменти для досягнення домовленостей та створило потужну методологію в інтерпретації Корану і Сунни.<sup>1</sup> Мусульманські юристи застосовують також судження за аналогією (кьяс), суть якого полягає у формуванні висновку у справі на підставі раніше прийнятого правила (рішення) в аналогічній справі, що дозволяє вирішити проблему у поєднанні “божественного одкровення з людським мисленням”.<sup>2</sup> Поступово в ісламських держа-

<sup>1</sup> Javaid Rehman. The Sharia, Islamic Family Laws and International Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq. *International Journal of Law, Policy and the Family*. 2007. 21. P. 112.

<sup>2</sup> Чепульченко Т.О. Особливості правового регулювання в країнах релігійного права. *Вісник НТУУ “КПІ”. Політологія. Соціологія. Право*. 2014. Вип.1 (21). С.118.



вах утвердився і нормативно-правовий акт як джерело права. Єдине у сфері сімейних відносин релігійні норми залишаються важливим джерелом права.

Загалом тільки в ХХ столітті у більшості ісламських державах відбулося реформування сімейного права і були прийняті спеціальні законодавчі акти. Початок цього процесу пов'язують із прийняттям у 1869–1877 рр. Маджалли, що діяла на території більшості арабських держав, які входили до Османської імперії, окрім Єгипту. Цим актом регулювалися питання правоздатності та її обмеження, проте він не стосувався сімейних відносин. Приблизно в той же період Мухаммадом Кадрі-паші в Єгипті була зроблена серйозна спроба кодифікувати право особистого статусу ним було підготовлено “Норми шаріату з особистого статусу”. Цей проект не був введений в дію як офіційний закон, але фактично застосовувався в Єгипті до 20-х рр. ХХ ст. Цивільний кодекс Арабської Республіки Єгипет набрав чинності 15 жовтня 1949 року, і саме він регулює сімейні відносини в поєднанні з нормами спеціальних законів та ісламу.

Майже до середини ХХ ст. норми сімейного права у більшості мусульманських держав залишалися в цілому некодифікованими.<sup>1</sup> В Тунісі ще в 1956 році був прийнятий новий закон (має місце і переклад – кодекс) про особистий статус, який надав жінкам рівне право на розлучення з чоловіками, встановив принцип добровільності шлюбу, зобов'язавши обидві сторони дати згоду на укладення шлюбу (ст. 5, 9), скасував полігамію (ст. 18) і надав жінкам рівні з чоловіками права працювати, пересуватися, відкривати банківські рахунки.

Найбільш суттєвою реформою сімейного права в Пакистані за останні десятиліття була Постанова мусульманського сімейного права 1961 року, яка ґрунтувалася на звіті Комісії з питань шлюбу та сімейного права 1956 року. Реформування відбувалося в умовах конфронтації модерністів та прихильників секуляритивного підходу. Підтримували реформу такі об'єднання як Асоціація жінок Пакистану та Об'єднаний фронт за права жінок, що активно виступали наприкінці

<sup>1</sup> Лубська М.В. Загальні аспекти реформування мусульманського шлюбно-сімейного права у контексті визнання правового статусу особи в державах ісламської традиції. *Вісник НАУ. Серія: Філософія. Культурологія*. 2010. № 2 (12). С. 126.

1950-х і початку 1960-х років за розширення прав жінок у шлюбі, під час розлучення та спадкування. Деякі вчені стверджують, що Постанова мусульманського сімейного права 1961 року є найбільш остаточною кроком Пакистану до надання жінкам і чоловікам рівності в правах, інші зауважують на слабкості реформи, і значних поступках традиціоналістам.<sup>1</sup>

У 2000 році в АРЕ до Закону про особистий статус були внесені суттєві зміни, в тому числі і щодо надання жінкам права встановлювати в шлюбному договорі умови про право на розлучення у разі укладення ще одного шлюбу чоловіком. Подальші реформи у 2005 році також передбачили створення сімейних судів, сімейного фонду для аліментів на утримання жінок, а також реформували підходи до встановлення опіки над дітьми.<sup>2</sup>

У 2004 році в Марокко внаслідок реформи сімейного законодавства запроваджено досить прогресивні норми. Мудавана (назва марокканського сімейного кодексу), ґрунтується на школі ісламської юриспруденції Малікі, кодифікованій ще в 1957–1958 роках, вже після набуття незалежності Марокко від Франції. Мудавана в редакції 1958 року передбачала необмежену полігамію (до чотирьох дружин), одностороннє розірвання чоловіком шлюбу без будь-яких причин, залежне становище жінки від чоловіка. З 1980-х років в Марокко активізувався рух за права жінок та утвердження рівності у сімейних відносинах. Жіноча правозахисна група у 1992 році розпочала кампанію “Один мільйон підписів”, яка мала на меті зібрати підписи за петицією щодо реформування Мудавана. Кампанія була достатньо успішною, в результаті це стало поштовхом до створення робочої групи по реформуванню сімейного кодексу, і в жовтні 2003 року проект був внесений до марокканського парламенту. За новим марокканським сімейним кодексом 2004 року, чоловік та дружина мають рівні сімейні права, ліквідована чоловіча опіка над дружиною, підвищено шлюбний вік,

<sup>1</sup> Haider Nadya. Islamic Legal Reform: The Case of Pakistan and Family Law. *Yale Journal of Law & Feminism*. 2000. Vol. 12: Iss. 2, p.298-308.

<sup>2</sup> Camilo Gómez-Rivas. Women, Shari'a, and Personal Status Law Reform in Egypt after the Revolution. October 1, 2011. URL: <https://www.mei.edu/publications/women-sharia-and-personal-status-law-reform-egypt-after-revolution>

надано право жінкам самостійно укласти шлюбний договір, скасовано право чоловіка на односторонню відмову від шлюбу, розширено права жінок на спадщину та майно, визнано дітей, народжених поза шлюбом, не ліквідовано, проте обмежено полігамію.<sup>1</sup>

У 2005 році відбулася реформа сімейного права і в Алжирі. Зокрема, було надане право на розірвання шлюбу жінкам, обмежено полігамію, проте не відбулося реального утвердження принципу рівності.<sup>2</sup>

Судан є прикладом держави, яка ще не здійснила реформи сімейного права. Закон про особистий статус мусульман, прийнятий в Судані у 1991 році, викликав багато критики, оскільки легалізував дитячі шлюби, передбачав повну опіку чоловіка над дружиною (принцип “qawama”), включаючи надання дозволу на працю. У 2006 році було утворено Національний комітет з розгляду статусу жінок у законодавстві (Перший національний комітет) для перегляду всіх суданських законів у світлі Конституції 2005 року. У 2009 році Національний комітет визначив 88 статей у законах, які необхідно реформувати для забезпечення рівності у шлюбних відносинах, в тому числі з метою скасування опіки чоловіків над жінками, підвищення мінімального віку вступу в шлюб до 18 років, визнання батьківства дітей, народжених поза шлюбом, та інші, які, на жаль, так і не були прийняті.<sup>3</sup> Правозахисні жіночі організації в ісламських державах і надалі підтримують реформу мусульманських сімейних законів на основі принципів рівності та справедливості.

Сімейні відносини в інших мусульманських державах також регулюються не тільки релігійними нормами, але і нормативними актами. Наприклад, Цивільний кодекс Туреччини, прийнятий 22 листопада

<sup>1</sup> Samia El Nagar, Liv Tønnessen. Family law reform in Sudan: Competing claims for gender justice between sharia and women’s human rights. CMI report, number 5, December, 2017. URL: <https://www.cmi.no/publications/file/6401-family-law-reform-in>

<sup>2</sup> Mendzhul M.V. The General Principles of Family Law in Islamic States. Jurisprudence issues in the development of legal literacy and legal awareness of citizens : collective monograph / D. M. Bielov, S. B. Buletsa, Yu. M. Bysaga, Yu. Yu. Bysaga, etc. Lviv-Toruń : Liha-Pres, 2019. P. 172-173.

<sup>3</sup> Samia El Nagar, Liv Tønnessen. Family law reform in Sudan: Competing claims for gender justice between sharia and women’s human rights. CMI report, number 5, December, 2017. URL: <https://www.cmi.no/publications/file/6401-family-law-reform-in>

2001 року (набув чинності 1 січня 2002 року та скасував дію Цивільного кодексу від 17 лютого 1926 року), складається з п’яти книг, з яких друга присвячена сімейному праву. В Пакистані джерелами сімейного права є Закон про застосування мусульманського особистого права (шаріат) (1935 р.), Закон про застосування мусульманського права (шаріат) (1937 р.), Закон про застосування мусульманського закону в Західному Пенджабі (шаріат) (1948 р.), Закон про обмеження вступу до шлюбу дитини (1929 р.), Закон про розірвання мусульманських шлюбів (1939 р.), Закон про обмеження приданого та весільного дарунку (1976 р.), Закон про опікунів та захисників (1890 р.), Закон про сімейні суди (1964 р.), Постанова про мусульманське сімейне право (1961 р.), Правила сімейного суду Західного Пакистану (1965 р.) та інші.<sup>1</sup>

Таким чином, наразі сімейні відносини в мусульманському праві регулюються правом особистого статусу і в більшості мусульманських держав є спеціальне законодавство, яке регулює або в цілому цивільні та сімейні відносини (цивільний кодекс), або тільки сімейні відносини чи окремі інститути сімейного права (спеціальні закони, сімейні кодекси), досить часто присутні в таких законах і норми спадкового права.<sup>2</sup> На жаль, норми мусульманського права значною мірою навіть після реформування зберігають елементи дискримінаційного ставлення до жінок у шлюбі.

У багатьох ісламських державах на конституційному рівні закріплено принцип рівності (ст. 4, 9 Конституції АРС, ст. 21 Конституції Тунісу, ст. 10 Конституції Турецької Республіки, ст. 14 та 16 Конституції Іраку, ст. 20 Конституції Ірану, ст. 14 та 25 Конституції Об’єднаних Арабських Еміратів, ст. 41 Конституції Ємену, ст. 25 Конституції Пакистану, ст. 32 Конституції Алжиру).

<sup>1</sup> Naheda Mehboob Ellahi. Family Laws And Judicial Protection. URL: <http://www.delhihighcourt.nic.in/library/articles/family%20court/family%20law%20and%20judicial%20protection.pdf>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Нормативно-правові акти як джерела сімейного права в ісламських державах: проблеми реформування. *Проблеми нормотворення, реалізації та тлумачення норм права у світлі загальновизнаного принципу верховенства права* : тези доп. та повідомл. учасн. IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Івано-Франківськ, 3–4 жовт. 2019 р.) / за заг. ред. І. Д. Шутака. Харків : Право, 2019. С. 174-177.

Насамперед виникає запитання: чи задекларований на конституційному рівні принцип рівності є дієвим та реалістичним в ісламських державах? На думку Абдур-Рахман аш-Шиха: “Вимагати повного та абсолютного рівноправ’я між чоловіками і жінками нерозумно, бо цьому суперечить сама їхня природа, яка відрізняється як на психологічному рівні, так і на рівні менталітету. Більше того, навіть між представниками однієї статі рівноправність, як така, відсутня, і це не вважається чимось дивовижним”.<sup>1</sup> Безперечно, рівності у всьому досягти не можливо, кожна людина є індивідуальністю, і в силу своїх фізіологічних та психологічних особливостей буде відрізнятися від інших. Проте, з науковцем ми не погоджуємося, оскільки принцип рівності передбачає створення рівних можливостей і недопущення дискримінації за ознакою статі.

Для укладання шлюбу у всіх мусульманських державах є певні умови, насамперед досягнення шлюбного віку. Оскільки в Корані шлюбний вік не визначено, то в ісламських державах він встановлюється по-різному. У 2004 році в Марокко встановлено шлюбний вік 18 років як для чоловіків, так і для жінок. Так само в законодавство Єгипту в 2008 році внесені зміни і встановлено шлюбний вік 18 років для обох наречених.<sup>2</sup> Законом про сім’ю Йорданії (2010 р.) встановлено шлюбний вік у 18 років.<sup>3</sup> В Алжирі в 2005 році встановлено мінімальний вік вступу у шлюб для жінок і чоловіків 19 років. Крім того, шлюбний вік для чоловіків в Бангладеші становить 21 рік, в Індонезії – 19 років, у Сирії, Іраку, Тунісі, Туреччині, Лівані, Пакистані – 18 років, Кувейті – 17 років, для жінок в Бангладеші, Тунісі, Іраку та Марокко – 18 років, Малайзії, Туреччині, Сирії та Лівані – 17 років, Пакистані – 16 років, у Кувейті – 15 років. В державах, де було підвищено мінімальний вік вступу в шлюб для дівчат, за рішенням суду та згодою законних опікунів може бути укладено шлюб до досягнення

<sup>1</sup> Абдур-Рахман аш-Шиха. Жінка під покровом ісламу. Пер. *European Islamic Research Centre*. 2013. С. 10-11.

<sup>2</sup> Kristen Stilt, Salma Waheedi, Swathi Gandhavadi Griffin. The Ambitions Of Muslim Family Law Reform. *Harvard Journal of Law & Gender*. 2018. Vol. 41. P. 327.

<sup>3</sup> Там само. P. 324.

шлюбного віку (наприклад, у Туреччині – з 16 років, в Йорданії, Іраку та Марокко – з 15 років).

Щодо світських держав, в яких переважна частина населення сповідує іслам, то так само шлюбний вік різний, у більшості азіатських держав дозволяють вступ у шлюб після досягнення 18 років. Проте в Узбекистані встановлено шлюбний вік для чоловіків у вісімнадцять років, для жінок – 17 років (ст. 15 СК Республіки Узбекистан). За наявності поважних причин (у більшості держав – вагітність, народження дитини; в Узбекистані також оголошення неповнолітнього повністю дієздатним) може бути знижено шлюбний вік: не більше ніж на рік (в Азербайджані, Киргизстані, Туркменістані, Таджикистані, Узбекистані) або не більше ніж на два роки (у Вірменії, Грузії та Казахстані).<sup>1</sup>

Незважаючи на позитивні приклади в окремих мусульманських державах, де встановлено рівний підхід до обох з наречених щодо шлюбного віку (Алжирі, Марокко, Єгипті, Йорданії), в більшості ісламських державах протилежна ситуація, і більше того, по суті дозволено дитячі шлюби.

Існують перепони до укладення шлюбу. Так, у всіх мусульманських державах заборонено одружуватися особам з кровними та родинними зв’язками (наприклад, з дружинами свого батька, діда, сина або внука), пов’язаним спільним грудним вигодовуванням, а також не можна укладати шлюб із заміжніми жінками та не мусульманами. Наприклад, ст. 17 Закону Іраку про особистий статус встановлює, що чоловіки-мусульмани можуть одружитися на жінці, яка сповідує “божественно виявлену” релігію (наприклад християнство). Проте жінки-мусульманки не можуть вийти заміж за немусульманина. В Тунісі тільки у 2017 році був скасований акт 1973 року, який забороняв мусульманським жінкам виходити заміж за немусульман.<sup>2</sup> Закон Тунісу про особистий статус 1956 року (із останніми змінами) у ст. 14–17

<sup>1</sup> Менджул М. В. Основні засади регулювання сімейних відносин в окремих азіатських державах. *Юридичний бюлетень*. Вип. 7. Ч. 1. 2018. С. 260.

<sup>2</sup> Samia El Nagar, Liv Tønnessen. Family law reform in Sudan: Competing claims for gender justice between sharia and women’s human rights CMI report, number 5, December 2017. URL: <https://www.cmi.no/publications/file/6401-family-law-reform-in>

встановлює постійні (спорідненість, укладений шлюб, годування груддю) та тимчасові перепони (право третьої сторони на шлюб) до укладення шлюбу.

Ще одним порушенням принципу рівності є полігамні шлюби, оскільки право укласти ще один шлюб належить виключно чоловікам. Полігамія базується на нормах Корану (4:3), і не є безмежною. Насамперед, максимально можна мати одночасно чотири дружини, і в більшості ісламських державах на рівні законодавства визначено, що право на повторний шлюб надає суд, і при цьому має бути згода першої дружини, друга дружина повинна бути поінформована про наявність першої дружини в її майбутнього чоловіка, а також чоловік повинен гарантувати справедливе ставлення до всіх дружин.

Щодо дискусії про полігамію, то серед мусульманських дослідників теж триває жваве обговорення питання: чи заборонена полігамія, крім тих випадків, коли захист прав сиріт є основною об'єктивною причиною? Зокрема, є позиція серед науковців, що таке положення Корану виникло для захисту прав сиріт та вдів, і метою його було встановлення соціальної справедливості. Комісія з сімейного права в Пакистані зауважила, що “якщо цей спосіб вирішення проблеми призводить до несправедливості у сімейних відносинах, то мусульманам рекомендується практикувати тільки моногамію”. У своїй доповіді Комісія стверджує, що дозвіл на шлюб більше ніж з однією дружиною встановлював соціальну справедливість у той час, коли він був написаний, тобто у VII столітті. Аналогічно, регулювання практики дозволить встановити модерністську мету соціальної справедливості в сучасний день.<sup>1</sup>

В ісламських державах у шлюбному договорі може бути обмежена полігамія (міститися норма про заборону чоловікові укладати ще один шлюб), надане право жінці на розлучення без причин, визначених законом, міститися заборона чоловікові обмежувати працевлаштування та виїзди за кордон дружини. Проте, в силу традицій та релігійних

<sup>1</sup> Nadya Haider. Islamic Legal Reform: The Case of Pakistan and Family Law. *Yale Journal of Law & Feminism*: Vol. 12: Iss. 2, Article 5. P. 311-312.

норм, жінки рідко використовують такі можливості в шлюбних договорах.

Прикладом нерівності в більшості мусульманських держав є обов'язкова згода опікуна на укладення шлюбу дівчиною, а в деяких державах і хлопця. Таким опікуном є або батько, або інший представник роду чоловічої статі, який виконує обов'язки у разі смерті рідного батька. Наприклад, згідно зі ст. 21 Сімейного кодексу Марокко, для укладення шлюбу неповнолітнього потрібна згода його законного представника. У випадку ненадання згоди, остаточне рішення приймає сімейний суддя. Як виняток, Закон Індонезії про шлюб встановлює, що дозвіл на одруження особа має отримати до досягнення віку 21 року від обох батьків (ст. 6).<sup>12</sup> Згідно зі ст. 12 Сімейного кодексу Алжиру, батько може перешкодити своїй старшій дочці одружитися, якщо це в її інтересах. В Саудівській Аравії для укладення шлюбу обов'язково потрібна згода опікуна, і крім нареченої шлюбний договір підписує опікун. Найбільш широкі повноваження опікун має за законодавством Ємена, зокрема він може одружити юнака до 15-річного віку навіть без його згоди, згода дівчини на укладення шлюбу вимагається з 16 років.<sup>3</sup>

Таким чином, реформи в сфері сімейного права в мусульманських державах привели до появи правових норм, спрямованих на утвердження принципів рівності у шлюбних відносинах чоловіка та жінки. Найбільш яскраво це видно на прикладі Тунісу та Туреччини, де сформовано більш сучасну модель мусульманської сім'ї, яка є моногамною та будується на принципі рівності подружжя. Це дозволяє і зберегти принципи ісламу, і врахувати сучасний динамічний розви-

<sup>1</sup> Syahril Jamil. Konstruksi Hukum Keluarga Islam di Indonesia. *Jurnal Usrah*. 67. Vol. 3 №. 1, Juni 2017. P. 70.

<sup>2</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. URL: [http://hukum.unsrat.ac.id/uu/uu\\_1\\_74.htm](http://hukum.unsrat.ac.id/uu/uu_1_74.htm)

<sup>3</sup> Лymar Т.С. Традиції мусульманського права в сучасному законодавстві країн Арабського Сходу. С. 150-153. URL: [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/6416/Lymar\\_Tradyciyi\\_musulmanskogo\\_prava.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/6416/Lymar_Tradyciyi_musulmanskogo_prava.pdf?sequence=1&isAllowed=y)



ток сімейних відносин. На нашу думку, поступово такий позитивний досвід можуть перейняти й інші мусульманські держави, при цьому ефективність реформування мусульманського права залежатиме від врахування норм ісламу, поваги до прав людини та утвердження принципу рівності.<sup>1</sup>

Встановлення на рівні законодавства принципу нейтралітету щодо різних форм співжиття, зростання імміграції з мусульманських країн, призводить до виникнення питання щодо можливості визнання полігамних шлюбів. Це питання усе частіше стає предметом наукових досліджень в європейських державах, в тому числі і в аспекті можливих зловживань при здійсненні права на возз'єднання з сім'єю, осіб, яким надано право на притулок, а в державі громадянства вони мали офіційно більше однієї дружини.<sup>2</sup>

Норвегія на рівні Закону про імміграцію встановила норми, що запобігають переселенню полігамних сімей. Зокрема, встановлено, що якщо у особи більше ніж одна дружина, дозвіл на проживання з метою возз'єднання сім'ї може отримати тільки одна дружина. Водночас проблеми фактично існують у випадку коли інші дружини іммігрують самостійно і отримують статус біженця – в результаті можлива ситуація, що фактично матимуть місце відносини з більш як однією жінкою.<sup>3</sup>

Наразі жодна з європейських держав не дозволяє полігамні шлюби, оскільки сімейне законодавство цих країн побудоване на принципі моногамії. Полігамний шлюб завжди буде базуватися на прямій дискримінації, оскільки в державах, де він дозволений, чоловіки можуть мати більше однієї дружини, а жінки такого права не мають. Проте, як в досліджуваних державах, так і в Україні, можливі фактичні відносини співжиття більше ніж з однією особою, які не захищаються законом.

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принцип рівності та сімейне право ісламських держав. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2019. №. 4. Vol. 1. P. 70-73.

<sup>2</sup> Göran Lind. Utmaningar inom familjerätten. P. 70. URL: <https://svjt.se/svjt/3016/69>

<sup>3</sup> Анастасія Боренкова, Тамара Марценюк. Форми сімейних відносин у Швеції (на прикладі офіційного чи цивільного шлюбів). С. 33. URL: [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/1709/Martseniuk\\_Formy%20simeinykh%20vidnosyn.pdf](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/1709/Martseniuk_Formy%20simeinykh%20vidnosyn.pdf)

Повертаючись до України, то у шлюбних відносинах принцип рівності зумовив не тільки однаковий шлюбний вік для чоловіків та жінок, але і поширив принцип одношлюбності однаково як на чоловіків, так і жінок (ст. 25 СК України), зумовив встановлення однакових прав та обов'язків для наречених (ст. 30, 31, 35 СК України). Крім того, процедура укладення шлюбу передбачає однакові вимоги до наречених, незалежно від статі, і рівність чоловіка та жінки щодо можливості розірвати шлюб.

Це підтверджується і в судовій практиці України. Безперечно, з об'єктивних причин переважна кількість справ про надання права на шлюб до досягнення шлюбного віку (згідно з ч. 2 ст. 23 СК України це можливо за рішенням суду за розглядом заяви особи, що досягла шістнадцяти років) вирішується щодо жінок і переважно у зв'язку із їх вагітністю (рішення Косівського районного суду Івано-Франківської області від 7 червня 2019 р.<sup>1</sup>, рішення Катеринопільського районного суду Черкаської області від 19 листопада 2018 р.<sup>2</sup>, рішення Первомайського міськрайонного суду Миколаївської області від 12 червня 2019 р.<sup>3</sup>, рішення Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 4 жовтня 2017 р.<sup>4</sup> тощо), проте є випадки, коли суд надає право на шлюб до досягнення шлюбного віку з інших підстав (наприклад, у рішенні Дружківського міського суду Донецької області від 27 серпня 2018 р. було встановлено, що надання права на шлюб до 18 років відповідає інтересам заявниці, оскільки між нею та Особою 4 вже досягнуто взаємної згоди щодо укладення шлюбу, таке рішення є добровільним і має на меті забезпечити стабільні відносини між ними<sup>5</sup>).

<sup>1</sup> Рішення Косівського районного суду Івано-Франківської області від 7 червня 2019 р. у справі № 347/979/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82262095>

<sup>2</sup> Рішення Катеринопільського районного суду Черкаської області 19 листопада 2018 р. у справі № 698/749/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78239703>

<sup>3</sup> Рішення Первомайського міськрайонного суду Миколаївської області від 12.06.2019 р. у справі № 484/2526/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82354715>.

<sup>4</sup> Рішення Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 4 жовтня 2017 р. у справі № 539/2377/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69320402>

<sup>5</sup> Рішення Дружківського міського суду Донецької області від 27 серпня 2018 р. у справі № 229/3518/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76061714>

Також є рішення, у яких право на шлюб до досягнення шлюбного віку надається як жінкам, так і чоловікам.<sup>1</sup>

До внесення змін до ст. 23 СК України у 2012 році особа, яка досягла віку чотирнадцяти років, при потребі подавала заяву до суду про надання їй права на шлюб. Зрозумілою є позиція законодавця збільшити мінімальний вік звернення у таких справах до суду з метою попередження ранніх шлюбів. Водночас це не зовсім вирішує проблему, адже в такому віці у переважній більшості випадків особа одружується у зв'язку з вагітністю, яка не є планованою. Досі є випадки звернення до суду у зв'язку із вагітністю із заявою про надання права на шлюб особам, що не досягли 16 років, і суд відмовляє через відсутність процесуальної правоздатності.<sup>2</sup> Для запобігання ранній вагітності більш ефективним було б проведення відповідних роз'яснювальних та інформаційних кампаній.

Ми вже обґрунтовували, що за розгляд справ окремого провадження про надання права на шлюб судовий збір не повинен справлятися.<sup>3</sup> Саме тому необхідно частину 1 ст. 5 Закону України “Про судовий збір”<sup>4</sup> доповнити новим пунктом: “фізичні особи, які звертаються до суду із заявами про надання права на шлюб до досягнення шлюбного віку”.

Очевидним є те, що наразі принцип рівності не є абсолютним, він має певні винятки, які чітко прослідковуються у регулюванні інституту шлюбу, в тому числі визнання в Україні тільки права на шлюб осіб протилежної статі. Безперечно, в умовах сучасного стану розвитку суспільної моралі та не досить толерантного ставлення до пар з осіб однієї статі в Україні, передчасним є розгляд пропозицій про внесення змін до законодавства щодо надання права на укладення од-

ностатевих шлюбів. Проте, принцип рівності передбачає, що для осіб однієї статі, які перебувають у тривалих стосунках, держава повинна на рівні законодавства встановити правові рамки та надати можливість укладати цивільне партнерство.

Принцип рівності є одним із факторів багатогранності сімейних відносин, правовим підґрунтям для збільшення кількості організованого сімейного життя поза формальними формами. Ми не погоджуємося з позицією, що це може призвести до деінституціоналізації шлюбу. На нашу думку, в сучасному світі вже має місце явище поліформності (мультиінституційності) сімейних відносин фізичних осіб, і поряд з традиційним інститутом шлюбу інституційного характеру набувають такі форми спіжиття як партнерство та фактичний союз.

Демократична держава не повинна урівнювати всі форми сімейного співжиття, проте вона зобов'язана в аспекті принципу рівності, поваги до людської гідності забезпечити правове регулювання всіх сімейних союзів, що не суперечать суспільній моралі, і гарантувати базові права партнерам у таких союзах. Конституція та сімейне законодавство України повинні відображати реальний стан суспільних відносин, оптимально враховувати їх динамічний розвиток та потребу у правовому регулюванні. Не може частина суспільних відносин, що вже фактично склалася, не бути врегульованою, а особливо з тих причин, що їх учасниками є меншість у суспільстві.

Принцип рівності передбачає надання гарантій у формі правової визначеності різних форм сімейних союзів, і не зобов'язує до їх однаковості із шлюбом, який в силу своїх функцій, в тому числі народження і виховання дітей, може перебувати під особливою охороною держави.

<sup>1</sup> Рішення Вінницького міського суду Вінницької області від 30.01.2014 р. у справі № 127/822/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37048066>

<sup>2</sup> Рішення Гуляйпільського районного суду Запорізької області від 13 січня 2017 р. у справі № 315/11/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64036262>

<sup>3</sup> Менджул М.В. Надання права на шлюб особам, що не досягли шлюбного віку: окремі проблеми. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2013. № 2 (14). С. 153.

<sup>4</sup> Про судовий збір: Закон України від 08.07.2011 № 3674-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17>

### 3.3. Дія принципу рівності в особистих немайнових та майнових відносинах подружжя

Принцип рівності у регулюванні відносин між подружжям є вже звичною засадою законодавства України та європейських держав. Водночас виникають запитання: коли виник вказаний принцип і чи можна говорити про його історичний розвиток в римському приватному праві? Дати відповіді на поставлені питання можна, з'ясувавши, які права були в одружених чоловіка та жінки у Стародавньому Римі.

Ряд дослідників констатують, що римська культура була мускулінною за своєю природою і визнавала основне призначення жінок у вихованні дітей в римських традиціях.<sup>1</sup> Водночас, протягом розвитку римського приватного права, з позиції прав чоловіка та жінки доцільно виділяти два види шлюбу: “*cum manu*” (із владою чоловіка) та “*sine manu*” (без влади чоловіка). Відносини фактичного спільного проживання (конкубінат) не породжували таких прав як законний шлюб. Раби не мали права укладати офіційний шлюб. Доволі часто господарі дозволяли рабам створювати пари, але дитина, народжена рабинею від іншого раба чи від громадянина Риму, була також рабом.

Шлюб “*cum manu*” був побудований на підпорядкуванні жінки чоловікові, і відповідно дружина мала ряд обов'язків, а чоловік наділявся значними правами. Майно, придбане дружиною, належало чоловіку, який вільно ним розпоряджався. Чоловік міг покарати дружину, навіть продати в рабство.<sup>2</sup> Таке становище жінки часто порівнювалося із становищем доньки. У римському праві шлюб без влади чоловіка (“*sine manu*”) містив елементи принципу рівності. Чоловік не мав вже права карати дружину чи продати її в рабство, подружжя повинні були ставитися один до одного з повагою.

<sup>1</sup> Вовк В.М. “Жіноче питання” у римському праві. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2008. № 3. С. 3.

<sup>2</sup> Лещенко В.С., Разінкова А.В. Римські та сучасні українські особисті, майнові відносини подружжя (порівняльний аналіз). *Актуальні проблеми держави і права*. С. 99. URL: <http://www.apdp.in.ua/v41/17.pdf> 99

Звільнення жінок з-під опіки агнатів відбулося у період принципату, після прийняття закону Клавдія. Проте ще наприкінці епохи республіки для ряду угод, які укладали жінки, формально потрібне було погодження опікуна. У шлюбі “без чоловічої влади” жінці було надане право три ночі на рік ночувати не вдома, дружина повинна була поважати чоловіка і коритися йому, бути йому вірною, слідувати за чоловіком, якщо він змінював місце проживання. Невиконання дружиною своїх обов'язків було підставою для розірвання шлюбу. Чоловік повинен бути вірним дружині впродовж усього існування шлюбу, надати утримання дружині у розмірі одержаного приданого, оплатити всі витрати на похорони дружини, яка не залишила по собі спадку і якщо вона не мала приданого. Чоловік мав право вимагати повернення дружини від батька, бути законним представником дружини, зберігачем приданого (“*dos*”). Жінка набувала громадянське становище чоловіка, була власником приданого, мала право вимагати повернення майна, а також отримувати половину скарбу, знайденого чоловіком. У шлюбі “*sine manu*” верховенство чоловіка у сфері окремих сімейних відносин все ж таки залишалося (прізвище чоловіка було обов'язковим для дружини, чоловік обирав методи і способи виховання дітей).<sup>1</sup> Детальніше особисті немайнові та майнові права подружжя у шлюбах “*cum manu*” (із владою чоловіка) та “*sine manu*” нами детально досліджено в окремій публікації.<sup>2</sup>

Таким чином, в історії регулювання римським приватним правом відносин подружжя відбувся поступовий перехід від нерівності, підпорядкованості до часткових елементів принципу рівності та партнерства чоловіка і жінки.

<sup>1</sup> Лещенко В.С., Разінкова А.В. Римські та сучасні українські особисті, майнові відносини подружжя (порівняльний аналіз). *Актуальні проблеми держави і права*. С. 100. URL: <http://www.apdp.in.ua/v41/17.pdf> 99

<sup>2</sup> Менджул М.В. Права подружжя в римському приватному праві. *Правова держава: історія, сучасність та перспективи формування в Україні* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Ужгород, 15–16 лют. 2019 р. Ужгород : Ужгор. нац. ун-т, 2019. С. 54-55.

Подальша історія розвитку правового регулювання сімейних відносин достатньо досліджена<sup>1</sup>, і можна погодитися із обґрунтованою позицією, що на території України, у період Київської Русі та до ХХ ст., основними джерелами регулювання шлюбно-сімейних відносин були звичаї, норми християнської моралі та канонічне право, що утверджували керівну роль чоловіка у сім'ї. Ситуація кардинально змінилася в радянський період, коли на конституційному та законодавчому рівні був утверджений принцип рівності чоловіка та жінки у шлюбі.

Таким чином, елементи принципу рівності у шлюбних відносинах, закладені римським приватним правом, знайшли своє продовження у законодавстві європейських держав в ХІХ столітті, і повною мірою утвердилися в ХХ столітті. При цьому на практичні проблеми реалізації принципу рівності в сімейних відносинах наголошують як сучасні науковці, так і правозахисники та практикуючі юристи.

Рівність прав чоловіка та жінки у сімейних відносинах є головною засадою сімейного законодавства і писаним принципом сімейного права. Зокрема, цей принцип ґрунтується на ст. 21 та 24 Конституції України, зафіксований у ст. 51 Конституції України, ч. 5 та 6 ст. 7, ст. 51, 52, 54, 63, 141 та інших статтях Сімейного кодексу України.

При цьому аналіз вказаних норм показав, що зафіксовано як принцип рівності подружжя у сімейних відносинах загалом (ст. 51 Конституції України та ч. 6 ст. 7 СК України), так і окремі змістовні елементи прояву дії вказаного принципу на конкретні особисті немайнові та майнові права, а саме рівність кожного із подружжя щодо: права на повагу до своєї індивідуальності, звичок і вподобань (ст. 51 СК України); права на фізичний і духовний розвиток, отримання освіти, прояв здібностей, а також створення умов для праці, відпочинку (ст. 52 СК України); спільного вирішення всіх найважливіших питань життя сім'ї (ч. 2 ст. 54 СК України); здійснення права спільної сумісної влас-

<sup>1</sup> Балко О.О. Інститут шлюбу за римським правом та його рецепція у континентальному типі правової системи : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Львів, 2015. 185 с. ; Петренко І.М. Шлюбно-сімейні відносини в православній повсякденній культурі Росії ХVІІІ ст. : автореф. дис. ... д-ра іст. наук : спец. 07.00.02. Київ, 2011. 36 с. ; Ткаченко Вікторія. Становлення й розвиток конституційного та законодавчого забезпечення шлюбно-сімейних відносин в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 6. С. 199-203.

ності (ст. 63 СК України); рівності часток у праві спільної сумісної власності (ст. 70 СК України); прав та обов'язків як батьків дитини (ст. 141 СК України) та інші.

Особисті немайнові права в Україні детально досліджені такими науковцями як І.В. Бондар, С.Б. Булеца, І.Я. Верес, М.А. Гора, А.С. Довгерт, Ю.М. Жорнокуй, О.В. Кохановська, Б.К. Левківський, Т.В. Лісніча, А.С. Мартюк, М.М. Мікуліна, Л.А. Ольховик, О.О. Посикалюк, О.О. Пунда, О.І. Сафончик, О.В. Синегубов, С.О. Сліпченко, Р.О. Стефанчук, О.Р. Шишка, Б.С. Щербина, Л.В. Федюк та інші.

О.В. Кохановська зазначає, що особисті немайнові права становлять духовну основу суспільства, що є передумовою інших прав та свобод, і в сучасній доктрині їх розглядають як абсолютні, невідчужувані і такі, що є проявом свободи та недоторканності особи.<sup>1</sup> Можна погодитися з тим, що особисті немайнові права є проявом свободи, проте вони є також проявом гідності особи.

О.О. Пунда вважає, що особистими немайновими правами людини (фізичної особи) є основні права, які реалізуються у сфері природного та соціального життя людини через комплексний механізм їх здійснення, а також його організаційно-управлінське забезпечення органами публічної влади.<sup>2</sup> Ми не зовсім погоджуємося, що здійснення особистих немайнових прав передбачає організаційно-управлінське забезпечення з боку органів публічної влади. Скоріше, навпаки – таке забезпечення має місце у виняткових випадках, а здебільшого роль держави зводиться до встановлення правових підстав здійснення особистих немайнових прав фізичної особи і гарантування механізму їх захисту. Наприклад, при виборі місця проживання подружжя, здійсненні права на повагу до своєї індивідуальності, звичок і вподобань, права на фізичний і духовний розвиток, отримання освіти та інших

<sup>1</sup> Кохановська О. Поняття та види особистих немайнових прав у цивільному праві України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2010. Вип. 84. С. 8-9.

<sup>2</sup> Пунда О.О. Адміністративно-правове регулювання забезпечення здійснення особистих немайнових прав : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07. Ірпінь, 2018. С. 34.



особистих немайнових прав подружжя відсутнє організаційно-управлінське забезпечення з боку органів публічної влади.

Більшість науковців вважають, що особисті немайнові відносини не є безпосередньо пов'язаними з майновими, виникають щодо немайнових благ, не мають економічного змісту, є невіддільними від особи, і в них здійснюється індивідуалізація особистості<sup>1</sup>. С.О. Сліпченко обґрунтовує, що за загальним правилом особисті немайнові права є невідчужуваними, водночас окремі з них можуть бути віддільними, наприклад ім'я особи, відомості з особистого життя і т.п.<sup>2</sup> Справді, особа може використати своє ім'я як найменування для певної юридичної особи приватного права, проте більшість особистих немайнових прав є невіддільними від особи.

З.В. Ромовська обґрунтовує, що в силу невід'ємності особистих немайнових прав від особи, їх неможливо здійснювати через представника. В той же час, правильний приклад наводить Б.С. Щербина: у разі здійснення права на медичну допомогу неповнолітніх, які не можуть надати згоду, то така медична допомога надається за згодою батьків як законних представників.<sup>3</sup> Так само батьки у місячний строк ресструють народження дитини і дають їй ім'я. Дитина може згодом, по досягненні шістнадцятирічного віку, без згоди батьків змінити ім'я, але з чотирнадцяти років зміна імені відбувається за згодою законних представників. Вказані приклади не спростовують позицію про невід'ємність особистих немайнових прав від особи, адже вони тісно пов'язані з конкретною людиною, будучи винятками із загаль-

<sup>1</sup> Кохановська О.В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : монографія. Київ : Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2006. 463 с. ; Гора М.А. Поняття та ознаки особистих немайнових прав фізичних осіб. *Правова держава*. 2014. № 17. С. 64.

<sup>2</sup> Сліпченко С.О. Невідчужуваність та невіддільність особистих немайнових прав. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства* : зб. наук. ст. Вип. 29. Івано-Франківськ : Прикарпатський національний ун-т ім. Василя Стефаника, 2012. С. 132-133.

<sup>3</sup> Щербина Б.С. Реалізація абсолютних особистих немайнових прав фізичних осіб. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2018. Вип. 49. Т. 1. С. 165.

ного правила, вони підтверджують складність правової природи особистих немайнових прав особи.

Не можна погодитися з позицією Л.А. Ольховик, що особисті немайнові права є об'єктом цивільних відносин<sup>1</sup>, адже об'єктом виступають немайнові блага, щодо яких в учасників відносин є особисті немайнові права.

Найбільше особистих немайнових прав людина здійснює у сфері сімейних відносин. Навіть укладаючи шлюб, особи мають на меті насамперед реалізувати особисті немайнові права на сім'ю, материнство, батьківство, і аж ніяк не майнові права. Майнові права у сімейних відносинах є похідними від особистих немайнових прав, і тому вони пов'язані з ними. Спільна сумісна власність у подружжя виникає в результаті реалізації особами особистого немайнового права на шлюб. Якщо ж особи не перебувають у шлюбі або у фактичному сімейному союзі, то спільна власність у них може виникнути на підставах, передбачених ЦК України (наприклад, придбання за спільні кошти чи спільною працею).

Не всі особисті немайнові відносини між подружжям регулюються сімейним законодавством. Хоча, згідно з ч. 1 ст. 55 СК України, як дружина, так і чоловік мають обов'язок разом піклуватися про побудову сімейних відносин між ними, іншими членами сім'ї на почутті любові, поваги, дружби та взаємодопомоги, такі відносини переважно регулюються нормами моралі, релігії та іншими соціальними регуляторами. Вочевидь, це правильно, адже для забезпечення особистісної свободи правове регулювання сімейних відносин має здійснюватися за принципом мінімальної достатності із врахуванням інтересів учасників сімейних відносин та суспільства.

Доволі слушною є класифікація особистих немайнових прав у сфері сімейних відносин, запропонована Р.О. Стефанчуком. Зокрема, науковець пропонує виділяти: "а) особисті немайнові права, які виникають у фізичної особи до створення сім'ї та пов'язані з її створенням (право на сім'ю, право на заручини, право на шлюб, усиновлення

<sup>1</sup> Ольховик Л.А. Поняття особистих немайнових прав дитини. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. С. 271-272.

тощо); б) особисті немайнові права, що виникають в особи під час перебування у сім'ї (особисті немайнові права подружжя, особисті немайнові права батьків та дітей, особисті немайнові права усиновителя та усиновленого, особисті немайнові права інших членів сім'ї тощо); в) особисті немайнові права, які виникають після припинення (призупинення) сімейних відносин (право на поновлення шлюбу, право матері (батька), які були позбавлені батьківських прав на побачення з дитиною, а також на поновлення батьківських прав).<sup>1</sup> Вказана класифікація враховує і змістове наповнення особистих немайнових прав членів сім'ї, і суб'єктний склад учасників сімейних відносин. Єдине щодо права на усиновлення, то усиновлювачем може бути і особа не у шлюбі, якщо вона є громадянином України. Так само, як і право на материнство і батьківство, що можуть бути реалізовані без укладення шлюбу, оскільки пов'язані із репродуктивною функцією.

На нашу думку, особисті немайнові права у сфері шлюбних відносин можуть бути класифіковані на такі види: 1) особисті немайнові права фізичних осіб до та під час укладення шлюбу (право на заручини; право на інформацію про стан здоров'я іншого з наречених; право на вибір місця реєстрації шлюбу; право на вибір прізвища під час укладення шлюбу тощо); 2) особисті немайнові права подружжя (право на повагу до своєї індивідуальності, звичок та вподобань; право на фізичний і духовний розвиток; право на створення умов для праці, відпочинку; право на спільне вирішення всіх найважливіших питань життя сім'ї та інші); 3) особисті немайнові права під час розірвання (призупинення) шлюбних відносин (право на примирення та збереження шлюбу; право на повагу; право на скасування режиму окремого проживання подружжя та ін.); 4) особисті немайнові права після розірвання шлюбу (право на поновлення шлюбу у разі появи особи, яка була оголошена померлою чи визнана безвісно відсутньою; право на вибір прізвища після розірвання шлюбу; право на повторне укладення шлюбу, право на визнання розірвання шлюбу фіктивним та ін.).

<sup>1</sup> Стефанчук Р.О. Система особистих немайнових прав фізичних осіб у сфері сімейних відносин: до питання вдосконалення. *Університетські наукові записки*. 2006. № 2 (18). С. 109.

Таким чином, в Україні гарантується рівність в особистих немайнових правах та обов'язках чоловіка і жінки, в тому числі: права на індивідуальність, права на фізичний та духовний розвиток, права на зміну прізвища, права на розподіл обов'язків та спільне вирішення питань життя сім'ї, обов'язку турбуватися про сім'ю, права на свободу та особисту недоторканність (ст. 51 – 56 СК України). Також для жінки гарантується право на материнство (ст. 49 СК України), для чоловіка – право на батьківство (ст. 50 СК України), які можуть бути реалізованими і поза шлюбом.

Проаналізуємо також дію принципу рівності в особистих немайнових відносинах подружжя у законодавстві зарубіжних держав.

Оскільки Конституція Німеччини була прийнята ще в 1949 р., то принцип рівності учасників сімейних відносин утверджувався в законодавстві поступово. Так, наприклад, закон "Про правовий статус незаконнонароджених дітей" набув чинності тільки в 1970 році. Що стосується рівності прав подружжя, то перший закон був прийнятий в 1958 році, який вніс зміни до Німецького цивільного укладення та встановив, що "дружині було дозволено працювати, однак в тій мірі, в якій це відповідало б її обов'язкам у шлюбі та сім'ї" (ст. 1356). Взаємне право на працю чоловіка та дружини було утверджене законом "Про реформу шлюбу та сімейного права" 1976 р.<sup>1</sup> В сучасній редакції ст. 1356 Німецького цивільного укладення передбачає взаємний обов'язок подружжя при виборі заняття враховувати інтереси іншого.<sup>2</sup>

Внаслідок реформи сімейного законодавства в 70-х роках ХХ ст. в Австрії були утверджені принципи рівності чоловіка та жінки в шлюбі, а також принцип рівності дітей, народжених в шлюбі та поза ним<sup>3</sup>. Наразі принцип рівності прав подружжя встановлений в ст. 89 ЦК Австрії<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Familie, Familienrecht und Reformen. URL: <http://www.bpb.de/politik/innenpolitik/familienpolitik/198764/familie-familienrecht-und-reformen?p=all>

<sup>2</sup> Bürgerliches Gesetzbuch. URL: <https://www.buzer.de/gesetz/6597/a93084.htm>

<sup>3</sup> Christian Broda. Familien und Strafrechtsreform der 1970er Jahre. URL: <https://www.mediathek.at/akustische-chronik/1970-1985/familien-und-strafrechtsreform/>

<sup>4</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. URL: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/44>

Безперечно, ЦК Франції з моменту прийняття проголошував, що “всі люди народжуються вільними і рівними”, водночас зміни в цивільному законодавстві на основі принципів гендерної рівності та рівності дітей стали надбанням останніх десятиліть. Зокрема: в 1970 р. встановлено принцип “батьківської опіки”; в 1972 р. проголошено принцип рівності дітей, що народилися в шлюбі та поза шлюбом; на утвердження принципу свободи розлучення був спрямований закон про внесення змін до ЦК від 1975 р.<sup>1</sup> Закон “Про рівність подружжя” 1985 р. остаточно закріпив принцип рівності чоловіка та жінки у шлюбі.<sup>2</sup> У французькій літературі зазначають, що тільки законом від 4 липня 2005 р. були скасовані будь-які посилання у Цивільному кодексі на відмінності щодо статі.<sup>3</sup>

Стаття 2 Закону про шлюб Фінляндії від 13 червня 1929 р. в редакції 1987 р. встановлює принцип рівності подружжя.<sup>4</sup> Подружжя повинні показати взаємну довіру і працювати разом для сім’ї; як чоловік, так і дружина мають право приймати рішення про власну участь у трудовій, соціальній та іншій діяльності поза межами сім’ї.

Щодо принципу взаємної підтримки, то, згідно зі ст. 3.27 ЦК Литви, подружжя повинні бути лояльними один до одного, поважати один одного, а також підтримувати один одного морально і матеріально і, враховуючи їхні здібності, сприяти задоволенню спільних потреб сім’ї чи іншого з подружжя (чоловіка або дружини). Якщо з об’єктивних причин один з подружжя не в змозі задовольнити потреби сім’ї в цілому, то інший повинен зробити це відповідно до своїх можливостей.

Водночас, в зарубіжному законодавстві наявні і дискримінаційні норми. Про порушення принципу рівності та прав людини в Монако

<sup>1</sup> Jean HAUSER Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-le-droit-de-la-famille>

<sup>2</sup> Emmanuel Pardo. Droit de la Famille. URL: <https://avocat-nice-pardo.fr/droit-de-la-famille/>

<sup>3</sup> Hubert Bosse-Platière. L’avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures. À l’horizon de l’Europe. Informations sociales 2005/8 (n° 128), p. 38 - 51. URL: [https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-8-page-38.htm?try\\_download=1](https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-8-page-38.htm?try_download=1)

<sup>4</sup> Avioliittolaki, 13.6.1929/234. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1929/19290234>

в контексті не визнання позашлюбних фактичних відносин, а також виняткового права на аборт (у випадку загрози життю матері, патології та якщо вагітність виникла після згвалтування) є відповідні дослідження.<sup>1</sup>

Прикладом дискримінації в особистих немайнових правах подружжя є норма ЦК Туреччини, що встановлює обов’язок жінки після укладення шлюбу іменуватися прізвищем чоловіка. У рішенні ЄСПЛ “Ünal Tekeli v. Turkey” було констатовано порушення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у поєднанні зі ст. 14 на тій підставі, що відображення єдності родини через спільне прізвище не може виправдати гендерну різницю в поводженні (п. 68). По цій справі заявниця Айтен Юнал Текелі оскаржила відмову у використанні нею дівочого прізвища до суду. Стаття 153 Цивільного кодексу Туреччини встановлює, що заміжні жінки повинні носити прізвище чоловіка. Після внесених 14 травня 1997 року, змін до ст. 153 Цивільного кодексу заміжні жінки отримали право додавати дівоче прізвище до прізвища чоловіка. 22 листопада 2001 року набув чинності новий Цивільний кодекс Туреччини, який у ст. 187 відобразив без змін зміст ст. 153. Уряд посилався на рішення Конституційного суду від 29 вересня 1998 р. і, зокрема, стверджував, що різниця в поводженні за ознакою статі є виправданою з огляду на соціальну реальність в Туреччині, і що 68,8% жінок мають обмежену економічну свободу, і саме прізвище чоловіка посилює становище дружини в сім’ї. ЄСПЛ вирішив: те, що заміжні жінки не можуть носити дошлюбне прізвище після одруження, тоді як одружені чоловіки зберігають своє прізвище, безсумнівно є “різницею в поводженні” за ознакою статі між людьми в аналогічній ситуації (п. 55).<sup>2</sup>

Важливим особистим немайновим правом подружжя є право на розірвання шлюбу. Це право не є чітко зафіксованим, проте передбачений механізм здійснення такого права у главі 11 СК України.

<sup>1</sup> Anne Eastwood. L’égalité hommes/femmes. *Le dossier du jour*. 8 mars 2017. URL: [https://hautcommissariat.mc/docs\\_site/Monaco-Matin-8-mars-2017.pdf](https://hautcommissariat.mc/docs_site/Monaco-Matin-8-mars-2017.pdf)

<sup>2</sup> Case of Ünal Tekeli v. Turkey, 16 November 2004. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/en/g#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67482%22%5D%7D>

Українське законодавство не містить необґрунтованих обмежень щодо реалізації подружжям чи одним із них особистого немайнового права припинити шлюбні відносини шляхом розірвання. Припинення шлюбу внаслідок смерті одного із подружжя чи оголошення його померлим є юридичною подією, що не залежить від волі подружжя.

У СК України передбачено досить ліберальний підхід до розірвання шлюбу. Зокрема, подружжя може розірвати шлюб за спільним рішенням або за бажанням одного із них. Встановлено як адміністративний (ст. 106 та 107 СК України), так і судовий (ст. 109 – 112 СК України) порядок розірвання шлюбу.

Необґрунтованим є обмеження права особи розірвати шлюб в адміністративному порядку тільки у випадку відсутності дітей. На нашу думку, необхідно в ст. 106 СК України слово “дітей” замінити слово-сполученням “неповнолітніх дітей”.

Після внесених у 2010 році змін до ст. 107 СК України залишилися тільки дві підстави для розірвання шлюбу за заявою одного з подружжя. Ми вважаємо, що потрібно доповнити частину першу пунктом 3 такого змісту: “засуджений за вчинення умисного злочину”. Це спростить процедуру розірвання шлюбу з особою, засудженою за скоєння умисного злочину, не залежно від виду покарання, і знову ж таки, це буде правом іншого із подружжя, яке може бути ним і не реалізовано.

Підставою для розірвання шлюбу в судовому порядку є встановлення факту, що спільне життя подружжя та збереження шлюбу могло б суперечити інтересам одного з них чи дітей. При винесенні судових рішень про розірвання шлюбу як підстава зазначається: “між сторонами втрачено почуття любові”<sup>1</sup>; “сторони втратили почуття любові, поваги через небажання розуміти один одного, протягом тривалого часу спільного господарства не ведуть”<sup>2</sup>; “сторони не бажають зберег-

<sup>1</sup> Рішення Хустського районного суду Закарпатської області від 3 липня 2014 року у справі № 309/2142/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/39569660>

<sup>2</sup> Рішення Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 31.08.2017 р. у справі № 308/4074/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68639198>

ти шлюб”<sup>1</sup>; “відмова в розірванні шлюбу буде примушенням до шлюбу та шлюбних відносин, що є неприпустимим”<sup>2</sup>. Проте у більшості рішень як обґрунтування використовується формулювання, що “подальше спільне життя подружжя та збереження шлюбу суперечило б інтересам сторін, що має істотне значення”<sup>3</sup>.

У ч. 2 ст. 110 СК України містяться обмеження щодо реалізації свободи розірвання шлюбу. Зокрема, не можна подати позов про розірвання шлюбу під час вагітності дружини і до досягнення дитиною одного року. Це обмеження не застосовується, якщо один із подружжя вчинив щодо другого з подружжя або дитини протиправну поведінку з ознаками кримінального правопорушення або батьківство визнано іншим чоловіком. В науковій літературі є позиція про недоцільність такого обмеження, оскільки цим порушується право жінки на розлучення.<sup>4</sup> З цим важко погодитися, оскільки обмеження, встановлені ст. 110 СК України, спрямовані на збереження шлюбу, враховують можливий важкий фізичний, психологічний стан жінки після пологів, а також її зосередженість у переважній більшості випадків на інтересах новонародженої дитини. Ця норма дає можливість подружжю перебудувати свої звичні відносини із врахуванням інтересів дитини.

Зарубіжне законодавство містить різні підстави для обмеження права на розірвання шлюбу. Згідно з ЦК Латвії один з подружжя може вимагати розірвання шлюбу, якщо інший з подружжя: відсутній не менше одного року (ст. 72), захворів на важковиліковне психічне або інфекційне захворювання (ст. 73), вчинив кримінальне правопору-

<sup>1</sup> Рішення Софіївського районного суду Дніпропетровської області від 15 квітня 2019 р. у справі № 193/250/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81181565>

<sup>2</sup> Рішення Погребищенського районного суду Вінницької області від 23.01.2017 р. у справі № 143/1798/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64238200>

<sup>3</sup> Рішення Здолбунівського районного суду Рівненської області від 17 жовтня 2017 р. у справі № 562/2960/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69600428>; Рішення Зарічного районного суду міста Суми від 7 квітня 2016 р. у справі № 591/8611/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56996932>; Рішення Соснівського районного суду м. Черкас від 16 квітня 2018 р. у справі № 712/3134/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73402133>

<sup>4</sup> Сафончик О.І. Правове регулювання припинення шлюбу в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2004. С. 4.



шення або аморальний вчинок (ст. 74). Також шлюб може бути розірваний у разі стійкого розладу відносин, проживання окремо протягом трьох років (ст. 76).<sup>1</sup>

Згідно зі ст. 8 Федерального закону про розлучення Канади, розірвання шлюбу можливе, якщо: подружжя прожило окремо протягом не менше одного року до розлучення; один з подружжя, вчинив подружню зраду або ставиться до іншого з подружжя з фізичною або психічною жорстокістю, що робить нестерпним спільне проживання.<sup>2</sup>

Закон про шлюб Норвегії встановлює принцип свободи розірвання шлюбу, проте розлучення можна вимагати після сепарації більше року (§ 21) або після припинення спільного проживання протягом двох років (§ 22).<sup>3</sup> Закон про шлюб Данії встановлює, що право на розлучення виникає (ст. 30 – 35): після 6 місяців сепарації, крім випадків, якщо подружжя відновить або продовжить співжиття; коли подружжя проживає окремо протягом останніх 2 років через несумісність; у разі подружньої зради (крім випадку, якщо інший з подружжя дав на такий акт згоду. У випадку відсутності згоди до розлучення з цієї підстави застосовується позовна давність 6 місяців з моменту, коли один з подружжя дізнався про зраду, і протягом 2 років після її вчинення); коли один із подружжя вчинив навмисне насильство (або сексуальний напад) на іншого з подружжя, дітей, найближчих родичів подружжя (позовна давність за цією підставою встановлена: один рік після того, як один з подружжя дізнався про акт насильства і протягом 3 років після його вчинення); коли один з подружжя уклав новий шлюб; якщо хтось з подружжя незаконно вивіз дитину з країни або незаконно утримує її за кордоном (позов про розлучення повинен бути поданий, поки дитина через незаконне викрадення або затримання перебуває за кордоном або не пізніше ніж через рік після її повернення).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Latvijas Republikas Civillikums, 2001, 478. URL: <https://vvc.gov.lv/image/catalog/dokumenti/civillikums.pdf>

<sup>2</sup> Divorce Act (R.S.C., 1985, c. 3). URL: <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/D-3.4/index.html>

<sup>3</sup> Lov om ekteskap [ekteskapsloven]. LOV-1991-07-04-47. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1991-07-04-47>

<sup>4</sup> Bekendtgørelse af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, den 23. januar 2018. URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=197040>

В статті 41 Конституції Ірландії передбачена можливість розірвання шлюбу у тих випадках, коли суд буде переконаний, що: 1) на день відкриття провадження, подружжя проживало окремо один від одного протягом періоду або періодів, що становили щонайменше чотири роки протягом попередніх п'яти років; 2) немає розумної перспективи примирення подружжя; 3) розірвання є необхідним з урахуванням обставин, що існують або виникнуть для подружжя, дітей або будь-якої іншої особи, передбаченої законом; 4) дотримано інших умов, встановлених законом. Аналогічна норма міститься і в Законі про сімейне право (розлучення) (1996 р.).<sup>1</sup> Цей підхід реалізується і в інших законах, так Законом про реформування судочинства та сімейного права (1989 р.) встановлено, що до суду із заявою про встановлення окремого проживання може бути подано, у випадку якщо хтось з подружжя зрадив іншого, або поводить таким чином, що неможливо очікувати, що він проживатиме у шлюбі, або подружжя проживало окремо один від одного протягом тривалого періоду, щонайменше одного року, безпосередньо перед датою подання заяви, і відповідач погоджується на винесення такого судового рішення. При цьому, не може бути підставою факт зради, якщо подружжя після того як про це стало відомо проживало разом більше року. Цим законом також встановлено, що адвокат повинен обговорити із подружжям можливість примирення та залучення до цього процесу посередників (медіаторів).<sup>2</sup>

В окремих штатах США на рівні законодавства передбачені різні підстави для розлучення (поширеними є: зловживання спиртними напоями, наркотична залежність, подружня зрада, заподіяння фізичних ушкоджень і моральних страждань, залишення сім'ї, психічні розлади тощо).

До кінця 60-х років XX ст. у США була поширена концепція розірвання шлюбу за умови наявності “вини” одного з подружжя і

<sup>1</sup> Family law (divorce) act, 1996. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1996/act/33/enacted/en/html?q=Family+Law+Divorce+Act+1996+1996+Act>.

<sup>2</sup> Judicial Separation and Family Law Reform Act, 1989. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1989/act/6/enacted/en/html>

обов'язку іншого з подружжя доказати це. У 1969 році в штаті Каліфорнія прийняли перший закон, що встановлював розлучення “без вини”, і серед підстав розірвання шлюбу було встановлено “несумісні розбіжності, що призвели до непоправного розриву шлюбу” або “невиліковне божевілля”. Принцип розлучення “без вини” був утверджений і в Уніфікованому законі про шлюб та розлучення 1970 р. (із змінами, внесеними в 1971 та 1973 роках). Зокрема, в редакції 1973 року законом було встановлено, що для розірвання шлюбу необхідно встановити “непоправне зруйнування” шлюбу або доказати, що подружжя проживає окремо більш ніж 180 днів та існують серйозні протиріччя.<sup>1</sup> По суті, відбулося становлення принципу свободи розірвання шлюбу, адже особа могла розірвати шлюб при її бажанні, а також обмежувалося втручання держави у сферу приватного життя сім'ї. Поступово цей принцип був утверджений у більшості штатів, і останній з них – Нью-Йорк, де на рівні закону розірвання шлюбу “без вини” було встановлено у 2010 р.<sup>2</sup>

Аналіз законодавства в США показав, що 16 штатів не встановлюють вини як єдину підставу для розлучення, 31 штат додав невинність до традиційних підстав для розлучення, 10 штатів встановлюють несумісність як підставу для розлучення, 25 штатів встановлюють як підставу для розлучення проживання окремо протягом певного періоду часу.<sup>3</sup> Наприклад, за законом Нью-Йорка існують підстави для розлучення, що ґрунтуються на вині одного із подружжя, та підстави “без вини”, а саме: жорстоке і нелюдське поведіння; окреме проживання

<sup>1</sup> Nancy G. Maxwell. Unification and Harmonization of Family Law Principles: The United States Experience. Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, [Commission on European Family Law] (2003). 6-7. URL: [http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/\\_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf](http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf)

<sup>2</sup> Бернхем В. Розділ XIII “Сімейне право” з книги “Вступ до права та правової системи Сполучених Штатів Америки”. *Право США*. 2012. № 1–2. С. 18.

<sup>3</sup> Nancy G. Maxwell. Unification and Harmonization of Family Law Principles: The United States Experience. Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, [Commission on European Family Law] (2003). 13. URL: [http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/\\_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf](http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf)

подружжям протягом одного або більше років; ув'язнення одного з подружжя на строк понад три роки; зрада; зловживання спиртними напоями та наркотичними засобами; імпотенція; перебування в ще одному законному шлюбі; стійкі психічні розлади.<sup>1</sup> Згідно із Сімейним кодексом Каліфорнії, є дві підстави для розірвання шлюбу: непримиренні розбіжності, які зумовили фактичний розпад шлюбу (ст. 2311) та постійна правова нездатність приймати рішення (ст. 2312).<sup>2</sup> В законах багатьох штатів встановлено термін для примирення сторін (від двох місяців – для бездітних пар та від шести місяців – для сімей з дітьми), обов'язок застосовувати медіацію та інші примирні процедури. При цьому суд встановлює, чи справді “руйнування шлюбу” має непоправний характер.<sup>3</sup>

У багатьох державах ЄС на рівні закону закріплено обов'язок подружжя у разі вирішення питання про розірвання шлюбу звернутися до процедури медіації. Наприклад, ст. 26 Закону про шлюб Норвегії встановлює, що подружжя із спільними дітьми віком до 16 років, у разі розлучення мають вдатися до посередництва (медіації) до того, як справа буде передана до суду або губернатора округу. Аналогічна норма міститься в ст. 51 Закону про дітей<sup>4</sup>. Згідно зі ст. 27 Закону про шлюб, метою медіації є досягнення угоди про батьківську відповідальність, врегулювання питання про те, з ким буде проживати дитина, порядок спілкування з дитиною того з батьків, хто буде проживати окремо.

Наразі в Європі спостерігається тенденція до збільшення кількості розірваних шлюбів. Так, згідно зі статистичними даними у Швеції

<sup>1</sup> Fault vs. No-Fault Divorce. URL: <https://lawsshelf.com/courseware/entry/fault-vs-no-fault-divorce>

<sup>2</sup> Family law in the United States: California: overview by Larry Ginsberg, Suzanne Harris, Andrea Fugate Balian, Fahi Takesh Hallin, Evan C. Itzkowitz, Azita Mosbat, Johnna K. Boylan, Randi Akasaki, Jessica M. Spiker, Michelle H. Chen and Jack J. McMorrow, Harris Ginsberg LLP. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-614-4465?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-614-4465?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

<sup>3</sup> Менджул М.В. Основні засади регулювання сімейних відносин у США. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2018. № 4. Ч. 1. С. 124-125.

<sup>4</sup> Lov om barn og foreldre (barnelova). LOV-1981-04-08-7. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1981-04-08-7>

кількість розлучень становила: у 1921 р. – 1444; у 1973 р. – 16021; у 1988 р. – 17746; у 2014 р. – 24300.<sup>1</sup>

Якщо порівняти показник кількості розлучень на 1000 осіб в Україні та державах ЄС, то найнижчий показник в нашій державі у проміжку з 2011 до 2018 року був 3,0 у 2014 році, а у 2018 році він становив – 3,9 (додаток 1), проте це найвищий показник серед європейських держав. Найвищий показник серед держав-членів ЄС у 2017 році становив 2,5 – в Естонії, а в Румунії, яка випередила Україну по показнику зареєстрованих шлюбів – 1,6 (додаток 4). Звичайно, в державах ЄС все більшого поширення набувають фактичні союзи, проте якщо порівняти з тими державами, де показник кількості шлюбів на 1000 населення вищий як в Україні (Кіпр, Латвія, Литва та Румунія), то в нашій державі більше розірваних шлюбів.

Цікавим є питання щодо показника розлучень в одностатевих шлюбах. Європейські дослідники зазначають зростання показника розлучень серед одностатевих пар. Наводять приклад, що в деяких державах показник коливається з 21 до 67% у порівнянні із укладеними шлюбами.

Проявом нерівності в ісламських державах є право чоловіків на односторонню відмову від шлюбу у формі “*talaq*” (походить від дієслова “*tallaqa*” і буквально означає “звільнення людини від зобов’язання”). Чоловік може тричі оголосити про “відсторонення”, перший та другий рази можуть бути ним скасовані, а третій раз остаточний, після якого шлюб вважається розірваним. Жінка в більшості мусульманських держав, окрім Марокко, Єгипту, Туреччини та Тунісу, має право на розлучення тільки у чітко визначених випадках. Наприклад, згідно зі ст. 53 Сімейного кодексу Алжиру, дружина може вимагати розлучення з таких причин: неможливо досягти мети шлюбу; засуджено чоловіка до позбавлення волі на строк понад рік, що завдає шкоди честі сім’ї та робить неможливим продовження подружнього життя; відсутність чоловіка більше року без поважних причин; завдання шкоди чоловіком; подружня зрада.

<sup>1</sup> Göran Lind. Utmaningar inom familjerätten. P. 74. URL: <https://svjt.se/svjt/3016/69>

Дослідники виявили проблему нерестрації розлучень в Індонезії. Так, у 2009 році Ван Хьюз взяв інтерв’ю у 120 розлучених жінок і виявив що понад 75% розлучень залишаються незареєстрованими. Проблема виявилася масштабнішою, оскільки не реєструються і всі шлюби. У таких випадках, чоловіки не отримують рішення суду про дозвіл на полігамний шлюб, і відповідно наступні дружини не мають статус заміжньої жінки із усіма правовими наслідками, в тому числі відсутністю правового захисту особистих немайнових та майнових прав у такому шлюбі. При цьому в Індонезії Закон про ісламський суд (№ 7/1989) встановив унікальну для свого часу норму, що позов про розірвання шлюбу має бути поданий до суду, де проживає дружина, незалежно від того, хто ініціює процес.<sup>1</sup>

Проблеми нерівності між чоловіком та жінкою в мусульманських державах зумовлені не тільки релігійними нормами, але й укоріненими традиціями організації побуту та розподілу ролей (чоловік працює і утримує сім’ю, дружина займається домашнім господарством та вихованням дітей), культурними та моральними цінностями (слухняність та покірність доньки, дружини вважається найбільшою чеснотою). Нормальною для мусульманської сім’ї є отримання дружиною згоди від чоловіка на здобуття професії, працю, зустрічі із знайомими і навіть родичами.

Таким чином, на відміну від правового регулювання порядку укладення шлюбу, законодавство, що визначає підстави та процедуру розірвання шлюбу, зазнало кардинальних змін. Від повної заборони розірвання шлюбу до можливості його розірвання за наявності вини одного з подружжя (зрада, насильство, стійкі психічні розлади і т.п.) та повної свободи розірвання шлюбу.

Принцип рівності покладено в основу правового регулювання права особистої приватної власності дружини, чоловіка (ст. 57 – 59 СК України), права спільної сумісної власності подружжя (ст. 60 – 73 СК України). Також однаковим є правове закріплення підстав набут-

<sup>1</sup> Bedner, A. and van Huis, S., 2010. Plurality of marriage law and marriage registration for Muslims in Indonesia: a plea for pragmatism. *Utrecht Law Review*. 6(2). P. 180-184. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.130>

тя, порядку здійснення права на майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя та партнерів у фактичному союзі (ст. 74 СК України).

Загалом майнові правовідносини подружжя досить детально досліджено на рівні дисертаційних досліджень (таких науковців як: Н.Д. Вінтоняк, І.В. Жилінкова, О.М. Калітенко, Л.В. Липець, О.В. Мельниченко, Я.В. Новохатська, А.Д. Стоянов, Ю.Ю. Цал-Цалко та інші), а також у монографіях та інших наукових працях (таких науковців як: К.М. Глиняна, В.Ю. Євко, І.В. Жилінкова, В.О. Кожевникова, О.О. Круглова, О.С. Олійник, І.С. Семенюк, О.В. Шупінська та інші).

І.В. Жилінкова обґрунтувала позицію, що незважаючи на спільні майнові права членів сім'ї, сім'я не є ані суб'єктом права, ані суб'єктом права власності безпосередніми учасниками майнових відносин є окремі члени сім'ї.<sup>1</sup> Можна погодитися з такою позицією, адже сама сім'я не є учасником майнових правовідносин, водночас такими учасниками може бути подружжя разом (набуття спільної сумісної власності без виділення часток), а також кожен із подружжя окремо (при добровільному поділі спільного майна шляхом укладення нотаріально посвідченого договору, набутті права власності на об'єкти, які по закону не належать до спільної сумісної власності). Також погоджуємося із позицією В.Л. Яроцького, що майнове право індивідуалізується самими учасниками майнових відносин шляхом визначення його змістовних характеристик.<sup>2</sup> Безперечно, майнові права учасників сімейних відносин є визначені сімейним та цивільним законодавством, але вони можуть їх конкретизувати і навіть змінювати у договірному порядку (наприклад, при укладенні шлюбного договору подружжя можуть відступити від положень СК України про режим спільної власності).

О.М. Калітенко зауважує, що на основі принципу рівності відбулися суспільні зміни і було закріплено в Сімейному кодексі УРСР

<sup>1</sup> Жилінкова І.В. Проблеми правового режиму майна членів сім'ї : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Харків, 2000. С. 12.

<sup>2</sup> Яроцький В.Л. Особливості виникнення особистих немайнових та майнових правовідносин. *Форум права*. 2012. № 4. С. 1104.

1926 р. режим спільної власності майна подружжям.<sup>1</sup> Такий підхід до регулювання майнових відносин подружжя був закріплений як в Кодексі про шлюб та сім'ю (ст. 22)<sup>2</sup>, так і в Сімейному кодексі України (ст. 60).

Під правовим режимом майна членів сім'ї І.В. Жилінкова розуміє сформований на єдиній диспозитивній основі порядок, який регулює майнові відносини членів сім'ї, що виникає в результаті дії комплексу правових засобів (дозволів, зобов'язань, заборон, санкцій тощо) та метою якого є впорядкування таких відносин, забезпечення та загальний захист майнових прав та інтересів членів сім'ї.<sup>3</sup> Подібним чином можна визначити і правовий режим майна подружжя як правовий порядок, що ґрунтується на засадах рівності та диспозитивності, передбачає систему правових інструментів (таких як дозвіл, заборона, обов'язок, санкція тощо), за допомогою яких регулюються права на майно подружжя. Традиційним вже є в науці сімейного права виділення законного (або його ще називають легального) та договірного режимів майна подружжя. В Україні встановлено, що пріоритетне застосування має договірний режим майна подружжя, у разі відсутності договору застосовується легальний режим.

Слушним з позиції принципу рівності є підхід до виділення основних засад законного режиму майна, запропонований О.О. Кругловою, зокрема таких: презумпції спільності майна подружжя; рівності прав подружжя на спільне майно, незважаючи на розмір внеску; рівності прав володіння, користування та розпорядження майном подружжя; спільної відповідальності за майнові зобов'язання.<sup>4</sup> Вказану систему принципів законного режиму майна подружжя варто допо-

<sup>1</sup> Калітенко О.М. Особисті відносини подружжя та відносини подружжя стосовно їх майна : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Харків 2001. С.11

<sup>2</sup> Кодекс про шлюб та сім'ю України від 20.06.1969 № 2006-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2006-07#o107>

<sup>3</sup> Жилінкова І.В. Проблеми правового режиму майна членів сім'ї : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Харків, 2000. С. 15.

<sup>4</sup> Круглова О.О. Правовий режим майна подружжя: нормативно-правове регулювання. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 6. С. 100.



внити п'ятою засадою, – спільний обов'язок дружини та чоловіка дбати про матеріальний добробут та забезпечення сім'ї.

О.В. Мельниченко у дисертаційному дослідженні обґрунтовує режим рівності прав на майно подружжя, а також презумпцію рівності прав на майно подружжя.<sup>1</sup> Такий висновок логічно випливає з норм ст. 60 та 70 СК України, і у випадку відсутності виключень, подружжя набуває майно у спільну сумісну власність і при цьому їх частки є рівними.

Обмеження права власності чоловіка та дружини може відбутися у судовому порядку у разі встановлення, що набуте майно належить тільки одному з них, а тому є роздільним.<sup>2</sup> Підстави набуття та здійснення права приватної власності кожним із подружжя врегульовані ст. 57 – 59 СК України. З.В. Ромовська, порівнюючи терміни, які застосовувалися до такого майна, зауважила, що у Кодексі 1926 р. така власність називалася “окремою”, у Кодексі 1969 р. – “роздільною”, а в Сімейному кодексі – “особистою”. І при обговоренні, який краще термін застосувати, була врахована пропозиція В.А. Рясенцева і закріплено термін “особиста приватна власність”.<sup>3</sup>

Вченими висловлено багато критики щодо закріплення у главі 7 СК України терміна “право особистої приватної власності дружини та чоловіка” через невідповідність його нормам Конституції України (ст. 41) та ЦК України (глава 23)<sup>4</sup>, що, на їх думку, призводить до закріплення нового виду власності. Враховуючи, що це за своєю природою є право приватної власності, яке належить кожному із подружжя, відповідні зміни необхідно внести до СК України для усунення неточності у термінології.

<sup>1</sup> Мельниченко О.В. Поділ майна подружжя за законодавством України та країн Європейського Союзу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ. 2015. С. 5.

<sup>2</sup> Кожевникова В.О. Правове регулювання здійснення та обмеження окремих майнових прав подружжя. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 3. С. 156.

<sup>3</sup> Ромовська З.В. Українське сімейне право : підручник. Київ : Правова єдність, 2009. С. 175.

<sup>4</sup> Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

У державах ЄС здебільшого також встановлено презумпцію спільної сумісної власності. Судова практика США протягом останніх років утверджує принцип спільного майна подружжя, незалежно від того, ким воно придбане.<sup>1</sup> При розподілі майна враховується, яке майно було у сторін до шлюбу, якою є тривалість шлюбу, а також вклад кожного з подружжя у набуте майно; при цьому береться до уваги як внесок ведення домашнього господарства, виховання дітей і т.п.

Незвичним для українського сімейного законодавства є визнання в США шлюбним майном нематеріальних активів, наприклад – ділової репутації комерційної фірми, професійних знань і навичок. Вартість таких активів може бути оцінена в грошовому еквіваленті, і частка відповідно виплачується як компенсація іншому з подружжя. Наприклад, один з подружжя закінчив навчальний заклад і здобув професію, а інший з подружжя в цей час працював, щоб утримувати сім'ю. В такому випадку суд може призначити компенсацію з урахуванням майбутніх доходів для забезпечення економічної справедливості, що один з подружжя пожертвував можливістю отримати освіту, і тим самим створив такі умови для іншого з подружжя. Саме до такого висновку дійшов Апеляційний суд Нью-Йорка у справі “M. O'Brien v. L. O'Brien”. Зокрема, суд встановив, що ліцензія на медичну практику є майном подружжя. Оскільки чоловік навчався, а дружина в цей час працювала і внесла 76% доходів подружжя (за винятком 10 000 дол. США у вигляді студентських позик, отриманих відповідачем), суд зобов'язав чоловіка сплатити дружині грошову компенсацію у зв'язку з розлученням та розподілом майна в розмірі 188 800 доларів США, що становить 40% від вартості ліцензії (11 річних платежів різної суми, починаючи з 1 листопада 1982 року до 1 листопада 1992 року).<sup>2</sup>

Традиційно в Канаді чоловіки володіли та управляли майном дружини. У 1890-х роках сформувалося поняття відокремленої жіночої власності, що дало змогу дружинам укладати договори, хоча в ряді

<sup>1</sup> Бернхем В. Розділ XIII “Сімейне право” з книги “Вступ до права та правової системи Сполучених Штатів Америки”. *Право США*. 2012. № 1–2. С. 16.

<sup>2</sup> O'Brien v. O'Brien, 66 N.Y.2d 576;489 N.E.2d 712;498 N.Y.S.2d 743;1985 N.Y. LEXIS 17941. URL: [https://courses.cit.cornell.edu/govt313/mc/texts/O\\_BrienVO\\_Brien.pdf](https://courses.cit.cornell.edu/govt313/mc/texts/O_BrienVO_Brien.pdf)

провінцій юридичні дії між подружжям були заборонені. Право власності у заміжньої жінки виникало, якщо річ була придбана на її ім'я або вона частково оплатила її вартість, і відповідно у дружин не виникало право на частку майна у зв'язку з веденням ними домашнього господарства та вихованням дітей. Згодом у всіх провінціях були внесені зміни і встановлено право спільної сумісної власності. Найбільш консервативним було законодавство Квебеку, на яке суттєво вплинув католицизм, і наприклад, за зраду дружина могла втратити частку у спільній власності. Провінційні закони розрізняють власність подружжя та підприємницькі активи, крім провінції Альберта.<sup>1</sup> Наразі сімейне законодавство всіх провінцій передбачає спільну власність подружжя та принцип рівності при його розподілі.

Науковці відзначають важливість принципу партнерства, в тому числі щодо формування майна подружжя. Норвезьке сімейне законодавство встановлює також принцип спільної відповідальності подружжя за утримання сім'ї. Зокрема, згідно зі ст. 38 Закону про шлюб, подружжя несе спільну відповідальність за витрати, необхідні для домогосподарства, і за покриття інших спільних потреб, виховання дітей та конкретних потреб кожного з подружжя (шляхом надання грошей, веденням домашнього господарства або іншим способом). Один з подружжя має право в розумній мірі вимагати кошти від іншого на покриття витрат для потреб сім'ї.

Згідно зі ст. 39 Закону про шлюб Норвегії, подружжя зобов'язані надавати один одному інформацію, необхідну для оцінки їх фінансового стану. З цією метою один з подружжя може вимагати від іншого, а також від податкових органів надати інформацію або копію податкової декларації. Крім того, він може вимагати інформацію від компаній, корпорацій або інших установ, що займаються фінансами або страховою діяльністю, а також від інших осіб, які управляють майном. Аналогічні норми варто запровадити і в Україні, аби гарантувати можливість кожного із подружжя бути обізнаним у фінансовому

<sup>1</sup> Christine Davies, Alastair Bissett-johnson, Julius Grey. Family Law in Canada. URL: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/family-law>

становищі іншого з подружжя, оскільки це може вплинути на матеріальний добробут сім'ї.

Турецький Цивільний кодекс змінив панівне становище чоловіка і надав рівні права подружжю, водночас запровадив обов'язок подружжя разом забезпечувати витрати сім'ї. На законодавчому рівні в Індонезії визначено, що “становище чоловіка та дружини врівноважено як у сімейних відносинах, так і в соціальному житті”.

У законодавстві Фінляндії встановлено принцип роздільної власності подружжя, але при цьому таке майно під час перебування у шлюбі з метою захисту сімейних інтересів обмежується у відчуженні.<sup>1</sup> Закон про шлюб Фінляндії (ст. 39) встановлює, що один із подружжя без згоди іншого не має права передати третій особі: акції; право користування (найму) або інші майнові права на житло сім'ї; рухоме майно, що знаходиться в житлі подружжя; необхідні речі для іншого з подружжя; рухоме майно, призначене для особистого користування іншого з подружжя або дітей. Як виняток, згода не вимагається щодо окремих видів майна, якщо затримка передачі речі третій особі може завдати невинуватну шкоду. Інший з подружжя має право оскаржити таке відчуження майна чи передачу прав протягом трьох місяців.<sup>2</sup>

Майнові відносини подружжя в Данії регулюються окремим Законом про фінансові відносини подружжя (2017 р.), який встановлює: принцип свободи укладення договорів між подружжям (ст. 2 встановлює, що під час шлюбу подружжя може укладати договори між собою, дарувати один одному подарунки та встановлювати взаємні обов'язки), принцип взаємопідтримки подружжям один одного (ст. 4), водночас встановлено принцип індивідуальної відповідальності за зобов'язання, що виникли у кожного із подружжя до або під час шлюбу (ст. 3); принцип надання згоди на відчуження майна одним із подружжя, навіть після розірвання шлюбу (ст. 6–8).<sup>3</sup> Аналогічну норму, яка б забороняла відчужувати окремі види майна (у тому числі майно,

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принципи сімейного права в законодавстві нордичних держав. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 6, том 1. С. 135.

<sup>2</sup> Avioliittolaki, 13.6.1929/234. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1929/19290234>

<sup>3</sup> Lov om ægtefællers økonomiske forhold. den 30. maj 2017. URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=191368>

що є необхідним для забезпечення інтересів дітей чи непрацездатних членів сім'ї після розірвання шлюбу без згоди іншого з подружжя, варто запровадити і в Україні.

Стаття 52 Закону про шлюб Фінляндії чітко розмежовує боргові зобов'язання подружжя. Так, кожен із подружжя несе самостійну відповідальність за свої борги, які виникли до або під час шлюбу. Проте заборгованість, яку будь-який з подружжя зробив для задоволення потреб сім'ї, розподіляється між подружжям, крім позик, якщо один з подружжя взяв на себе, а також коли кредитор знав, що подружжя проживає окремо.<sup>1</sup>

Добробут подружжя забезпечується шляхом дії принципу рівності і під час поділу спільної власності.

За законодавством України чоловік та дружина мають рівні частки у праві спільної сумісної власності. Принцип рівності у майнових відносинах подружжя не має абсолютної дії, оскільки від рівності часток можуть відступити не тільки саме подружжя, змінивши їх у договірному порядку, але і суд. О.В. Розгон обгрунтувала, що договір про поділ майна, укладений подружжям, має на меті припинити режим спільної власності та спричиняє виникнення режиму роздільної власності (приватної власності) кожного із подружжя на певну частину або все спільне майно.<sup>2</sup> Така трансформація правових режимів майна подружжя відбувається і під час примусового поділу за рішенням суду.

Стаття 70 СК України в частинах 2 та 3 встановлює, що суд може відступити від принципу рівності часток подружжя за наявності істотних обставин, а саме якщо один із подружжя: 1) не дбав про матеріальне забезпечення сім'ї; 2) не приймав участі в утриманні дітей; 3) сховав, знищив або пошкодив спільне майно, витратив таке майно на шкоду сімейним інтересам. Крім того, суд може збільшити частку одного з подружжя, якщо з ним (нею) проживають діти, непрацездатні повнолітні діти за умови, що розмір аліментів на їх утримання не забезпечує їх фізичний, духовний розвиток, не покриває затрат на лікування. Якщо не будуть обгрунтовані істотні обставини, суд не може відступити від

<sup>1</sup> Avioliittolaki, 13.6.1929/234. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1929/19290234>

<sup>2</sup> Розгон О.В. Договори у сімейному праві України : монографія. Київ: Ін Юре, 2018. С. 95-95.

рівності часток у спільному майні подружжя, це підтверджено і в судовій практиці (рішення ВСУ від 26 листопада 2008 р.<sup>1</sup>).

Згідно зі ст. 3.123 ЦК Литви можливий відступ від принципу рівних частин спільної власності подружжя, і при цьому судом беруться до уваги інтереси неповнолітніх дітей, стан здоров'я одного з подружжя або його матеріальне становище, інші релевантні обставини. Суд також повинен враховувати ці критерії при ухваленні рішення про розподіл майна. Крім того, частка майна одного з подружжя може бути зменшена на суму утримання у випадку їх присудження у вигляді фіксованої одноразової суми або заміни їх на певне майно.

Цікавою з позиції імплементації в Сімейний кодекс України є норма ЦК Литви про те, що якщо не пізніше, ніж за рік до розгляду справи про розподіл майна, один з подружжя зменшив вартість майна, пожертвувавши частину або збільшивши свою особисту власність без згоди іншого з подружжя, то при визначенні часток у спільній власності подружжя суд може зменшити його частку на розмір вартості втраченої чи відчуженої власності. Крім того, частка одного з подружжя в спільному майні може зменшуватися на суму сімейного доходу, яку сім'я не отримала через недбалість з боку подружжя або якщо він приховав майно від сім'ї і використав для особистих потреб (у цьому випадку враховується період не більше ніж за останні п'ять років до відкриття розгляду справи про поділ майна).<sup>2</sup>

Рішення Верховного суду Ірландії у справі “Т. v. Т.” є найбільш послідовною і всебічною спробою ірландських судів розглянути принципи, що застосовуються до поділу майна у випадку розлучення, зокрема принципів рівності та справедливості.<sup>3</sup> Поділ активів вважається справедливим, якщо відповідає потребам сторін та обстави-

<sup>1</sup> Рішення Верховного Суду України від 26 листопада 2008 р. у справі № 6-8088св07. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2600690>

<sup>2</sup> Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas. Trečioji knyga. Šeimos teisė. URL: [https://www.infolex.lt/portal/start\\_ta.asp?act=doc&fr=pop&doc=60696&title=LR%20civilinis%20kodeksas.%20Tre%20knyga.%20D0eimos%20teis%EB](https://www.infolex.lt/portal/start_ta.asp?act=doc&fr=pop&doc=60696&title=LR%20civilinis%20kodeksas.%20Tre%20knyga.%20D0eimos%20teis%EB)

<sup>3</sup> Buckley, L. A. (2004). “Proper provision” and “Property Division”: Partnership in Irish matrimonial property law in the wake of T v. T. Irish Journal of Family Law, 3. URL: <https://aran.library.nuigalway.ie/bitstream/handle/10379/1763/Proper%20Provision.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

нам справи. Належне забезпечення для подружжя має передбачати, що чоловік (дружина) можуть виконати свої фінансові зобов'язання, продовжувати життєвий рівень, який відповідає його (її) життєвому рівню під час шлюбу, користуватися тим, що можна розумно вважати результатом шлюбу і при цьому жити незалежним життям з особою гідністю, яку надає така автономія, без обов'язкової залежності від отримання періодичних платежів до кінця життя від іншого з подружжя. При розгляді справи Верховний суд правильно зазначив, що законодавчий орган не вніс жодних обов'язкових вимог щодо поділу активів у справах про розлучення і залишив це на розсуд суду, щоб винесене рішення найкраще і найбільш справедливо регулювало спір. Верховний суд Ірландії підкреслив, що якщо законодавство в цій сфері не вимагає перерозподілу, це не означає, що воно не передбачає "поділ". Суд також підкреслив що ведення домашніх справ не може недооцінюватися, і слід враховувати як фінансові внески (заробітну плату, інші доходи), так і внесок у вигляді домашньої роботи. Таким чином, Верховний Суд обґрунтовує важливість саме "належного забезпечення", а не просто "розподілу" активів, тому не може бути суворих правил або принципів розподілу, слід дотримуватися справедливості.<sup>1</sup>

Усталеною серед науковців є позиція, що оскільки характерною рисою права спільної сумісної власності є невизначеність часток учасників, то вони мають рівні права, а не частки. Під час поділу майна, що є у спільній сумісній власності подружжя, режим права спільної сумісної власності припиняється, а кожен із подружжя стає одноосібним власником частки майна. Відповідно відбувається трансформація спільної сумісної власності (зміна правового режиму).<sup>2</sup>

О.В. Мельниченко пропонує принципи поділу майна подружжя розділити на дві групи: загальні (принципи врахування національного

<sup>1</sup> Buckley L. A. (2004). "Proper provision" and "Property Division": Partnership in Irish matrimonial property law in the wake of T v. T. Irish Journal of Family Law, 3, 8-15. <https://aran.library.nuigalway.ie/bitstream/handle/10379/1763/Proper%20Provision.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>2</sup> Вінтоняк Н.Д. Правовий режим корпоративних прав подружжя : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2019. С. 53.

правопорядку; презумпції спільної сумісної власності; безпідставного невтручання у сімейне життя; дедуктивної градації (послідовності) способів поділу майна подружжя) та спеціальні принципи. Серед спеціальних науковець виділяє судові (максимального забезпечення прав та законних інтересів дітей; виключення особистої приватної власності з розподілу; розподілу спільних боргових зобов'язань, майнових прав та обов'язків; рівності майнових прав подружжя; презумпції поділу майна подружжя в натурі) та договірні (принципи мінімальної майнової спільності майна; пріоритету договірного порядку поділу майна подружжя над судовим) принципи.<sup>1</sup> Можна погодитися із поділом на загальні та спеціальні принципи поділу майна подружжя, водночас спірним видається поділ спеціальних на судові та договірні принципи, оскільки до договірних спеціальних принципів О.В. Мельниченко відносить принцип пріоритету договірного порядку поділу майна подружжя над судовим, який можна віднести до обох із вказаних підгруп спеціальних принципів.

Розділ 9 Закону про сімейне право Шотландії від 1985 року встановлює п'ять принципів, якими керується суд при розгляді справ про розподіл власності подружжя, а саме: власність має бути справедливо розподілена; справедливе врахування будь-якої економічної переваги, яку отримує особа від внесків іншого, та будь-якого економічного неблагополуччя, яке зазнала особа в інтересах іншого або сім'ї; справедливе врахування будь-яких економічних переваг або втрат, яких зазнає одна з сторін на догляд за дітьми віком до 16 років, і такі витрати мають бути справедливо розподілені між сторонами; тому з подружжя, який був фінансово залежний від іншого, повинно бути надано достатнє фінансове забезпечення, яке б дозволило йому в подальшому обійтися без втраченої підтримки (але не більше трьох років); той з подружжя, який на момент розлучення, ймовірно, зазнає серйозних фінансових труднощів в результаті розірвання шлюбу, повинен отримати утримання, яке позбавить його від тягара, протягом

<sup>1</sup> Мельниченко О.В. Поділ майна подружжя за законодавством України та країн Європейського Союзу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ. 2015. С. 6.



розумного періоду часу. Ці принципи враховуються судами і при розірванні цивільного партнерства.<sup>1</sup> У науковій літературі є твердження, що така система принципів надмірно обмежує суддів у розгляді справ. Водночас правильною є позиція, що якщо вказані п'ять принципів застосовувати в єдності, а не ізольовано, і в контексті принципів рівності та справедливості система є гнучкою.<sup>2</sup>

Щодо фактичних шлюбних відносин, то хоча ст. 74 СК України встановлює, що майно таких осіб є спільною сумісною власністю, якщо не встановлено інакше письмовим договором, і глава 8 СК України поширюється на майнові відносини партнерів, судова практика неоднозначна. Зокрема, якщо спірне майно набуто до набрання чинності СК України, і навіть якщо фактичні шлюбні відносини тривають і після набуття кодексом чинності, суд вважає, що майно, яке особи набули під час спільного проживання, є об'єктом їхньої спільної сумісної власності, якщо: майно набуто в результаті спільної праці таких осіб як сім'ї (внаслідок чого отримано спільні або особисті доходи, що об'єднані для набуття майна, а також ведення спільного господарства і якщо інакше не встановлено письмовим договором).<sup>3</sup>

Принцип рівності обумовив правовий захист майнових прав партнерів в державах ЄС. Наприклад, згідно з нормами Цивільного кодексу Угорщини, у колишніх партнерів є право на утримання, а також захист спільного житла.<sup>4</sup> Закон про шлюб Словенії не тільки поширює презумпцію спільної сумісної власності на майно, набуто партнерами під час перебування у фактичному союзі, партнери також прирівняні у спадкових правах із подружжям.

У Регламенті Ради ЄС № 2016/1104 про впровадження посиленого співробітництва у сфері юрисдикції, застосовного права, визнання

<sup>1</sup> Family Law (Scotland) Act 1985. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/37/section/9>

<sup>2</sup> Jane Mair. Principles in Practice: financial provision on divorce in Scotland. URL: <http://eprints.gla.ac.uk/141622/3/141622.pdf>

<sup>3</sup> Рішення Верховного Суду від 12 грудня 2018 р. у справі № 214/5165/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78626737>

<sup>4</sup> Mol C. Reasons for Regulating Informal Relationships: A comparison of nine European jurisdictions. *Utrecht Law Review*. 2016. 12(2), p. 101. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.347>

та виконання рішень у справах про майнові наслідки зареєстрованих партнерств встановлено, що між партнерами чи майбутніми партнерами може бути укладено договір про майнові наслідки зареєстрованого партнерства.<sup>1</sup>

Принцип рівності покладено в основу правового регулювання майнових відносин подружжя щодо взаємного утримання, що реалізовано в главі 9 (ст. 75 – 90) СК України, а в ст. 91 встановлено, що право на утримання мають і партнери у фактичному союзі (жінка і чоловік, які не уклали офіційно шлюб).

Проблемні аспекти аліментних відносин подружжя та інших членів сім'ї досліджували М.В. Антокольская, В.К. Антошкіна, Л.В. Афанасьєва, О.О. Дерій, Т.П. Красвітіна, Б.К. Левківський, А.І. Пергамент, З.В. Ромовська, Л.В. Сапейко, О.І. Чепис, О.А. Шершеньова, Є.Д. Ханович та ін.

Т.П. Красвітіна у дисертаційном дослідженні обґрунтувала, що виконання обов'язку по утриманню одним із подружжя слід вважати одностороннім правочином по розпорядженню доходами платника аліментів. Слушним є висновок науковиці, що обов'язок одного з подружжя по утриманню іншого носить особистий характер, саме тому він не підлягає відокремленню від особи-носія, але допускається виконання такого обов'язку опікуном або піклувальником (якщо платник визнаний недієздатним чи обмежено дієздатним), тобто матиме місце представництво згідно норм ЦК України, також одержувач аліментів може по довіреності уповноважити іншу особу на отримання аліментів.<sup>2</sup> Крім того, аліменти можуть бути сплачені управителем майна.

В Україні судова практика щодо виконання зобов'язань по утриманню подружжя свідчить, що аліменти сплачуються на користь одного

<sup>1</sup> Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1104>

<sup>2</sup> Красвітіна Т.П. Зобов'язання подружжя по утриманню у сімейному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Харків, 2019. С. 6-7.

з подружжя іншим, у зв'язку з: непрацездатністю через інвалідність<sup>1</sup>, досягнення пенсійного віку<sup>2</sup>. Крім того, суд враховує потребу особи в утриманні та здатність платника сплачувати аліменти. Зокрема, якщо дохід особи дорівнює чи перевищує прожитковий мінімум, суди відмовляють у позові про стягнення аліментів<sup>3</sup>. В судових рішеннях суди підкреслюють, що якщо право на утримання виникло під час шлюбу, факт розірвання шлюбу його не припиняє.<sup>4</sup> Принцип рівності передбачає можливість стягнення аліментів як на користь дружини, так і на користь чоловіка, хоча на практиці, як правило, позивачами є жінки.

Аналіз зарубіжного досвіду дає можливість зробити висновок, що у США та інших державах поширеності набув принцип “забезпечення економічної самодостатності”, який передбачає підтримку того із колишнього подружжя, хто не працював під час шлюбу, для забезпечення його “реабілітації” і повернення до праці. Згідно зі ст. 308 Уніфікованого закону про шлюб та розлучення США при визначенні розміру аліментів враховуються: фінансовий стан того з подружжя, який просить стягнути аліменти на свою користь, включаючи майно, отримане при майновому врегулюванні, кошти, призначені для утримання дитини; спроможність заробляти самостійно; час, який потрібен для отримання освіти, щоб працевлаштуватись; рівень життя під час шлюбу; тривалість шлюбу; вік, фізичний і душевний стан особи, яка потребує аліменти; фінансове становище платника аліментів. Сучасна судова практика показує, що аліменти на іншого з подружжя

<sup>1</sup> Рішення Київського районного суду м. Одеси від 26 травня 2017 р. у справі № 520/15110/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66782996> ; Рішення Ратнівського районного суду Волинської області від 26 березня 2019 р. у справі № 166/252/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80687782>

<sup>2</sup> Рішення Святошинського районного суду м. Києва від 8 липня 2016 р. у справі № 759/7608/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58920828>

<sup>3</sup> Рішення Золочівського районного суду Львівської області від 13 вересня 2017 р. у справі № 445/1210/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68897238> ; Рішення Жовтневого районного суду Миколаївської області від 4 червня 2015 р. у справі № 477/904/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44696060>

<sup>4</sup> Рішення Трускавецького міського суду Львівської області від 22 червня 2009 р. у справі № 2-230/09. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8024239>

призначаються не часто і на незначний термін.<sup>1</sup> У більшості штатів замість аліментів основною формою врегулювання фінансових відносин колишнього подружжя є майнове врегулювання.<sup>2</sup>

У Данії подружжя можуть домовитися про розмір утримання після розірвання шлюбу. Якщо вони не укладуть договір, це питання може бути вирішено судом, і максимальний строк утримання не може перевищувати 10 років.<sup>3</sup>

Враховуючи різноманітну судову практику призначення розміру аліментів для утримання подружжя за підтримки Міністерства юстиції Канади науковцями розроблено Консультативні рекомендації щодо підтримки подружжя, які були опубліковані в 2005 р. Консультативні рекомендації мають характер неформальних керівних принципів, тобто вони не стосуються питання права на утримання, а тільки визначення суми та тривалості надання допомоги після встановлення такого права. В рекомендаціях за допомогою формул розроблені діапазони для кількості та тривалості утримання, а конкретна сума призначається або за домовленістю сторін, або в судовому порядку. У випадку відсутності дітей враховується валова різниця в доходах кожного з подружжя та тривалість шлюбу. Термін та розмір утримання тим більший, чим триваліший час спільного проживання подружжя. В основі цієї формули лежить ідея “злиття з часом”, згідно з якою, “на скільки довго шлюб подовжується, настільки тісніше переплітається економічне та неекономічне життя подружжя, причому кожен з подружжя приймає незліченні рішення, щоб формувати свої навички, поведінку та фінанси з врахуванням інтересів іншого з подружжя. За допомогою різниці валового доходу вимірюється їх диференційна втрата

<sup>1</sup> Nancy G. Maxwell. Unification and Harmonization of Family Law Principles: The United States Experience. Perspectives For The Unification And Harmonisation Of Family Law In Europe, Commission on European Family Law (2003). 8. URL: [http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/\\_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf](http://washburnlaw.edu/profiles/faculty/activity/_fulltext/maxwell-nancy-2003-4commissioneuropeanfamilylaw249.pdf)

<sup>2</sup> Бернхем В. Розділ XIII “Сімейне право” з книги “Вступ до права та правової системи Сполучених Штатів Америки”. *Право США*. 2012. № 1–2. С. 22–23

<sup>3</sup> Bekendtgørelse af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, den 23. januar 2018. URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=197040>

сімейного рівня життя наприкінці шлюбу”. Саме тому, згідно з цими формулами як розмір утримання, так і тривалість утримання більші, чим довше тривав шлюб, і нижчий рівень доходів того з подружжя, на користь якого призначаються аліменти. Наприклад, розмір підтримки за формулою “Without Child Support Formula” становить від 1,5 до 2 відсотків різниці між валовими доходами подружжя (валової різниці в доходах) за кожний рік тривалості шлюбу, до максимуму 50 відсотків. Максимальний діапазон для шлюбів тривалістю понад 25 років – від 37,5 до 50 відсотків різниці в доходах. Верхня максимальна межа утримання – сума, яка приведе до вирівнювання чистих доходів подружжя.<sup>1</sup>

В Канаді є суттєві відмінності між формулами для розрахунку утримання для подружжя з дітьми та без дітей. По-перше, формула з підтримкою дитини використовує чисті доходи подружжя, а не їхні валові доходи. По-друге, у формулі для подружжя з дітьми враховується не тривалість шлюбу, а насамперед потреби в утриманні дітей. Існує також третій варіант розрахунку утримання, коли діти залишаються під опікою того з подружжя, хто виплачує також аліменти іншому з подружжя. В такому випадку доходи подружжя зменшуються на загальну суму аліментів на дитину (фактичні або умовні), після чого для визначення суми та тривалості аліментів застосовується “формула підтримки без дитини”. Незважаючи на рекомендаційний характер, канадські суди застосовують Консультативні рекомендації щодо підтримки подружжя і за період з моменту їх опублікування (в 2005 році) до лютого 2008 року прийнято понад 400 судових рішень з урахуванням вказаних рекомендацій.<sup>2</sup>

В американській літературі аліменти на утримання колишнього співмешканця доволі часто називають “palimony” (від англійського “pal” “приятель”). Питання про поділ майна у фактичних шлюбних відносинах на основі принципів справедливості та рівності, а також

<sup>1</sup> Менджул М.В. Основні засади правового регулювання сімейних відносин у Канаді. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 55. Том 1. С. 130.

<sup>2</sup> Carol Rogerson, Rollie Thompson. Spousal Support Advisory Guidelines. 2008. P. 7-21.

право на утримання були розглянуті Верховним судом штату Каліфорнія у справі “Marvin v. Marvin” ще в 1976 р.<sup>1</sup>

Підстави припинення утримання визначені у статтях 82, 83, 85, 87 та 89 СК України. При цьому у зарубіжних державах усталеною є практика обумовлювати припинення утримання такими обставинами як смерть та укладення нового шлюбу.<sup>2</sup>

При розгляді справ про припинення аліментів суди в Україні чітко дотримуються норм СК України, і у разі фінансової неспроможності платника аліментів припиняють обов’язок сплачувати аліменти<sup>3</sup>, проте таку неспроможність слід доказати<sup>4</sup>.

Таким чином, шлюб (партнерство) та фактичний союз впливають на правовий статус фізичних осіб. Ті особисті немайнові права, які у них є як у фізичних осіб, можуть набувати додаткового змісту або обмежень, виникають додаткові права, пов’язані зі шлюбом (партнерством). Також з’являються додаткові майнові права та обов’язки, в тому числі і обов’язок кожного з подружжя (партнера) підтримувати один одного.

Принцип рівності зумовив те, що обидва із подружжя повинні дбати про утримання сім’ї та її матеріальний добробут. Більше того, майнові права та обов’язки можуть існувати і після припинення шлюбу, навіть якщо вони виникли внаслідок укладення шлюбу, зокрема не тільки права та обов’язки щодо спільної власності, але і щодо утримання подружжя.

<sup>1</sup> Marvin v. Marvin. L.A. No. 30520. Supreme Court of California. December 27, 1976. URL: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/18/660.html>

<sup>2</sup> Jennifer O’Brien. Family law in Ireland: overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-567-9207?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-567-9207?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)

<sup>3</sup> Рішення Новозаводського районного суду міста Чернігова від 14 травня 2007 р. у справі № 2-1125/2007. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2066352> ; Рішення Олевського районного суду Житомирської області від 22 березня 2018 р. у справі № 287/342/17-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73042021>

<sup>4</sup> Рішення Слов’яносербського районного суду Луганської обл. від 1 жовтня 2012 р. у справі № 2-636/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26252612>

## ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПІВ СІМЕЙНОГО ПРАВА У СФЕРІ ОХОРОНИ ШЛЮБУ ТА СІМ'Ї

### 4.1. Змістовна характеристика принципу державної охорони сім'ї

Сім'я беззаперечно вважається не просто основним осередком суспільства, але і основою виховання зростаючого покоління, елементом культурного, морального, інформаційного та економічного суспільного розвитку. Глобалізм та трансформація суспільних відносин привели до відповідних змін і в моделі сім'ї – поряд з традиційною її формою, неповними сім'ями та транснаціональними шлюбами, в переважній більшості держав-членів ЄС та в США визнаються вже не тільки одностатеві партнерства, але і шлюби, обговорюються в наукових колах питання про гарантії здійснення права на сім'ю трансгендерних осіб. В таких умовах надзвичайної актуальності набуває роль принципу державної охорони сім'ї.

Науковці досліджують переважно тільки окремі аспекти дії принципів сімейного права, а також проблеми державної політики в сфері захисту та охорони прав дітей.<sup>1</sup> Водночас недостатньо дослідженим є принцип державної охорони сім'ї.

Принцип державної охорони сім'ї є одним із ключових принципів сімейного права, що має комплексний характер, реалізується у відповідній державній політиці і впливає також на інші галузі права, в тому числі трудове, соціальне і навіть податкове та кримінальне.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Дакал А. Державна політика у сфері захисту прав дітей: принципи, завдання та засоби реалізації. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2016. Вип. 3 (30). С. 59–65 ; Кривачук Л. Принципи державної політики у сфері охорони дитинства в Україні. *Ефективність державного управління*. Збірник наукових праць. 2015. Вип. 43. С. 44-51 ; Мордань О.О. Державна політика щодо соціального захисту дітей, які залишилися без піклування батьків : дис. ... к. н. з держ. упр. : спец. 25.00.02. Київ, 2015. 243 с.

<sup>2</sup> Менджул М.В. Сутнісний аналіз принципу державної охорони сім'ї. *Правова держава*. 2019. № 36. С. 60.

Щодо розуміння сім'ї, то в науковій літературі існує не тільки юридичний, але і соціологічний та інші підходи. З правової точки зору вчені визначають сім'ю переважно як об'єднання осіб, коло осіб, спільне життя осіб, організовану спільність. Л.М. Зілковська обґрунтовує, що: “виробити уніфіковане законодавче поняття сім'ї неможливо, так як сім'я є не тільки складним, але і багатогранним явищем, і не вичерпується тільки юридичними ознаками”. Можна погодитися із науковицею щодо складності формулювання уніфікованого поняття “сім'я”, і водночас ми не погоджуємося з позицією, що прийнятним для практики застосування є визначення членів сім'ї для кожної галузі законодавства.<sup>1</sup> На увагу заслуговує позиція І.С. Тімуш, що сім'ю слід розглядати як юридичний зв'язок між фізичними особами.<sup>2</sup> За своїм змістовним наповненням таке визначення є доволі універсальним, проте потребує уточнюючих характеристик саме в аспекті особливостей сімейних відносин. Тому під сім'єю, на нашу думку, слід розуміти фізичних осіб, об'єднаних сімейними права та обов'язками і які усвідомлено відносять себе до членів сім'ї.

Для з'ясування сутності досліджуваного принципу слід порівняти такі поняття як “охорона” та “захист”. Безперечно, в контексті соціальних пільг, допомог та послуг для сімей застосовують термін “захист”.<sup>3</sup> Проте іноді вживають як термін “захист сім'ї”, так і термін “охорона сім'ї”. Досить часто їх ототожнюють, використовуючи при цьому то один, то інший термін як синоніми.<sup>4</sup> О.О. Пунда у дисертаційному дослідженні обґрунтовує, що “охорона” є ширшим поняттям, ніж “за-

<sup>1</sup> Зілковська Л.М. Поняття сім'ї і закономірності розвитку сімейного законодавства про державну охорону сім'ї. 2012. С. 62. URL: <http://onucivil.com.ua/wp-content/uploads/2016/02/%D0%97%D0%B8%D0%BB%D0%BA%D0%BE%D0%B2%D1%81%D0%BA%D0%B0%D1%8F-4-1.pdf>

<sup>2</sup> Тімуш І. С. Визначення сім'ї у юридичній науці. *Юридичний вісник*. 2018. № 2 (47). С. 111.

<sup>3</sup> Бориченко К.В. Соціальний захист сімей з дітьми за законодавством України : монографія. Одеса : Фенікс, 2015. 302 с. ; Бурлака О.С. Види соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства в Україні. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2015. Вип. 2 (8). С. 51-54.

<sup>4</sup> Глиняна К.М. Правові засоби державного захисту сім'ї в Україні. *Молодий вчений. Юридичні науки*. 2016. № 6 (33). С. 230-233.



хист”, і в теорії права під ним розуміють встановлення системи правових норм, що регулюють відносини з приводу об'єктів особистих немайнових або майнових прав.<sup>1</sup> Ми погоджуємося з такою позицією і теж вважаємо, що термін “охорона” ширший і він охоплює як сукупність заходів, спрямованих на забезпечення належного здійснення прав, так і засоби державного захисного впливу у випадку порушення чи оспорення прав. Безперечно, захисні заходи впливу мають бути визначені у писаному праві і бути ефективними при їх застосуванні.

Принцип державної охорони сім'ї зафіксований як на рівні міжнародних актів, так і в національному законодавстві. Серед міжнародних актів насамперед варто вказати ч. 3 ст. 16 Загальної декларації прав людини, в якій встановлено, що сім'я визнається не тільки природним суспільним осередком, але і має право на державний та суспільний захист. Аналогічне положення закріплено в ч. 1 ст. 23 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права.

Виникає запитання: що є змістом принципу державної охорони сім'ї? На нашу думку, сутнісний зміст вказаного принципу розкривається через позитивні зобов'язання держави у сфері охорони сім'ї. Такі зобов'язання наша держава взяла на себе, ратифікувавши ряд міжнародних договорів, а також вони випливають із норм Конституції та національних законів.

Аналіз ст. 23 та 24 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права<sup>2</sup>, а також ст. 10 і 17 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права<sup>3</sup> дає змогу констатувати, що держава Україна взяла на себе зобов'язання: надавати допомогу при утворенні сімей та під час виховання дітей; вжити належних заходів для забезпечення рівності подружжя та захисту дітей у разі розірвання шлюбу; захисту дітей та підлітків на засадах недискримінації за будь-якою ознакою,

в тому числі захист від економічної або соціальної експлуатації; забороняти застосовувати працю дітей та підлітків в галузях, шкідливих для їх моральності та здоров'я, встановити відповідальність за такі дії, а також мінімальний вік для праці дітей; прийняти закон, що захищатиме особу від свавільного чи незаконного втручання в сімейне життя; вживати заходи з особливої охорони матерів протягом розумного строку до і після пологів, в тому числі шляхом забезпечення оплачуваної відпустки чи відпустки із соціальною допомогою.

Принцип охорони сім'ї державою прямо закріплений в ч. 3 ст. 52 Конституції України. Постає запитання: чи охоплює принцип державної охорони сім'ї охорону материнства, батьківства та дитинства? З одного боку сім'я, створюється, як правило, з метою народження дітей та є найкращим середовищем для їх виховання. В такому розумінні, безперечно, елементами державної охорони сім'ї є також захист материнства (батьківства) та дитинства. З іншого боку, сім'єю вважається і подружжя, що не має дітей, і так само їхня сім'я підпадає під охорону. Наразі виникла нова субкультура “childfree”, якої дотримується все більше молоді в Європі та США, які не бажають мати дітей і навіть вдаються до добровільної стерилізації. Більше того, з тлумачення положень ч. 2 ст. 3 Сімейного кодексу України сім'єю складають не тільки подружжя, але і особи, що спільно проживають, пов'язані побутом та мають взаємні права і обов'язки. Також слід брати до уваги збільшення кількості неповних та нетрадиційних сімей, і зрозуміло, що одинока особа має право стати матір'ю (батьком), в тому числі і за допомогою репродуктивних технологій, що надає охороні материнства та батьківства з боку держави самостійного значення.

Тобто принцип державної охорони сім'ї досить широкий за змістом і охоплює як захист сім'ї, так і в межах неї охорону материнства (батьківства) і дитинства.

В СК України принципу державної охорони сім'ї присвячена стаття п'ята, згідно з якою охорона державою сім'ї, дитинства та материнства (батьківства) створює умови для зміцнення сім'ї. У частинах 2–5 ст. 5 передбачено елементи досліджуваного принципу, зокрема такі позитивні зобов'язання держави: створити людині умови для материнства (батьківства), забезпечити охорону їх прав, заохочувати та

<sup>1</sup> Пунда О.О. Адміністративно-правове регулювання забезпечення здійснення особистих немайнових прав : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07. Ірпінь, 2018. С. 49.

<sup>2</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043)

<sup>3</sup> Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16.12.1966. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_042](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042)

підтримувати як матеріально, так і морально материнство (батьківство); забезпечувати пріоритет сімейного виховання дитини; охороняти кожну дитину-сироту та дитину без батьківського піклування; вживати заходів недопущення втручання в сімейне життя людини, крім випадків, визначених Конституцією.

Серед законодавчих актів, що прийняті на виконання позитивного зобов'язання щодо матеріальної підтримки сімей, варто виділити Закони України “Про державну допомогу сім'ям з дітьми”<sup>1</sup>, “Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям”<sup>2</sup>, “Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей”<sup>3</sup> та інші.

У Рішенні Конституційного Суду України № 9-р/2018 обґрунтовано позицію, що при створенні системи соціального захисту, забезпечення її належного функціонування має бути гарантована охорона сім'ї, дитинства та материнства (батьківства). Верховна Рада України під час планування соціальної політики згідно з п. 6 ч. 1 ст. 92 Конституції України самостійно може визначати засади регулювання праці, зайнятості, шлюбу, сім'ї, охорони дитинства, материнства (батьківства), здійснювати збільшення, зменшення, перерозподіл соціальних виплат, допомог із дотриманням засад пропорційності та соціальної справедливості, а також недопущення порушення гідності людини. Також КСУ констатував, що допомоги по догляду за дітьми до трьох років, допомоги при народженні дитини, усиновленні мають допоміжний, стимулюючий характер, метою їх надання є матеріальна підтримка сімей з дітьми, забезпечення належних умов утримання та виховання дітей, захисту їх інтересів.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Про державну допомогу сім'ям з дітьми: Закон України від 21.11.1992 № 2811-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-12>

<sup>2</sup> Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям: Закон України від 01.06.2000 № 1768-ІІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1768-14>

<sup>3</sup> Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей: Закон України від 02.06.2005 № 2623-ІV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2623-15>

<sup>4</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 7 розділу ІІ Закону України “Про запобігання фінансової катастрофи та створення передумов для економічного зростання в Україні” № 9-р/2018 від 7 листопада 2018 р. URL: [http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/9\\_p\\_2018.pdf](http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/9_p_2018.pdf)

Крім того, в Україні розроблені різні програми та прийняті підзаконні акти щодо охорони сім'ї, зокрема “Концепція безпечного материнства”<sup>1</sup>, “Державна цільова соціальна програма підтримки сім'ї до 2016 року”<sup>2</sup>, “Національна стратегія реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017 – 2026 роки та план заходів з реалізації її І етапу”<sup>3</sup> та інші, на виконання яких на рівні міст та областей приймають також відповідні програми, наприклад, Ужгородська міська рада 23 грудня 2015 р. рішенням № 50 затвердила “Програму сімейної, молодіжної, демографічної, гендерної політики, попередження насильства в сім'ї та протидії торгівлі людьми на 2016 – 2020 роки”.

Цінним є досвід зарубіжних держав в контексті визначення на законодавчому рівні елементів принципу державної охорони сім'ї. Так, наприклад, ст. 41 Конституції Ірландії визнає сім'ю як первинну природну і фундаментальну групу суспільства, і як моральний інститут, що володіє невід'ємними та невідчужуваними правами, що є первинними та переважаючими над позитивними нормами. У вказаній статті міститься принцип державного захисту сім'ї, матерів, а також особливого захисту інституту шлюбу, на якому базується сім'я.<sup>4</sup>

У параграфі 2 Закону Угорщини “Про захист сім'ї” встановлено, що підтримка сім'ї базується на виокремленій соціальній потребі, і держава в першу чергу сприяє підтримці та вихованню дітей, а також забезпечує сім'ї з маленькими дітьми житлом. Крім того, в частині 2 вказаного параграфу визначено, що підтримка сімей є чинником пла-

<sup>1</sup> Про затвердження Концепції безпечного материнства: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 29.03.2002 № 161-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/161-2002-%D1%80>

<sup>2</sup> Про затвердження Державної цільової соціальної програми підтримки сім'ї до 2016 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 15.05.2013 № 341. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/341-2013-%D0%BF>

<sup>3</sup> Про Національну стратегію реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017-2026 роки та план заходів з реалізації її І етапу: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 09.08.2017 № 526-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/526-2017-%D1%80>

<sup>4</sup> Constitution of Ireland, 1st July, 1937. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en#part13>

нування поточного бюджету Угорщини.<sup>1</sup> На підтримку народження дітей в Законі Угорщини “Про захист сім'ї” встановлено, що батьки дитини, які працюють, мають право на отримання державних допомог, а також держава надає послуги, пов'язані з денним доглядом та наглядом за неповнолітньою дитиною.

Частина 2 ст. 3 Закону Угорщини “Про захист сім'ї” встановлює, що цінність людського життя, здоровий спосіб життя, підготовка до шлюбу, знання про сімейні відносини і сімейне життя є предметом освіти в початковій та середній школі. В Ісландії окремо прийнято Закон про консультування та освіту з питань сексу та пологів, а також про аборти та стерилізацію. Згідно зі ст. 2 вказаного закону передбачено: проведення навчання та консультацій щодо використання контрацептивів; сексуальне виховання, консультування та освіта з питань батьківської відповідальності; консультування людей, що розглядають можливість абортів або стерилізації; консультування жінок щодо виховання дітей і надання допомоги жінкам у зв'язку з вагітністю та пологами.<sup>2</sup>

Досить важливою на наш погляд, є норма ст. 5 Закону Угорщини “Про захист сім'ї”, згідно з якою постачальники медіа-послуг зобов'язані при наданні послуг враховувати цілі вказаного закону і поважати при цьому інститут шлюбу, цінності сім'ї та виховання дітей. Держава дбає про сімейне життя шляхом спрощення адміністративних процедур, в тому числі, щоб сім'ї могли скористатися субсидіями та адміністративними послугами.<sup>3</sup> На нашу думку, аналогічні норми варто закріпити і в законодавстві України.<sup>4</sup>

Принцип захисту дітей конкретизований і в Законі про захист дітей Естонії від 8 червня 1992 р. (набув чинності 1 січня 1993 р.). Стаття 3

<sup>1</sup> Törvény a családok védelméről, 2012.12.02. URL: <http://www.parlament.hu/irom39/05128/05128.pdf>

<sup>2</sup> Lög um ráðgjöf og fræðslu varðandi kynlíf og barneignir og um fóstureyðingar og ófíttjósemisaðgerðir. 1975 nr. 25. 22. Maí. URL: <https://www.althingi.is/lagas/148c/1975025.html>

<sup>3</sup> Törvény a családok védelméről, 2012.12.02. URL: <http://www.parlament.hu/irom39/05128/05128.pdf>

<sup>4</sup> Менджул М.В. Сутнісний аналіз принципу державної охорони сім'ї. *Правова держава*. 2019. № 36. С. 62.

вказаного закону встановлює, що завжди визначається пріоритет найкращих інтересів дитини. Згідно зі ст. 4, захист дітей забезпечується національними, муніципальними та соціальними органами. Крім того, Закон про захист дітей Естонії встановлює принцип підтримки сімей з дітьми (ст. 24), єдності сім'ї (ст. 27).<sup>1</sup>

Згідно з офіційними даними Державного комітету статистики України, станом на 1 січня 2019 року населення України становило 42153,2 тис. осіб (для порівняння, згідно з даними Всеукраїнського перепису населення на 5 грудня 2001 р. – 48457,1 тис. осіб, а станом на 1 січня 1991 р. – 51944,4 тис. осіб), у тому числі чоловіки – 19455,3 тис. осіб, жінки – 22528,3 тис. осіб (станом на 1 січня 2002 року чоловіків було 22316,3 тис. осіб, жінок – 25924,6 тис. осіб). Дані за 2019 рік подані без врахування тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим, м. Севастополя та частини тимчасово окупованих територій у Донецькій та Луганській областях.<sup>2</sup> Згідно з офіційними даними Держкомстату, востаннє природний приріст населення в Україні спостерігався в 1990 році (0,5), з 1991 року до сьогодні у нас відбувається скорочення чисельності населення (у 2018 році показник становив – 6,1 на тисячу наявного населення). Крім того, відбувається стрімке старіння, зокрема кількість дітей у віці до 17 років в 1991 році становила 13225,7 тис. осіб, а осіб старше 65 років – 6329,1 тис. осіб, а станом на 1 січня 2019 року дітей віком до 17 років включно – 7579,7 тис. осіб, осіб старше 65 років – 7034,6. Кількість осіб у віці від 18 до 60 років скоротилася із показника 38397,8 тис. осіб у 1991 році до 34403,9 тис. осіб станом на 1 січня 2019 року.

За критеріями ООН населення вважається “старим”, якщо частка населення віком старше за 65 років становить понад 7%.<sup>3</sup> Враховуючи цей критерій та офіційну статистику (кількість старого населення у нас 16,69% станом на 1 січня 2019 року), експерти оцінюють насе-

<sup>1</sup> Eesti Vabariigi lastekaitse seadus, 08.06.1992. URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/113122013012>

<sup>2</sup> Населення / Держстат України. URL: [http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2007/ds/nas\\_rik/nas\\_u/nas\\_rik\\_u.html](http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2007/ds/nas_rik/nas_u/nas_rik_u.html)

<sup>3</sup> Гендерна рівність і розвиток: погляд у контексті європейської стратегії України / Центр Разумкова. Київ, 2016. С. 12.

лення України як “дуже старе”. Тенденції старіння української нації позначаються і на скороченні показника зареєстрованих шлюбів, що є основною формою створення сім'ї, а також зменшенні народжуваності.

Коефіцієнт народжуваності за віком матерів, вирахований за офіційними даними Державного комітету статистики України, що враховує кількість живонароджених на 1000 жінок відповідного віку, показує тенденцію зменшення народжуваності з 51,2 у 1991 році до 36,9 – у 2001. При цьому важливо відмітити, що найнижчий показник був у 2001 році та становив 29,8, надалі він до 2013 року зріс до 45,0, а зменшення цього показника протягом 2014–2018 років зумовлено в тому числі і неврахуванням даних з тимчасово окупованої території АРК, м. Севастополь та частини територій у Донецькій та Луганській областях. При цьому спостерігається тенденція скорочення показника народжуваності дітей жінками у віці 15 – 19 років від показника 60,3 в 1991 році до 19,7 – 2018. Більше як удвічі скоротився показник народжуваності жінками у віці 20 – 24 роки: від 156,9 у 1991 році до 73,3 – у 2018. Показник народжуваності дітей жінками у віці 25 – 29 років зменшився не суттєво (82,4 у 1991 році, 80,3 – 2018), водночас зросли показники народжуваності дітей жінками старшого віку: а) у віці 30 – 34 роки (1991 р. – 37,9; 2018 р. – 54,3); б) у віці 35 – 39 років (1991 р. – 13,9; 2018 р. – 26,4); в) у віці 40 – 44 роки (1991 р. – 3,1; 2018 р. – 26,4); г) у віці 45 – 49 років (1991 р. – 0,1; 2018 р. – 0,7).<sup>1</sup> Таким чином, при загальній тенденції скорочення кількості народжених дітей, спостерігається зростання середнього віку матерів і збільшення кількості дітей, народжених жінками у віці після 25 років.

Враховуючи вказану статистику, принцип державної охорони сім'ї набуває особливої ваги і передбачає необхідність впровадження комплексної ефективної та належної державної політики, спрямованої на охорону сім'ї, материнства (батьківства) та дитинства, встановлення особливого механізму захисту сім'ї.

<sup>1</sup> Населення / Держстат України. URL: [http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2007/ds/nas\\_rik/nas\\_u/nas\\_rik\\_u.html](http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2007/ds/nas_rik/nas_u/nas_rik_u.html)

У контексті охорони материнства та батьківства держава повинна встановити правове регулювання здійснення репродуктивної функції. В Україні ст. 281 ЦК України у ч. 5 встановлює право на стерилізацію, у ч. 6 передбачає штучне переривання вагітності, а в ч. 7 – право на застосування допоміжних репродуктивних технологій. СК України у ст. 49 гарантує право на материнство, а в ст. 50 – право на батьківство, які можуть бути реалізовані особами і поза сімейними відносинами.

Ще п'ятнадцять років тому застосування репродуктивних технологій викликало подив в жителів як України, так і Європи. Наразі до сурогатного материнства та інших репродуктивних технологій (штучного запліднення, екстракорпорального запліднення) вдаються все частіше, і вони стали доступними для пересічних громадян. При цьому застосування вказаних технологій досі поділяє науковців, політиків, священнослужителів, пересічних громадян на прихильників та противників. Одні зауважують, що це не етично, порушує релігійні норми, є формою експлуатації жінок та навіть торгівлею дітьми. Інші переконують, що це передові технології, які дають можливість подружжю стати повноцінною сім'єю.

Законодавство України детально не регулює процедуру сурогатного материнства. У Сімейному кодексі тільки в ст. 123 встановлено правила визначення походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій. Зокрема, в нашій державі, якщо в організм іншої жінки перенесено ембріон, зачатий подружжям, саме вони і визнаються батьками дитини. Так само сурогатна матір не має прав на дитину відповідно до законодавства Греції.<sup>1</sup>

Цікавим є судові рішення Верховного суду Ізраїлю по справі “Nachmani v. Nachman”. Подружжя без дітей вирішило вдатися до сурогатного материнства і підписало угоду із сурогатною матір'ю. Було вилучено одинадцять яйцеклітин і запліднено спермою чоловіка, але

<sup>1</sup> Менджул М.В. Правові засади сурогатного материнства: окремі аспекти. *Забезпечення прав людини четвертого покоління у системі охорони здоров'я* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (12 квіт. 2019 р., м. Ужгород) : зб. наук. ст. / під заг. ред. С.Б. Булеци, Я.В. Лазура, М.В. Менджул. Ужгород : Вид-во Олександрії Гаркуші, 2019. С. 87.



до імплантації яйцеклітин до сурогатної матері подружжя розлучилися. Чоловік заперечував проти застосування запліднених яйцеклітин його спермою. Верховний суд (сім проти чотирьох) виніс рішення на користь жінки, оскільки, на їхню думку, інтереси жінки (зокрема, відсутність іншої можливості стати генетичною матір'ю) переважали інтереси чоловіка. Інша позиція була висловлена ЄСПЛ у справі “Evans v. the United Kingdom” і, зокрема, Суд зауважив, що, враховуючи відсутність будь-якого консенсусу з цього приводу серед європейських держав, не може мати право однієї особи бути генетично пов'язаним з дитиною більшу вагу, ніж право іншої особи не мати генетичного споріднення з дитиною.<sup>1</sup>

В Україні наразі методика сурогатного материнства регулюється наказом Міністерства охорони здоров'я України “Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні” від 9 вересня 2013 р. № 787.<sup>2</sup> На практиці в Україні застосування сурогатного материнства регулюється договорами. І за відсутності законодавчого регулювання виникає багато практичних проблем, що можуть закінчитися судовими розглядами, зокрема, у разі коли сурогатна мати передумає віддавати дитину чи майбутні батьки офіційно розлучаються до народження дитини, чи народиться дитина з вадами і т.п. Детальніше нами досліджено вказані проблеми у окремій публікації.<sup>3</sup>

Для запобігання таким ситуаціям договір про сурогатне материнство повинен нотаріально засвідчуватися і максимально враховувати можливі спірні ситуації, детально регулювати права та обов'язки сторін під час виношування дитини (контакти з сурогатною матір'ю, утримання її, режим дня та здорове харчування, присутність при медичних оглядах і т.д.), народження дитини (присутність при наро-

дження дитини, момент передачі дитини), встановлювати заборону односторонньої відмови від договору, передбачати наслідки форс-мажорних обставин (розлучення подружжя, народження дитини з вадами, народження мертвої дитини і т.д.) та встановлювати відповідальність сторін за порушення умов договору. Крім того, ми переконані, що умови цього договору не повинні якимось чином порушувати права та інтереси дитини.

До Верховної Ради України у 2018 р. було внесено проект Закону про допоміжні репродуктивні технології № 8629. У вказаному проекті в статті 9 пропонується чітко визначити умови застосування сурогатного (замінного) материнства: тільки на підставі письмового договору між генетичними батьками (подружжям) та сурогатною (замінною) матір'ю; за умови попередньої нотаріально посвідченої згоди чоловіка жінки (якщо сурогатна (замінна) матір перебуває у зареєстрованому шлюбі); обов'язкової наявності генетичного зв'язку майбутньої дитини із генетичними батьками та/або з одним із них та відсутності генетичного зв'язку дитини із сурогатною (замінною) матір'ю; наявності у пацієнтки медичних показань, при яких виношування та/або народження дитини фізіологічно неможливе або пов'язане з ризиком для життя та здоров'я такої пацієнтки та/або дитини; скористатися методикою сурогатного материнства можуть лише подружжя (чоловік та жінка), які перебувають у зареєстрованому шлюбі.<sup>1</sup>

Таким чином, не можуть скористатися методикою сурогатного материнства в Україні особи однієї статі чи особи без громадянства. Водночас, на нашу думку, варто в проекті Закону про допоміжні репродуктивні технології передбачити обов'язковість нотаріального посвідчення письмового договору між генетичними батьками (подружжям) та сурогатною матір'ю і в ст. 9, а не тільки у ст. 12.<sup>2</sup>

Позитивним є закріплення у законопроекті вимог до жінки, яка може бути сурогатною (замінною) матір'ю, зокрема, що нею може бути жінка віком 18–55 років (включно), яка не має медичних проти-

<sup>1</sup> Проект Закону про допоміжні репродуктивні технології № 8629 від 19.07.2018. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=64477](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64477)

<sup>2</sup> Менджул М.В. Порівняльний аналіз правових засад сурогатного материнства. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 2. С. 79.

<sup>1</sup> Case of Evans v. the United Kingdom, 10 April 2007, application n. 6339/05. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-80046%22%5D%7D>

<sup>2</sup> Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні: Наказ МОЗ України від 09 вересня 2013 No 787. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13>

<sup>3</sup> Менджул М.В. Порівняльний аналіз правових засад сурогатного материнства. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 2. С. 78-79.

показань для виношування вагітності та пологів та має власну народжену нею здорову дитину без вроджених вад розвитку. При цьому у ст. 11 проекту узаконується можливість комерційного сурогатного материнства в Україні.

В Австралії законодавство забороняє рекламу сурогатного материнства і не допускає створення комерційних агентств.<sup>1</sup> Вважаємо, що і в Україні варто обмежити рекламування діяльності, пов'язаної із застосуванням сурогатного материнства, а також впровадити американський досвід психологічної підтримки сурогатних матерів.

З позиції ст. 52 Конституції України охорона дитинства зумовлює заборону державою насильства в сім'ї чи експлуатацію дітей, зокрема держава зобов'язана прийняти законодавство, що встановлює відповідальність за такі дії, і забезпечити ефективність розслідування таких справ і притягнення винних осіб до відповідальності. На нашу думку, позитивні зобов'язання держави в цьому аспекті передбачають і впровадження системи заходів по превенції насильства щодо дітей та інших членів сім'ї.

Частиною 3 ст. 52 Конституції України на державу також покладено обов'язок утримувати та виховувати дітей-сиріт та дітей без батьківського піклування. І в контексті принципу державної охорони сім'ї таким дітям повинні бути створені умови проживання, що найбільше відповідають сімейним. У зв'язку з цим впроваджено різноманітні форми влаштування дітей (усиновлення<sup>2</sup>, опіка та піклування<sup>3</sup>,

прийомні сім'ї<sup>1</sup>, дитячі будинки сімейного типу<sup>2</sup>, патронат<sup>3</sup>). Наразі в Україні досить детально досліджено різні форми влаштування дітей без батьківського піклування, зокрема такими вченими як К.І. Березовська, В.І. Борисова, Н. Бутрин-Бока, О. Гнатів, В.А. Кройтор, Л.В. Лешанич, О.В. Мельник, Є.В. Падун, У.В. Романюк, Ю.Ю. Черновалюк, І.А. Яніцька та інші.

У Національній стратегії реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017–2026 роки, затвердженій розпорядженням КМУ від 9 серпня 2017 р., закріплено основні засади, які по сутності є змістовними елементами принципу державної охорони дитинства, а саме: пріоритетами державної політики є безпека та благополуччя дітей; визнання сім'ї найкращим середовищем виховання та розвитку дитини; збереження сім'ї є основною умовою забезпечення найкращих інтересів дітей, їх благополуччя; заохочення і підтримка державою відповідального батьківства; врахування потреб та інтересів кожної дитини під час реформування системи інституційного догляду і виховання дітей; залучення дітей до процесу прийняття рішень, які їх стосуються. Держава повинна вживати заходи з метою популяризації важливого значення виховання і розвитку дитини, участі територіальної громади у процесі забезпечення найкращих інтересів дитини, недопустимості розлучення дитини із батьками у зв'язку із особливостями її розвитку. В Україні ще діє низка різних закладів по догляду за дітьми без батьківського піклування (школи-інтернати; будинки дитини; дитячі будинки; дитячі будинки-інтернати та інші).

<sup>1</sup> Anita Stuhmcke. For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood. Murdoch University *Electronic Journal of Law*. Volume 3, Number 1 (May 1996). URL: <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/1996/6.html>

<sup>2</sup> Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей: Постанова КМУ від 08.10.2008 № 905. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/905-2008-%D0%BF>

<sup>3</sup> Про затвердження Правил опіки та піклування: Наказ Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України від 26.05.1999 № 34/166/131/88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0387-99>

<sup>1</sup> Про затвердження Положення про прийомну сім'ю: Постанова Кабінету Міністрів України від 26.04.2002 № 565. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/565-2002-%D0%BF>

<sup>2</sup> Про затвердження Положення про дитячий будинок сімейного типу: Постанова Кабінету Міністрів України від 26.04.2002 № 564. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/564-2002-%D0%BF>

<sup>3</sup> Деякі питання здійснення патронату над дитиною: Постанова Кабінету Міністрів України від 16.03.2017 № 148. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/148-2017-%D0%BF>

Станом на 1 вересня 2016 р. таких закладів в нашій державі було 751.<sup>1</sup> Державна політика в Україні останніми роками також спрямована на скорочення закладів інтернатного типу з перспективою переходу тільки на форми влаштування дітей без батьківського піклування, що наближені до сімейного виховання.

Експерти наводять зарубіжний досвід, зокрема, що ще на початку ХХ ст. в США відмовилися від закладів інституційного догляду за дітьми, у Швеції до 2000 року всі державні заклади були закриті, у Румунії процес реформування розпочався в 90-х роках. У Молдові, відповідна державна політика з 2007 р. привела до зменшення на 70 відсотків кількості дітей у таких закладах.

В Україні, у контексті принципу державної охорони сім'ї, материнства, батьківства та дитинства впроваджено інститут соціальних відпусток (ст. 17–20 Закону України “Про відпустки”), що передбачає надання жінкам відпустки у зв'язку з вагітністю та пологами, а також мамі (або батькові чи іншому родичу) – відпустки для догляду за дитиною до трьох років, усиновлювачеві – відпустку у зв'язку з усиновленням дитини, а також додаткову відпустку працівникам, що мають дітей.<sup>2</sup> Г.І. Чанишева, проаналізувавши відповідність трудового законодавства України міжнародним стандартам праці, дійшла висновку, що в цілому воно відповідає вимогам щодо охорони материнства працюючих жінок, проте є певні невідповідності Конвенціям МОП.<sup>3</sup> Можна погодитися з таким висновком, особливо в частині гарантій, визначених Конвенцією МОП “Про охорону материнства”.<sup>4</sup>

В Ісландії Законом про народження дітей та батьківські відпустки від 22 травня 2000 р. встановлено, що незалежно від відпустки мате-

рів, батьки мають право на відпустку у зв'язку з народженням дитини на строк до трьох місяців, частково до одного місяця можна взяти цю відпустку до народження дитини (ст. 8). На нашу думку, аналогічні норми слід встановити і в законодавстві України.

У Швеції та інших нордичних державах системно та успішно впроваджується принцип відповідального батьківства, проявами ефективності якого є зростання залученості батьків до виховання та догляду за дітьми. Така політика привела до зростання народжуваності, і серед європейських держав Швеція має один із найвищих показників.

З аналізу норм Закону про батьківство Швеції, що набув чинності 1 січня 1950 р., можна стверджувати про наявність принципу визначеності батьківства. Оскільки розділ 2 вказаного акта покладає обов'язок на державу в особі комітету соціального забезпечення у разі коли жінка не заміжня, визначити справжнього батька дитини. Крім того, даний акт регулює сімейні відносини на принципах пріоритету інтересів дитини. Детальніше нами розкрито досвід нордичних держав в окремій публікації.<sup>1</sup>

Проявом принципу державної охорони сім'ї можна вважати і, до прикладу, встановлення у багатьох штатах США вимоги про здачу аналізу крові на виявлення хвороб, що передаються статевим шляхом (наприклад, сифілісу чи гонореї), чи на дослідження наявності у людини синдрому набутого імунodefіциту (СНІД) особами, що планують укласти шлюб.<sup>2</sup> Хоча результати обстеження не можуть бути підставою відмови укладення шлюбу, але це служить своєрідним захистом іншого з подружжя та їхніх майбутніх дітей.

Стаття 30 СК України встановлює обов'язок наречених повідомити один одного про стан здоров'я, проте ст. 14 Закону “Про державну реєстрацію актів цивільного стану”<sup>3</sup> не передбачає подання під час реєстрації шлюбу довідки про проходження нареченими медичного

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принципи сімейного права в законодавстві нордичних держав. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 6, том 1. С. 132-37.

<sup>2</sup> Бернхем В. Розділ XIII “Сімейне право” з книги “Вступ до права та правової системи Сполучених Штатів Америки”. *Право США*. 2012. № 1–2. С. 13-14.

<sup>3</sup> Про державну реєстрацію актів цивільного стану: Закон України від 01.07.2010 № 2398-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17#n112>

<sup>1</sup> Про Національну стратегію реформування системи інституційного догляду та виховання дітей на 2017-2026 роки та план заходів з реалізації її I етапу: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 09.08.2017 № 526-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/526-2017-%D1%80>

<sup>2</sup> Про відпустки: Закон України від 15.11.1996. № 504/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/504/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>3</sup> Чанишева Г.І. Міжнародні стандарти охорони материнства й законодавство України. *Альманах міжнародного права*. 2015. Вип. 7. С. 80.

<sup>4</sup> Конвенція МОП “Про охорону материнства” (переглянута в 1952 році) від 28.06.1952 № 103. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993\\_122](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_122)

огляду, і згідно постанови КМУ від 16 листопада 2002 р. № 1740 наречені проходять медичне обстеження лише за бажанням.<sup>1</sup> На нашу думку, потрібне обов'язкове медичне обстеження наречених на інфекційні хвороби, небезпечні для іншого з подружжя, при цьому повинно бути забезпечено таємницю про стан здоров'я, і для реєстрації шлюбу має надаватися довідка про факт проходження обстеження без зазначення діагнозу.

Чи повинна держава в контексті принципу державної охорони сім'ї визнавати чи, навпаки, забороняти одностатеві шлюби? На нашу думку, це питання слід аналізувати крізь призму принципу рівності, що зроблено нами в другому підрозділі третього розділу.

Особливого значення принцип державної охорони сім'ї набуває в надзвичайних ситуаціях. На жаль, в новітній історії наше держава має досвід як військових конфліктів, так і протидії "гібридній війні", і щодо захисту прав внутрішньо переміщених осіб. Проблеми здійснення права на сім'ю внутрішньо переміщеними особами розкрито нами в окремій публікації.<sup>2</sup> Закон України "Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб",<sup>3</sup> на відміну від Закону України "Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України"<sup>4</sup>, у ст. 9 гарантує ВПО: право на єдність родини; сприяння органами державної виконавчої влади та місцевого самоврядування, суб'єктами приватного права у пошуку та возз'єднанні членів сімей, що втратили зв'язок; право на інформацію

про місцезнаходження та долю зниклих членів сім'ї, близьких родичів; проведення державної реєстрації актів цивільного стану, внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання за місцем перебування особи. Вказані норми, на нашу думку, також розкривають зміст принципу державної охорони сім'ї.

Принцип державної охорони сім'ї передбачає наявність механізму захисту сім'ї. Елементами такого механізму є: 1) правові норми, що передбачають порядок та способи захисту; 2) інституції, уповноважені здійснювати захист; 3) державну політику, що включає прийняття та ефективне виконання освітніх, соціальних та інших програм, спрямованих на захист сім'ї.

Найбільш ефективною інституцією по захисту прав учасників сімейних відносин є суд, і в ст. 18 СК України встановлено, що кожен учасник сімейних відносин з 14 років може звертатися безпосередньо до суду, а також визначено способи судового захисту. Крім того, чітко визначено повноваження органу опіки та піклування щодо захисту сімейних прав членів сім'ї (ст. 19 СК України). В нормах сімейного законодавства зафіксовано і роль прокуратури як захисної інституції (ст. 42, 165, 170 та 240 СК України). Безперечно, інституційний захист передбачає як судову, так і інші юрисдикційні форми захисту. Водночас не вирішеним залишається питання про роль медіації у механізмі захисту сім'ї та її членів. Безперечно, з точки зору інтересів сім'ї та вирішення сімейних конфліктів медіація є досить ефективною.

Досить поширеним стало застосування для вирішення сімейних спорів альтернативних методів, в тому числі медіації, у США та державах ЄС. Також поширення набув арбітраж, і зокрема, досить ефективно функціонують арбітражні установи в Німеччині, Англії та Уельсі (наприклад, Інститут арбітрів сімейного права). Уряд Бельгії в лютому 2018 року опублікував пропозиції про необхідність обов'язкового посередництва (медіації) у справах про розлучення. В Ісландії процедури примирення можуть бути застосовані священнослужителями.<sup>1</sup> Загалом зарубіжний досвід засвідчує ефективність медіації при ви-

<sup>1</sup> Hjúskaparlög. 1993 nr. 31 14. April. URL: <https://www.althingi.is/lagas/148c/1993031.html>

<sup>1</sup> Про затвердження Порядку здійснення добровільного медичного обстеження наречених: Постанова Кабінету Міністрів України від 16.11.2002 № 1740. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1740-2002-%D0%BF>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Окремі проблеми здійснення права на сім'ю внутрішньо переміщеними особами. *Здійснення та захист прав внутрішньо переміщених осіб* : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф. (20 квіт. 2018 р., м. Ужгород) / Ужгородський національний ун-т ; за заг. ред. О.Я. Рогача, Я.В. Лазура, М.В. Менджул. Ужгород, 2018. С. 117-121.

<sup>3</sup> Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 20.10.2014. № 1706-VII URL: <https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1706-18>

<sup>4</sup> Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: URL: Закон України від 15.04.2014 № 1207-VII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18>



рішенні сімейних спорів, оскільки досить часто сторонам конфлікту необхідно комунікувати щодо вирішення багатьох питань, особливо якщо йдеться про розірвання шлюбу між подружжям, що має дітей. Обґрунтованим з позиції зарубіжного досвіду є висновок Ю.Д. Притики та С.Я. Фурси про доцільність впровадження інституту медіації в Україні і прийняття окремого закону “Про медіацію”.<sup>1</sup> Таким чином, у процесі реформування сімейного права, а також проведення судової реформи в Україні, важливим є забезпечення оптимально швидкого та прозорого розгляду сімейних справ, запровадження альтернативних способів вирішення сімейних спорів та гарантування врахування думки дитини у всіх провадженнях, що стосуються її прав та інтересів.

Цікавим є питання щодо меж державного втручання в рамках гарантування принципу охорони сім'ї. На нашу думку, державні заходи щодо охорони сім'ї обмежуються особистісною свободою людини, і такі заходи не можуть передбачати втручання у сферу сімейного та приватного життя особи, поки не порушуються права іншої особи, норми закону або моральні засади суспільства. Державна політика щодо охорони сім'ї має ґрунтуватися на балансі інтересів суспільства та сім'ї. Саме тому, ми погоджуємося з позицією С.П. Сітнік, що державна сімейна політика має ґрунтуватися на принципі соціального партнерства сім'ї та держави, згідно з яким здійснюється розподіл відповідальності за сім'ю між членами сім'ї (батьками, дітьми, іншими членами) та державою.<sup>2</sup> Безперечно, державна політика, що ґрунтується на принципі соціального партнерства, не звільняє державу від позитивних зобов'язань щодо гарантування охорони сім'ї, проте підвищує роль та самостійність сім'ї, забезпечує її участь у відповідних державних заходах.

<sup>1</sup> Притика Ю.Д., Голопапа Д.І. Запровадження інституту медіації в Україні: передумови й перспективи правового регулювання. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки*. 2016. № 1 (2). С. 16. ; Фурса С. Медіація в Україні : актуальні питання теорії і практики та необхідність законодавчої регламентації. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2014. Вип. 1. С. 5.

<sup>2</sup> Сітнік С.П. Державне регулювання розвитку інституту сім'ї на принципах соціального партнерства. *Теорія та практика державного управління*. 2016. № 1 (52). С. 4.

Таким чином, принцип державної охорони сім'ї передбачає комплекс нормотворчих, правозастосовних, організаційно-розпорядчих, процедурних, фінансових, ідеологічно-виховних заходів з боку держави щодо забезпечення сприятливих умов для створення та належного функціонування сім'ї, а також її захисту. Правовий механізм державної охорони сім'ї є системою правових норм та інституцій, що встановлюють гарантії та забезпечують умови для реалізації особою права на сім'ю, належного функціонування сім'ї, захисту материнства (батьківства) та дитинства.

Дія принципу державної охорони сім'ї зумовлює балансує систему заходів, що пропорційно враховують інтереси сім'ї, учасників сімейних відносин та публічні інтереси.

Сутнісний зміст принципу державної охорони сім'ї розкривається через позитивні зобов'язання держави в сфері охорони сім'ї, в тому числі: надавати допомогу при утворенні сімей та під час виховання ними дітей; вживати належних заходів для забезпечення рівності подружжя та захисту дітей у разі розірвання шлюбу; створювати людині умови для материнства (батьківства), забезпечувати охорону їх прав; вживати заходи з особливої охорони матерів протягом розумного строку до і після пологів, в тому числі шляхом забезпечення оплачуваної відпустки чи відпустки із соціальною допомогою; впровадити механізм захисту дітей та підлітків на засадах недискримінації за будь-якою ознакою, в тому числі захисту від економічної або соціальної експлуатації; встановити заборони щодо застосування праці дітей та підлітків в галузях, шкідливих для їх моральності та здоров'я, а також визначити відповідальність за такі дії; прийняти законодавство щодо захисту особи від свавільного чи незаконного втручання в сімейне життя; забезпечувати пріоритет сімейного виховання дитини; створити механізм утримання та виховання дітей-сиріт та дітей без батьківського піклування.

## 4.2. Проблемні аспекти застосування принципу недопустимості втручання у сімейне життя

Сфера сімейного життя особи, будучи частиною особистого життя, в силу людської гідності та свободи має бути захищеною від втручання як з боку держави, так і інших приватних осіб. Тільки при гарантуванні недопущення втручання в сімейне життя можна стверджувати про забезпечення автономності особи, що також є індикатором виконання державою обов'язку здійснювати регулювання сімейних відносин в мінімально достатній мірі (наскільки це допустимо та можливо із врахуванням інтересів учасників таких відносин та суспільства).

У законодавстві України зафіксованими є такі змістовні елементи принципу недопустимості втручання у сімейне життя особи: “недопустимість свавільного втручання у сімейне життя” (ч. 4 ст. 7 СК України); “ніхто не може зазнати втручання у сімейне життя” (ст. 32 Конституції України, ч. 5 ст. 5 СК України, ч. 4 ст. 291 ЦК України), “повага до сімейного життя” (ч. 4 ст. 4 СК України), “таємниця особистого та сімейного життя” (ч. 4 ст. 7, ст. 226–228, 285 СК України, ст. 301 ЦК України).

У міжнародних правових актах також зафіксовано елементи принципу недопустимості втручання у сімейне життя. Наприклад, у ст. 12 Загальної декларації прав людини (встановлено заборону самовільного втручання в сімейне життя), ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (передбачено заборону свавільного або незаконного втручання в сімейне життя), ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (гарантовано повагу до сімейного життя) та інші.

Таким чином, в різних національних та міжнародних актах, хоч і не із застосуванням однакової термінології, але закріплено принцип недопустимості втручання у сімейне життя, який передбачає повагу до сімейного життя, заборону свавільного втручання в сімейне життя, а також таємницю визначених законом аспектів сімейного життя.

Безперечно, принцип недопустимості втручання у сімейне життя тісно пов'язаний із фундаментальним правом людини на сім'ю. У ви-

падку реалізації права на сім'ю, дія принципу недопустимості втручання у сімейне життя проявляється найбільше, особливо через правовий механізм захисту сімейного життя особи.

Враховуючи, що досить часто заборона втручання у сімейне життя зафіксована у законодавстві у поєднанні із заборонаю втручання в особисте життя, постає питання, як співвідносяться ці поняття.

На думку окремих науковців, особистим життям є сукупність фактів, що відбуваються в теперішній момент часу у житті певної людини автономно від вторгнення когось в них, і які мають на меті задовольнити її приватні соціальні інтереси.<sup>1</sup> Інші науковці при аналізі поняття “особисте життя” відштовхуються від протиставлення “публічного” та “приватного” життя.<sup>2</sup> В.М. Парасюк пропонує під особистим життям особи розуміти природне право людини, яка самостійно визначає його межі, а захист такої сфери гарантує і забезпечує держава.<sup>3</sup> О.В. Басай вважає, що особисте життя є особливою частиною приватної сфери життєдіяльності людини, що включає різноманітні відносини, стосунки, явища та події, які не є публічними, визначаються та регулюються особою на основі соціальних умов, і які є гарантованими правом та охороняються ним від неправомірних втручань.<sup>4</sup> В. Породько відзначає комплексність права на недоторканність особистого життя людини, яке виражене у нормах різних галузей права.<sup>5</sup> Ми поділяємо підхід науковців, що поняття “особисте життя” і “приватне життя” є синонімами, “сімейне життя” вважаємо окремою частиною приватного (особистого) життя.

<sup>1</sup> Вишневецька С.В., Вишневецький В.М. Конституційне право на недопущення втручання в особисте і сімейне життя працівника. *Юридичний вісник*. 2018. № 3 (48). С. 110.

<sup>2</sup> Горобець Н.О. Особисте життя: таємниця чи повага? *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 3. С. 42-43.

<sup>3</sup> Парасюк В.М. Особисте життя як об'єкт цивільно-правових відносин. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 6. С. 139.

<sup>4</sup> Басай О.В. Неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини як загальна засада цивільного законодавства України. *Часопис Національного університету “Острозька академія”. Серія Право*. 2013. № 2(8) С. 2.

<sup>5</sup> Породько Вікторія. Право на недоторканність особистого життя людини: проблема термінології. *Лідпріємництво, господарство і право*. 2018. № 11. С. 148.

Спробу змістовно розмежувати особисте та сімейне життя особи здійснив Конституційний Суд України. Зокрема у рішенні від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012, було встановлено, що особисте життя особи – це поведінка такої особи в особистісній, сімейній, побутовій, інтимній, товариській, професійній, діловій сферах та інші стосунки поза межами суспільної діяльності, в тому числі виконання особою публічних функцій (держави або органів місцевого самоврядування). Сімейне життя складають особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, іншими членами сім'ї, що здійснюються на засадах, встановлених Сімейним кодексом України.<sup>1</sup>

Крім того, КСУ підкреслив неможливість визначення всіх видів поведінки фізичної особи у сферах особистого та сімейного життя, через те, що як особисті, так і сімейні права є частиною природних прав людини, і тому вони є невичерпними і можуть реалізуватися у різних динамічних майнових та немайнових відносинах, стосунках, явищах, подіях тощо. Не зовсім обґрунтованим є використання КСУ таких термінів як “стосунки” та “явища”, оскільки перший термін на нашу думку, повністю замінюється терміном “відносини”. Використання терміна “явища” щодо пояснення поняття “сімейне життя” теж не коректне, оскільки тільки вносить неясність в його сутнісну характеристику.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод у ст. 8 передбачає захист приватного та сімейного життя. На основі аналізу прецедентної практики науковці зазначають, що “приватне життя” ЄСПЛ розглядає не тільки як внутрішній світ, а відносини людини із зовнішнім світом, і тому “сімейне життя” не є тотожним поняттю “приватне життя”, але перетинається з ним.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12#n51>

<sup>2</sup> Гайдун О.О., Худолей В.Ю., Шаркова І.М. Прецедентне право Європейського суду з прав людини щодо захисту прав уразливих верств населення : навч. посіб. Київ: ФОП Голембовська О.О., 2018. С. 127.

В.С. Гербут вважає, що сучасне розуміння поняття права на приватне та сімейне життя особи з врахуванням тенденції до різноманіття та індивідуалізації, розширення суспільних відносин, що захищені ст. 8 Конвенції, передбачає необхідність заміни поняття “право на невтручання в особисте та сімейне життя” на поняття “право на повагу до приватного та сімейного життя”<sup>1</sup>. Подібні пропозиції обґрунтовані й іншими науковцями і вони є слушними, проте при цьому мають узгоджуватися із розумінням того, що право на приватне життя та право на сімейне життя є різними за змістом правами. Саме тому мають застосовуватися терміни “право на повагу до приватного життя” та “право на повагу до сімейного життя”.

У судовій практиці ЄСПЛ досить широко тлумачить поняття “приватне життя”, більше того Суд вважає, що неможливо та немає потреби дати вичерпне визначення. Межі приватного життя не обмежені виключно “внутрішньою сферою” і неможливо повністю виключити зовнішній світ, приватне життя може перетинатися навіть із професійною діяльністю, особливо у вільних професіях (ч. 29 рішення у справі “Niemietz v. Germany”)<sup>2</sup>. До сфери приватного життя ЄСПЛ також включає особисту автономію та особистісний розвиток, гендерну ідентифікацію, сексуальну орієнтацію, сексуальне життя, фізичну та психологічну цілісність людини<sup>3</sup>. Втручанням у сферу приватного життя було визнано телефонне прослуховування<sup>4</sup>, посягання на фізичну цілісність особи<sup>5</sup>, відсутність правового визнання трансгендер-

<sup>1</sup> Гербут В.С. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність: сутнісний зміст та гарантії захисту : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02. Ужгород, 2018. С. 7.

<sup>2</sup> Case of Niemietz v. Germany, 16 December 1992, application n. 13710/88. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57887%22%5D%7D>

<sup>3</sup> Case of Laskey and others v. the United Kingdom, 19 February 1997. application n. 21627/93; 21628/93; 21974/93. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58021%22%5D%7D>

Case of A, B and C v. Ireland, 16 December 2010, application n. 25579/05. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102332%22%5D%7D>

<sup>4</sup> Case of Huvig v. France, 24 April 1990, application n. 11105/84. URL: [http://www.hrcr.org/safrica/privacy/huvig\\_france.html](http://www.hrcr.org/safrica/privacy/huvig_france.html)

<sup>5</sup> Case of Roche v. the United Kingdom, 19 October 2005, application n. 32555/96. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70662%22%5D%7D>

ної особи після зміни статі<sup>1</sup>, відсутність законного права на аборт у випадку ризику для здоров'я жінки<sup>2</sup> тощо.

Таким чином, Європейський суд з прав людини застосовує достатньо широкий підхід до розуміння приватного життя особи, зокрема під захистом Конвенції знаходяться такі сфери: фізична, психологічна цілісність людини, аспекти її правової, соціальної та психологічної ідентифікації, гендерна ідентичність, сексуальна орієнтація, фотографії, відносини з іншими людьми, право на прийняття рішень щодо свого тіла, вибір професії, матеріали, зібрані про особу органами держави та інші.

Можна погодитися із позицією Р.О. Стефанчука, що комплексний характер має термін “приватність”, під яким науковець пропонує розуміти особисте немайнове право фізичної особи, яке гарантує соціальне буття у сімейній, побутовій, особистій, інтимній та інших сферах, можливість втручання у які може бути визначена особою або рішенням суду на законних підставах.<sup>3</sup> Таким чином, “приватне життя” і “особисте життя” – тотожні поняття, а термін “приватність” охоплює як приватне, так і сімейне життя.

Так само досить широко тлумачить ЄСПЛ і поняття “сімейне життя”. Зокрема, на думку Суду, поняття “сімейне життя” не може бути обмежене тільки шлюбними відносинами і може охоплювати інші фактичні “сімейні зв'язки”, в тому числі коли особи живуть разом поза шлюбом<sup>4</sup>, відносини між братами та сестрами<sup>5</sup>, а також під за-

хист підпадають право подружжя на розірвання шлюбу<sup>1</sup>, право встановлювати біологічне батьківство, право особи знати, хто її фактичні батьки<sup>2</sup>, право батька знати про передачу дитини на усиновлення<sup>3</sup> та інші. Сімейне життя включає і право на спільне проживання, проте не завжди гарантує право на в'їзд в іншу країну з метою возз'єднання із сім'єю<sup>4</sup>.

В літературі за допомогою комплексного аналізу обґрунтовується позиція, що захисту підлягають не тільки юридично оформлена сім'я, але і фактична сім'я, що характеризується сталістю (біологічна, позашлюбна, адюльтерна та соціологічна).<sup>5</sup> Не зовсім можна погодитися із такими окремими видами сімей, вказаними науковицею, оскільки ті характеристики, які вкладаються у поняття “адюльтерна сім'я” можуть бути як у юридично оформленій, так і позашлюбній сім'ї. Також поняття “соціологічна сім'я” краще замінити терміном “фактична сім'я”, оскільки соціологією як наукою досліджуються різні типи сімей.

Можна погодитися із В.С. Гербут, що фундаментальною основою гідності є право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, які мають безпосереднє відношення до сфери особистого та сімейного життя особи.<sup>6</sup> В той же самий час науковиця відносить це право як до першого, так і до четвертого покоління прав люди-

<sup>1</sup> Case of Airey v. Ireland, 9 October 1979, application n. 6289/73. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57420%22%7D>

<sup>2</sup> Рішення ЄСПЛ у справі “Мікулич проти Хорватії” від 7 лютого 2002 року, № 53176/99. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=472> ; Case of Odièvre v. France, 13 February 2003, application n. 42326/98. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2242326/98%22%7D%22itemid%22:%5B%22001-60935%22%7D%7D>

<sup>3</sup> Case of Keegan v. Ireland, 26 May 1994, application n. 16969/90. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57881%22%7D>

<sup>4</sup> Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, 28 May 1985, application n. 9214/80; 9473/81; 9474/81. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57416%22%7D>

<sup>5</sup> Копельців-Левицька С.Д. Право на повагу до приватного і сімейного життя ст. 8 Конвенції про захист прав і основоположних свобод. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2018. Вип. 49. Т. 2. С. 199.

<sup>6</sup> Гербут В.С. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність: сутнісний зміст та гарантії захисту : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02. Ужгород, 2018. С. 6-7.

<sup>1</sup> Case of Grant v. the United Kingdom, 23 May 2006, application n. 32570/03. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-75454%22%7D>

<sup>2</sup> Case of A, B and C v. Ireland, 16 December 2010, application n. 25579/05. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-102332%22%7D>

<sup>3</sup> Стефанчука Р.О. До питання забезпечення цивільно-правової охорони приватного життя фізичної особи: досвід України та Німеччини. *Університетські наукові записки*. 2005. № 4 (16). С. 68-72.

<sup>4</sup> Case of Kroon and others v. the Netherlands, 27 October 1994, application n. 18535/91. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57904%22%7D>

<sup>5</sup> Case of Boughanemi v. France, 24 April 1996, application n. 22070/93. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57991%22%7D>



ни. З цим не можна погодитися, оскільки, повертаючись до концепції гідності, свобода сексуальної орієнтації та гендерна ідентичність є основним правом, що належить до першого покоління прав людини. Право на зміну статі може бути віднесене до прав людини четвертого покоління, яке не є елементом права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, хоч пов'язане з ними, так само, як і має тісний зв'язок з правом на охорону здоров'я.

Зміна статі може призвести до порушення сімейних прав. ЄСПЛ неодноразово розглядав такі справи. До прикладу, у справі “Hämäläinen v. Finland” не було встановлено порушення ст. 8 Конвенції, оскільки після зміни статі за законодавством Фінляндії шлюб міг бути змінений на зареєстроване партнерство зі згоди осіб.<sup>1</sup>

ЄСПЛ визнає неправомірним втручання у сімейне життя без обґрунтованих причин, що призвело до розз'єднання сім'ї. На думку Суду, взаємне спілкування батьків та дитини є основним елементом сімейного життя, і природні сімейні відносини не припиняються переданням дитини під опіку держави, а заходи, що перешкоджають такому спілкуванню є порушенням права, гарантованого ст. 8 Конвенції (ч. 59 рішення у справі “W. v. the United Kingdom”).<sup>2</sup> Хоча ст. 8 не містить чітких процедурних вимог, процес прийняття рішень, що призводить до втручання, повинен бути справедливим та таким, що забезпечує належну повагу інтересів, захищених ст. 8 Конвенції (ч. 87 рішення у справі “Case of McMichael v. the United Kingdom”).<sup>3</sup>

В. Назаров зазначає, що право на особисте та сімейне життя означає недопустимість стеження за людиною, прослуховування, запис особистих розмов, у тому числі телефонних як вдома, так і в громадських місцях, крім випадків, передбачених законом.<sup>4</sup> Водночас в

умовах розвитку інформаційних технологій захист сімейного життя поширюється і на засоби електронного зв'язку (електронну пошту), електронні особисті та сімейні архіви, бази даних. Безперечно, особа може самостійно поширити приватну інформацію, в тому числі про сімейне життя, розмістивши її публічно, наприклад в соціальних мережах. Якщо така інформація розміщена як загальнодоступна, то особа самостійно вирішує поширити публічно відомості про сімейне життя, і тим самим дозволяє втручання у сферу сімейного життя. Водночас при розміщенні інформації у режимі “з обмеженим доступом”, у випадку коли до неї має доступ сама особа чи визначене нею коло осіб, така інформація про сімейне життя має бути захищена від сторонніх осіб.

Ще одна проблема на яку звертають увагу науковці, – збір персональних даних про особу через мережу Інтернет шляхом аналізу спеціальними комп'ютерними програмами “портрету особи” через дослідження її постів у соцмережах та “лайків”. Причому дослідники зазначають, що за допомогою такого аналізу з вірогідністю 88% встановлюють сексуальну орієнтацію, 95% – расу, і навіть політичні та релігійні погляди (80%).<sup>1</sup> Аналогічно комп'ютерні програми здійснюють аналіз пошуків особою чогось в мережі Інтернет (товарів, послуг, інформації), як правило, з метою маркетингових досліджень, і потім при наступному входженні в мережу пропонуються аналогічні товари чи послуги. Водночас наразі не врегульовано законом непрямий збір персональних даних про особу (наприклад, при аналізі її “лайків” та постів у соцмережах), і особа є незахищена від такої форми втручання у її приватне та сімейне життя.

Таким чином, приватне і сімейне життя – це різні сфери, що зумовлює самостійність права на приватне життя та права на сімейне життя. Принцип недопустимості втручання у сімейне життя передбачає негативний обов'язок держави не втручатися у сімейне життя особи, але також зумовлює і позитивне зобов'язання гарантувати не-

<sup>1</sup> Різак М.В. Практика Європейського суду з прав людини щодо гарантування недоторканості приватного життя під час обігу та обробки персональних даних. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2017. Вип. 2. С. 186.

<sup>1</sup> Case of Hämäläinen v. Finland, 16 July 2014, application n. 37359/09. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-145768%22>

<sup>2</sup> Case of W. v. the United Kingdom, 8 July 1987, application n. 9749/82. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57600%22>

<sup>3</sup> Case of McMichael v. the United Kingdom, 24 February 1995, application n. 16424/90. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-57923%22>

<sup>4</sup> Назаров Віктор. Дотримання конституційного права людини на особисте і сімейне життя у кримінальному процесі. *Публічне право*. 2011. № 1. С. 65.

допущення самовільного втручання публічними органами та приватними особами.

У ч. 5 ст. 5 СК України встановлено, що втручання в сімейне життя можливе у випадках, встановлених Конституцією. В Основному Законі встановлено заборону втручання в особисте та сімейне життя в ст. 32, яка і визначає випадки допустимого втручання. Зокрема, збирати, зберігати, використовувати та поширювати конфіденційну інформацію про сімейне життя особи можна у випадках, визначених законом, і якщо це необхідно для інтересів національної безпеки, прав людини та економічного добробуту. Такі ж допустимі межі втручання встановлено і в ч. 2 ст. 14 ЗУ “Про захист персональних даних”<sup>1</sup> та рішенні КСУ від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012.<sup>2</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод у ч. 2 ст. 8 також встановлює допустимі підстави втручання держави у сімейне життя, а саме втручання можливе: 1) згідно із законом; 2) у випадку коли це необхідно у демократичному суспільстві; 3) якщо воно здійснюється для гарантування інтересів національної та громадської безпеки, або економічного добробуту держави, або для запобігання заворушенням, злочинам, або захисту здоров'я, моралі, прав та свобод інших людей. При аналізі наявності чи відсутності свавільного втручання у сферу сімейного життя особи ЄСПЛ чітко аналізує обставини справи згідно з критеріями, встановленими ч. 2 ст. 8 Конвенції, які і становлять так званий “трискладовий тест”.

Насамперед допустимі та обґрунтовані втручання у сферу сімейного життя повинні бути визначені законом. Тлумачення терміна “закон” є автономним, проте він включає як писане право, так і правила, які сформовані прецедентами, і має бути якісним (доступним та

передбачуваним).<sup>1</sup> До прикладу, у справі “Гарнага проти України” Суд дійшов висновку, що оскільки під час подій були чинні різні положення, то питання щодо зміни по батькові не було достатньо чітко визначено. Також ЄСПЛ звернув увагу, що при майже повній свободі зміни імені та прізвища, накладено обмеження на зміну по батькові, які не є належно та в достатній мірі вмотивовані у національному законодавстві. Державні органи не надали обґрунтованих пояснень позбавлення заявниці права приймати рішення щодо такого значимого аспекту приватного та сімейного життя, і тому має місце порушення ст. 8 Конвенції (ч. 41).<sup>2</sup>

М. Лоскутова зауважує, що, враховуючи конвенційні вимоги, законність означає не тільки врегулювання якісним законом, але і наявність законного рішення офіційних органів. Такі критерії, на думку науковиці, є своєрідними “маркерами”, за якими можна визначити, чи обмеження права законне.<sup>3</sup> Безперечно, вимога законності передбачає, що як орган, який приймає рішення повинен бути створений у порядку визначеному законом, так і порядок розгляду питання та винесення рішення має регулюватися законом та відповідати йому.

Легітимна мета втручання у сімейне життя чітко визначена у ч. 2 ст. 8 Конвенції. Втручання у сімейне життя не може бути допустимим, якщо цього не потрібно у демократичному суспільстві. Тобто таке втручання має бути необхідним, наприклад при відібранні дитини від батьків, якщо вони становлять для неї загрозу.

Поняття необхідності означає, що втручання відповідає нагальній соціальній потребі і воно є пропорційним законній меті, яку пере-

<sup>1</sup> Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : наук.-метод. посіб. для суддів. 2-ге вид. випр., допов. Київ, 2015. С. 144.

<sup>2</sup> Рішення у справі “Гарнага проти України”, 16 травня 2013 року, заява № 20390/07. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_960](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_960)

<sup>3</sup> Лоскутова Марина. Основні критерії визначення законності відповідно до практики Європейського суду з прав людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 8. С. 180.

<sup>1</sup> Про захист персональних даних: Закон України від 01.06.2010 № 2297-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17>

<sup>2</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12#n51>

слідуює (ч. 50 рішення у справі “Gnahoré v. France”).<sup>1</sup> При вирішенні питання: необхідно у демократичному суспільстві, чи ні, у держави є достатня свобода розсуду, межею якої є добросовісна поведінка учасників сімейних відносин. Якщо не буде дотримано принципу пропорційності, то втручання не може бути визнано таким, що “необхідне у демократичному суспільстві”. Крім того, підстави для втручання у сімейне життя повинні бути важливими та достатніми.

Неодноразово ЄСПЛ відмічав, що не зважаючи на головне завдання ст. 8 Конвенції здійснювати захист від свавільного втручання з боку держави, на неї можуть бути накладені і позитивні зобов'язання для гарантування поваги до сімейного життя. Зокрема, якщо існують родинні зв'язки, держава повинна вчиняти заходи, спрямовані на возз'єднання батьків та дітей. Проте таке зобов'язання не є абсолютним, оскільки при розгляді питання про возз'єднання батьків та дітей мають враховуватися інтереси всіх, а особливо – найкращі інтереси дитини, і між такими інтересами має бути справедливий баланс. До прикладу, органи державної влади не можуть негайно возз'єднати батьків та дітей, що певний час проживали з іншими особами, – мають бути здійснені підготовчі заходи, які залежать від обставин у кожному випадку (ч. 94 рішення у справі “Ignaccolo-Zenide v. Romania”).<sup>2</sup>

Прикладом невиконання державою позитивних зобов'язань є справа “Савіні проти України”, в якій подружжя, обоє з яких були сліпими, мали семеро дітей, чотирьох з яких забрали під опіку держави через проживання у незадовільних умовах. Поміж іншим у п. 57 Суд зазначив, що умови проживання дітей можна було покращити, якби сім'ї була надана цільова фінансова та соціальна допомога, а також ефективне консультування.<sup>3</sup>

Позитивними зобов'язаннями держави в аспекті ст. 8 Конвенції є також гарантування захисту від інших осіб, здійснення ефективного

стримування злочинів (наприклад, зґвалтування), а у разі їх вчинення – обов'язок проводити ефективне розслідування (“Осман проти Сполученого Королівства”, ч. 128, “М. С. проти Болгарії”, ч. 150).<sup>1</sup>

Незважаючи на те, що кожна законодавча норма, яка регулює сімейні відносини, є вже втручанням у сферу сімейного життя особи, вона є потрібною у випадку необхідності забезпечення балансу між приватними та публічними інтересами, а також захисту прав учасників сімейних відносин. Саме тому позитивним зобов'язанням держави є прийняття відповідних правових норм, які би встановлювали відповідальність за свавільне втручання у сімейне життя, в тому числі і за насильство у сім'ї. Такі засоби можуть бути як цивільно-правового, так і кримінально-правового чи іншого характеру. До прикладу, Кримінальний кодекс України встановлює відповідальність за домашнє насильство (ст. 126-1), підміну дитини (ст. 148), злочини проти статевої свободи та недоторканості (статті 152-156), розголошення таємниці усиновлення (ст. 168), незаконні дії щодо усиновлення (ст. 169), порушення недоторканості приватного життя (ст. 182) та інші, які спрямовані на недопущення втручання та повагу сімейного життя особи.

Право на повагу сімейного життя також було порушене у справі “Курочкін проти України”. Суд постановив, що скасування усиновлення і передання хлопчика під опіку колишньому усиновлювачеві несумісне із мотивацією, що заявник неспроможний піклуватися про дитину (п. 54). Скасування усиновлення як санкція за негідну поведінку не є достатньо виправданою, оскільки це призвело до роз'єднання сформованої сім'ї (п. 56). Держава не вжила заходів щодо усунення недоліків у вихованні хлопчика співрозмірно, тому було констатовано втручання у сімейне життя, яким порушено ст. 8 Конвенції (п. 58–60).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Посібник за статтею 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод / пер. О. Дроздова, О. Дроздової. 2018. С. 11. URL: [https://unba.org.ua/assets/uploads/1259d4263dac852ef056\\_file.pdf](https://unba.org.ua/assets/uploads/1259d4263dac852ef056_file.pdf)

<sup>2</sup> Рішення у справі “Курочкін проти України” від 20.05.2010, Заява № 42276/08. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_841](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_841)

<sup>1</sup> Case of Gnahoré v. France, application n. 40031/98, 19 September 2000 . URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58802%22%5D%7D>

<sup>2</sup> Case of Ignaccolo-Zenide v. Romania, 25 January 2000, application no. 31679/96. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58448%22%5D%7D>

<sup>3</sup> Рішення у справі “Савіні проти України” від 18.12.2008 р., заява № 39948/06. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_454](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_454)

Крім того, державою мають бути прийняті правові норми, які б встановлювали правову визначеність у сімейних відносинах (визначали статус учасників сімейних відносин, гарантували їхні права та обов'язки у таких відносинах тощо). Необхідність правової визначеності захисту різних аспектів сімейного життя неодноразово обгрунтовано у рішеннях ЄСПЛ. Наприклад, у рішенні по справі “Gözüm v. Turkey” Суд встановив порушення ст. 8 Конвенції внаслідок відсутності правових норм, які б регулювали надання прізвища дитині жінкою, яка усиновила дитину, що зумовило невизначеність щодо сімейного життя.<sup>1</sup>

Якщо має місце конкуренція між інтересами особи та держави, ЄСПЛ зауважує на необхідності досягнення справедливого балансу. Досить часто невтручання у сімейне життя конфліктує з правом свободи слова та вираження поглядів. Як приклад наводиться справа, коли відома пара акторів надала права на перше опублікування фотографій їхнього весілля журналу, проте вони були опубліковані іншим виданням скоріше, і для відновлення справедливості англійський суд присудив грошову компенсацію. Аналогічний підхід також був застосований у рішенні Палати лордів у справі “Campbell v. MGN Daily Mirror” щодо спростування інформації про наркозалежність моделі.<sup>2</sup>

Такої ж позиції дотримуються національні суди. Пленум ВСУ у постанові № 1 від 27 лютого 2009 р. зауважив, що має бути забезпечений баланс між конституційними правами на свободу думки та слова, вільне вираження поглядів і переконань, з одного боку, та правом на повагу до людської гідності, конституційною гарантією невтручання в особисте і сімейне життя, правом на спростування недостовірної інформації, – з іншого.<sup>3</sup> У подальшому в судовій практиці вказана

позиція підтверджена, і правильне вирішення дифамаційного спору буде залежати від знаходження балансу або пріоритету між вказаними конституційними правами.<sup>1</sup>

У науковій літературі сформовано принципи співвідношення приватності та свободи вираження поглядів, а саме: втручання у приватне життя публічних осіб можливе в тій мірі, яка сприяє публічним дебатам по загальноважливих питаннях; якщо зображення будь-якої особи зафіксовано у публічних місцях і воно не містить інформації приватного характеру, то таке зображення може використовуватися; якщо особа стала публічною без особистого бажання, то в неї більший захист приватного життя, ніж в інших публічних осіб; публічні особи також мають мати захист від поширення про їх приватність пліток; поширення інформації про померлу публічну особу може завдати шкоди її родичам та близьким, проте із плином часу суспільний інтерес може перевищити конфіденційність такої інформації; не є конфіденційним відношення політиків до суспільних явищ; комерційні питання, які стосуються публічних осіб, не належать до сфери приватного життя.<sup>2</sup> Безперечно, питання приватного та сімейного життя всіх осіб, в тому числі публічних, підлягають захисту. Водночас ЄСПЛ неодноразово звертав увагу, що стосовно публічних осіб інтерес до різних сфер їх приватності значно більший і, враховуючи суспільні інтереси, дозволяються більш широкі межі втручання.

Варто також зауважити, що у ч. 56 рішення ЄСПЛ у справі “Пантелеєнко проти України” зазначено, що порушення права, гарантованого ст. 8 Конвенції, є не тільки використання, але і зберігання державними органами інформації про особисте життя людини.<sup>3</sup> Порушення були констатовані і в рішенні у справі “Заїченко проти України

<sup>1</sup> Case of Gözüm v. Turkey, 20.01.2015, application n. 4789/10. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-4986539-6116104%22%7D>

<sup>2</sup> Cherednychenko, O.O., 2007. Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?. *Utrecht Law Review*. 3(2). P. 1–25. 19 DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.45>

<sup>3</sup> Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009 № 1. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v\\_001700-09](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09)

<sup>1</sup> Огляд практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справах про захист гідності, честі та ділової репутації / упоряд. канд. юрид. наук, доц. Д.Д. Луспенник. Київ, 2019. С. 3-4.

<sup>2</sup> Нагнічук О.О. Співвідношення права на свободу вираження щодо публічних осіб та права на повагу до приватного та сімейного життя публічних осіб у практиці Європейського суду з прав людини. *Наукові записки НАУКМА*. Київ, 2015. Т. 168: Юридичні науки. С. 76.

<sup>3</sup> Рішення у справі “Пантелеєнко проти України”, від 29.06.2006, заява № 11901/02. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_274](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_274)



(№ 2)”, оскільки міліція збирала відомості про заявника щодо судово-психіатричної експертизи, а законодавство не містило необхідних гарантій захисту від свавілля (ч. 120).<sup>1</sup>

Кожна людини має право на отримання інформації про неї, яка зберігається в державних органах чи установах. Питання доступу до медичної документації, що мала відношення до репродуктивного здоров'я, були предметом розгляду ЄСПЛ у справі “К.Н. and others v. Slovakia”, і зокрема неможливість зробити фотокопії, а тільки право оглянути та робити виписки з документів, на думку Суду, не забезпечило належного доступу до відповідної медичної документації.<sup>2</sup>

Позитивними зобов'язаннями держави є також гарантування дотримання таємниць у сфері сімейного життя, встановлених законом. Наприклад, ч. 4 ст. 7 СК України встановлює, що саме із врахуванням права на таємницю особистого життя повинно здійснюватися регулювання сімейних відносин. Законодавець, на нашу думку, мав на увазі тут саме таємницю сімейного життя як частину особистого (приватного) життя.

Крім того, встановлено, що в таємниці зберігаються результати медичного обстеження наречених (ч. 4 ст. 30 СК України). Така таємниця є наслідком загальної таємниці результатів медичного обстеження будь-яких осіб. Можна погодитися із І.Я. Сенютою про доцільність заміни у законодавстві терміну “таємниця про стан здоров'я” на “медична таємниця”.<sup>3</sup> Така таємниця не є абсолютною, зокрема наречені мають ознайомити один одного з результатами медичного обстеження, а таємниця поширюється на всіх інших осіб.

Інтерес викликає питання щодо гарантування таємниці донорства при застосуванні репродуктивних технологій і як це питання корелюється із правом особи знати про своє генетичне походження. Ви-

користання донорських гамет може створювати конфліктну ситуацію між біологічними та офіційними батьками. У більшості держав використання донорських гамет є таємним, як з метою захисту прав законних батьків, так і донора. Проте право знати про своє генетичне походження, що випливає із ст. 8 Конвенції, зумовило в багатьох державах ряд пропозицій про внесення змін до законодавства щодо можливості розкриття донора. Наприклад, у Бельгії вже запроваджено базу даних ДНК, якою може скористатися особа для встановлення свого походження.

Водночас розкриття донора і встановлення генетичних батьків зумовлює багато не вирішених правових питань, зокрема щодо того, які правові наслідки матиме ця дія, чи не призведе вона до розриву сімейних зв'язків із легальними батьками та встановлення із генетичними, чи повинна така процедура передбачати певні умови (наприклад, згоду всіх зацікавлених осіб), які правові наслідки це матиме для відносин особи з іншими родичами як легальними, так і генетичними, і т.п.

Особливого значення надано охороні таємниці усиновлення, і це зумовлено самою правовою природою цього інституту. Право на таємницю усиновлення встановлено ст. 226 СК України, причому під таємницю підпадають дані щодо осіб які бажають усиновити (перебувають на спеціальному обліку), пошуку дитини, звернення до суду із заявою про усиновлення, розгляду судом справи і саме рішення про усиновлення.

Спробу досягти балансу між інтересами усиновлювачів та дітей, яких бажають усиновити, здійснено в ч. 2 та 3 ст. 216, з одного боку, факт усиновлення є таємницею і для дитини, з іншого боку – після чотирнадцяти років вона має право на інформацію про усиновлення. В той самий час ст. 227 надає право зберігати таємницю усиновлення від дитини навіть після досягнення повноліття. На перший погляд, це суперечить ч. 3 ст. 226, проте ч. 1 ст. 227 слід розглядати комплексно із ч. 2 цієї статті, яка встановлює, що приховування факту усиновлення від дитини можливе тільки у випадку, коли розголошення таємниці завдасть шкоди інтересам дитини. Хоча знову ж таки, це доволі оціночні поняття, і тому усиновлювач може тлумачити обставини як такі, що розголошення таємниці завдасть шкоди усиновленій дитині.

<sup>1</sup> Рішення у справі “Заїченко проти України (№ 2)”, від 18.09.2015, заява № 45797/09. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_a87](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a87)

<sup>2</sup> Case of K.N. and others v. Slovakia, 06.11.2009, application n. 32881/04. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-92418%22%5D%7D>

<sup>3</sup> Сенюта І.Я. Цивільні правовідносини у сфері надання медичної допомоги в Україні: питання теорії і практики : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 / Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва ім. Ф. Г. Бурчака. Київ, 2018. С. 194-195.

З метою усунення вказаних суперечностей варто погодитися з позицією М.В. Логвінової щодо збільшення віку дитини, визначеного у ч. 3 ст. 226 СК України, до повноліття.<sup>1</sup> Саме 18 років може бути оптимальним віком для усвідомлення дитиною отриманої інформації про своє усиновлення без шкоди для неї.

Важливі гарантії для забезпечення таємниці усиновлення містяться в ст. 228 СК України, в тому числі і те, що будь-які особи – службові та інші треті особи, яким стало відомо про усиновлення, не можуть розголосити таку інформацію, навіть якщо це не є таємним і для дитини. За розголошення таємниці усиновлення сторони можуть понести як цивільно-правову, так і кримінально-правову відповідальність. На жаль, як зазначають науковці, аналізуючи статистичні данні, норма про кримінальну відповідальність (ст. 168 КК України) за розголошення таємниці усиновлення не діє.<sup>2</sup> У зв'язку з цим поширеною серед вчених є пропозиція вилучити вказану статтю КК України, а за розголошення таємниці усиновлення кримінальна відповідальність наступатиме по ст. 182 (порушення недоторканності приватного життя).<sup>3</sup> Враховуючи, що приватне та сімейне життя – різні поняття, які охоплюються терміном “приватність”, варто ст. 182 КК України викласти в новій редакції, замінивши “порушення недоторканності приватного життя” на “неправомірне порушення приватності”.

Таємниця усиновлення не є універсальною. Зокрема, для іноземця, що є громадянином держави, з якою Україна не має договору про правову допомогу, і він не проживає в нашій державі постійно, не може бути таємним усиновлення.

В. Сergygin вірно обґрунтовує, що не можна зводити недоторканність приватного життя тільки до певних таємниць, оскільки тоді поза

межами залишиться низка елементів (статева свобода, територіальна прайвесі тощо), і сама недоторканність приватного життя буде обмежена інформаційним прайвесі.<sup>1</sup> У даній позиції науковець використовує не зовсім коректно термін “прайвесі”, більш доречним є термін “приватність”. І безперечно, недоторканність як приватного життя, так і сімейного життя не обмежується розглянутими таємницями, а має ширше значення, зумовлене дією принципу недопустимості втручання у сімейне життя.

Таким чином, принцип недопустимості втручання у сімейне життя передбачає наявність ефективного правового механізму гарантування поваги до сімейного життя, заборони свавільного втручання в сімейне життя, а також захист таємниці сімейного життя. Вказаний принцип не має абсолютного характеру, і втручання у сімейне життя можливе і допустиме, тільки якщо воно здійснюється у випадках, встановлених законом, і це необхідно у демократичному суспільстві, з метою гарантування інтересів національної безпеки, економічного добробуту, для запобігання заворушенням та злочинам, захисту здоров'я та моралі, прав інших людей.

#### 4.3. Значення принципу добровільності шлюбу

Принцип добровільності шлюбу є одним із основних принципів сімейного права, елементи якого закріплені на міжнародному та національному (конституційному та законодавчому) рівнях. Зокрема, ст. 51 Конституції України встановлює, що шлюб повинен ґрунтуватися на вільній згоді. Таке ж положення закріплено у ч. 1 ст. 24 СК України із додаванням, що недопустимим є примушування до шлюбу.

Те, що шлюб може бути укладено за умови вільної і повної згоди, передбачено ст. 16 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., ст. 23 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., ст. 10 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р., ст. 1 Конвенції про згоду

<sup>1</sup> Сergygin В. Зміст і обсяг права на недоторканість приватного життя (прайвесі). *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 4. С. 88-97. С. 93.

<sup>1</sup> Логвінова М.В. Таємниця усиновлення та її гарантії. *Проблеми захисту особистих немайнових прав фізичної особи* : матеріали всеукр. наук.-практ. конф. (6 жовт. 2006 року, м. Івано-Франківськ). Івано-Франківськ : ВОНР ТА РВД ПАІ ЛьвДУВС, 2006. С. 82-90. <http://194.44.152.155/elib/local/1566.pdf>

<sup>2</sup> Зілковська Л.М. Таємниця усиновлення і проблеми правового регулювання її дотримання. *Правова держава*. Київ: ІДіП НАНУ, 2008. Вип. 20. С. 303-310.

<sup>3</sup> Присяжнюк І. Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) та порушення права на недоторканність приватного життя: проблеми співвідношення. *Науковий Часопис Національної академії прокуратури України*. 2017. № 1. С. 5. С. 1-10.

на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбу від 10 грудня 1962 р., ст. 16 Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами від 11 травня 2011 р. у ст. 32 та 37 передбачає цивільну і кримінальну відповідальність за примусовий шлюб. З вказаних міжнародних актів Україна досі не ратифікувала Конвенцію про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбу і Конвенцію РЄ про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами, які, на нашу думку, потрібно якомога швидше ратифікувати.

В цілому положення сімейного законодавства України щодо укладення шлюбу відповідають Конвенції про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбу<sup>1</sup>, за винятком того, що Конвенція, на відміну від національного законодавства, дозволяє укладення шлюбу за відсутності одного з наречених, якщо компетентний орган влади впевнився, що для цього є виняткові обставини, і ця особа перед компетентним органом влади і в порядку, визначеному законом виявила згоду і не відкликала її.

Частина 2 ст. 24 СК України містить ще один елемент добровільності шлюбу – усвідомлену згоду. Якщо особа не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не керувала ними, в тому числі з причин недієздатності, то шлюб має визнаватися недійсним.

М. Антокольська обґрунтовує, що вільна згода на шлюб утвердилася в середньовічному канонічному сімейному праві в силу добровільності інших таїнств (хрещення, причастя). Саме концепція “шлюб-таїнство” зумовила проголошення нерозривності шлюбів і відповідно заборону розлучень. Лібералізація сімейного права відбулася тільки наприкінці XIX та початку XX століття.<sup>2</sup> Хоча церковне вінчання і вимагало вільної згоди наречених, але численні приклади, описані в

історії та літературі, доказують протилежне, і звичною була практика примушування батьками дочок і синів укладати шлюби, як правило, з корисливих мотивів чи примирення родин. Крім того, через утверджену нерівність жінок, їхню думку взагалі рідко враховували.

Досі як в Україні, так і в Європі поширеним є насильство в сім'ї, в тому числі і щодо жінок, і трапляються випадки примушування до вступу в шлюб. Досить резонансним стало рішення суду Великобританії, винесене у 2018 р., за яким було засуджено жінку до чотирьох з половиною років ув'язнення за те, що вона шляхом обману переконала свою 17-річну доньку до подорожі у Пакистан і там її примусово видали заміж в 2016 році.<sup>1</sup>

Не зважаючи на усталену думку про поширеність примусових шлюбів переважно у азіатських та африканських державах, а також державах Латинської Америки, такі випадки все частіше трапляються на теренах Європи та в Україні. У Німеччині організацією “Terre des femmes” та фундацією “Lawaez-Stiftung” за фінансової підтримки Міністерства у справах сім'ї було проведено дослідження, і в результаті тільки за 2008 рік виявлено понад три з половиною тисячі випадків примусових шлюбів. Третина дівчат, що стали жертвами, ще не досягли навіть свого повноліття. Безперечно вони походили з емігрантських родин (найбільший відсоток – вихідці з Туреччини, а також з Сербії, Косова, Іраку, Афганістану), проте вже народилися в Німеччині та мали німецьке громадянство. Експерти констатували, що 58% потерпілих уклали примусовий шлюб через родинні, релігійні традиції, фінансові труднощі родини, отримання візи на в'їзд до Німеччини; серед жертв були також і хлопці (7%). У Великобританії у 2009 році зафіксовано близько 8 тисяч примусових шлюбів.<sup>2</sup> Водночас ця статистика не відображає всю ситуацію, масштаби примусових шлюбів є значно більшими, адже не у всіх випадках жертви звертаються

<sup>1</sup> Конвенція про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбу від 10.12.1962. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_242](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_242)

<sup>2</sup> Masha V. Antokolskaia. The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance. *Electronic Journal of Comparative Law*. URL: <https://www.ejcl.org/42/art42-1.doc>

<sup>1</sup> У Великій Британії суд вперше виніс вирок за примусовий шлюб. URL: <http://ukrainepravo.com/news/international/u-velykiy-brytaniyi-sud-vpershe-vynis-vyrok-zaprymusovyy-shlyub-/>

<sup>2</sup> Німеччина бореться з примусовими шлюбами в емігрантських родин. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/24392154.html>

по допомогу чи скаржаться на порушення своїх прав. У багатьох випадках саме батьки змушують своїх дітей (як дівчат, так і хлопців) одружитися з метою захисту дитини, контролю небажаної поведінки, з корисливих мотивів, для підтримки релігійних або культурних традицій і т.п. Інформація про примусові шлюби так само з'являється періодично в пресі і в інших державах Європи, що зумовлює потребу в подальших дослідженнях принципу добровільності шлюбу.

В Україні відсутня статистика примусових шлюбів, водночас представники громадських організацій та ряд дослідників вказують на поширення такого явища серед ромського населення.<sup>1</sup> Доволі часто роми укладають шлюби неофіційно через ранній вік або відсутність паспортів, і не тільки через примус, але і фінансові труднощі, що зумовлює подальші негативні наслідки, – дівчата покидають школу і не мають навіть середньої освіти, є досить неосвіченими, потерпають від насильства в сім'ї.

Примусові шлюби визнаються порушенням прав людини не тільки на рівні міжнародних договорів, але і національним законодавством багатьох держав. Для запобігання примусовим шлюбом в Україні та зарубіжних державах вдаються до різноманітних заходів: визнання таких дій злочином (Бельгія, Норвегія); криміналізації діянь, пов'язаних з примусовими шлюбами (Австралія, Данія, Німеччина); підвищення мінімального віку для вступу в шлюб (Великобританія, Індонезія, Норвегія, Швеція, Франція); посилення на законодавчому рівні імміграційної політики (Данія) тощо.<sup>2</sup>

Уряд Норвегії опублікував ще у грудні 1998 року План дій проти примусових шлюбів, відповідальним за впровадження якого було Міністерство у справах дітей та сім'ї. План включав різноманітні заходи, спрямовані на недопущення примусових шлюбів, в тому числі видання інформаційних листівок, надання кризової допомоги, роботу

з школярами, проведення досліджень та налагодження міжнародної співпраці. У 2003 році в Норвегії примусовий шлюб став кримінальним злочином. Крім того, Норвегія першою серед європейських держав встановила на законодавчому рівні, що возз'єднання сім'ї через укладення шлюбу не дозволяється, якщо дружина не має права на розлучення.<sup>1</sup>

Цікавою є норма ст. 18а Закону про шлюб Норвегії, згідно з якою шлюб, укладений за кордоном, не визнається, якщо принаймні одна зі сторін була норвезьким громадянином або мала постійне місце проживання в Норвегії і: а) шлюб укладений без участі обох сторін під час шлюбу, б) одна зі сторін була віком до 18 років; в) одна зі сторін була вже одружена.<sup>2</sup> По суті перші два пункти спрямовані на забезпечення дотримання принципу добровільності шлюбу.

Україна підписала, проте досі не ратифікувала Конвенцію Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Водночас для імплементації ряду положень Стамбульської конвенції у національне законодавство 6 грудня 2017 р. прийнято закон, що набув чинності 11 січня 2019 р., яким внесено відповідні зміни до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України. Зокрема, розділ III Особливої частини КК України доповнено ст. 151-2 “Примушування до шлюбу”. Вказані зміни разом з нормами СК України спрямовані на гарантування ключового принципу – добровільності шлюбу.

Досліджуючи законодавство Німеччини, науковці зауважують, що заяви не можуть бути зроблені з умовою або із зазначенням терміну.<sup>3</sup> С.В. Клименко обґрунтовує, що у випадку якщо один із подружжя висловлює скасовувальну або відкладальну обставину, згода перетворюється в умову, що “є підставою для результативного наслідку від

<sup>1</sup> Nadine Dostrovsky, Rebecca J. Cook and Michaël Gagnon. Annotated Bibliography on Comparative and International Law relating to Forced Marriage. Research report. August 2007. P. 25-26 URL: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/mar/pdf/mar.pdf> 2

<sup>2</sup> Lov om ekteskap [ekteskapsloven]. LOV-1991-07-04-47. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1991-07-04-47>

<sup>3</sup> Вербіцька М.В., Росоляк О.Б. Умови дійсності шлюбу за законодавством України та ФРН: порівняльно-правовий аспект. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 1. С. 67.

<sup>1</sup> Марценюк Т.О. Ранні шлюби в Україні: хто і чому одружується у ранньому віці? *Наукові записки. Соціологічні науки*. 2014. Том 161. С. 87-88.

<sup>2</sup> Nadine Dostrovsky, Rebecca J. Cook and Michaël Gagnon. Annotated Bibliography on Comparative and International Law relating to Forced Marriage. Research report. August 2007. P.2. URL: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/mar/pdf/mar.pdf> 2



настання або ненастання якого буде залежати розвиток відносин”<sup>1</sup>. З такою позицією можна погодитися, єдине в контексті укладення шлюбу умови не мають встановлювати наречені, а подружжям особи стануть вже після реєстрації шлюбу. Таким чином, особи, які мають намір укласти шлюб, повинні заявити про це з власної волі і додаткові умови ставлять під сумнів добровільність їхніх дій. Добровільна згода повинна бути безумовною.

Д.І. Сидоренко пропонує до змісту поняття “вільна згода на укладення шлюбу” включати: добровільну згоду наречених на укладення шлюбу за відсутності примусу; додержання строків та процедури реєстрації шлюбу; виконання органом ДРАЦС обов’язку ознайомити наречених з їхніми правами та обов’язками як подружжя та майбутніх батьків, а також попередити про відповідальність за приховування перепон до укладення шлюбу; взаємне інформування подружжя про стан здоров’я та хвороби; відсутність стану, при якому особа в момент реєстрації шлюбу не повною мірою усвідомлювала значення своїх дій чи могла керувати ними; відсутність порушень інших обов’язків подружжя та обставин, що можуть мати значення для подружжя та закону для вступу у шлюб.<sup>2</sup> Не зрозуміло, що мав на увазі науковець під “порушенням інших обов’язків подружжя та обставин, які мають мати значення для подружжя та закону для вступу у шлюб”. По-перше, до вступу у шлюб особи є нареченими. По-друге, якщо і були якісь порушення певних обов’язків, то СК України не регулює відносини між нареченими, окрім зобов’язань на випадок відмови від вступу в шлюб (ст. 31), а обов’язки між подружжям виникають вже після реєстрації шлюбу.

Крім того, виконання органом ДРАЦС обов’язку ознайомити наречених з їхніми правами та обов’язками, а також попередження про відповідальність за приховування перепон до укладення шлюбу, на нашу думку, не є елементом вільної згоди, але може вплинути на таку

її складову як поінформованість. Також не можна погодитися з тим, що елементом вільної згоди є дотримання строків та процедури реєстрації шлюбу. Процедурні порушення можуть бути і при укладенні шлюбу, заснованого на добровільності.

Принцип добровільної згоди передбачає, що згода має бути повною та безумовною, що, безперечно, не виключає вільної зміни намірів, тобто до моменту реєстрації шлюбу кожен із майбутнього подружжя чи обидва можуть змінити рішення і відмовитися від укладення шлюбу.

Стаття 40 СК України конкретизує випадки, за яких згода на укладення шлюбу не може визнаватися вільною. Зокрема, тоді, коли в момент реєстрації шлюбу один з подружжя страждав тяжким психічним розладом, перебував у стані алкогольного, наркотичного, токсичного сп’яніння, в результаті чого не усвідомлював сповна значення своїх дій і (або) не міг керувати ними, або якщо шлюб було зареєстровано в результаті фізичного чи психічного насильства.<sup>1</sup>

Добровільна взаємна згода осіб, що укладають шлюб, є обов’язковою умовою законності та дійсності і церковного шлюбу. Під час вінчання наречених питають, чи “зі своєї доброї волі, а не з примусу” вони беруть шлюб, і у разі заяви однієї зі сторін про небажання вступити в шлюб священник повинен зупинити церемонію.<sup>2</sup>

Таким чином, визначальною умовою дійсності шлюбу є добровільність, що означає вільну, повну, поінформовану та усвідомлену згоду на шлюб як жінки, так і чоловіка. Вільна згода чоловіка та жінки при вступі в шлюб передбачена ст. 51 Конституції України та ст. 24 Сімейного кодексу України.

Сімейне законодавство України як гарантію добровільності шлюбу передбачає правові наслідки порушення вказаної фундаментальної засади. Зокрема, реєстрація шлюбу з особою, яка визнана недієздатною, а також з особою, яка з інших причин не усвідомлювала значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, має наслідком визнання

<sup>1</sup> Клименко С.В. Особливості регламентації та визначення умов укладення шлюбу. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2013. № 6-3. Т. 2. С. 32.

<sup>2</sup> Сидоренко Д.І. Недійсність шлюбу в сімейному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Хмельницький, 2019. С. 5.

<sup>1</sup> Менджул М.В. Добровільність як визначальна умова дійсності шлюбу. *Юридичний бюлетень*. Вип. 8. 2018. С. 130-134.

<sup>2</sup> Матвієнко Анатолій. Умови й перешкоди укладення шлюбу у вітчизняному сімейному та канонічному праві. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 2. С. 35.

такого шлюбу недійсним. Причому, згідно зі ст. 39 СК України, шлюб з недієздатною особою є нікчемним і може бути анульованим органом державної реєстрації актів цивільного стану. У випадку відсутності вільної згоди (коли особа у момент реєстрації шлюбу страждала на тяжкий психічний розлад, була в стані алкогольного, наркотичного чи токсичного сп'яніння, і в результаті не усвідомлювала в повній мірі значення своїх дій і не могла ними керувати, або якщо шлюб було укладено внаслідок насильства) шлюб визнається недійсним за рішенням суду, тобто такі шлюби є оспорюваними.

Д.І. Сидоренко в дисертаційному дослідженні зазначає, що вперше обґрунтовано доцільність визнання недійсності шлюбу, що був укладений особою, яка подала заяву у відповідному психічному стані, який унеможливує її вільну згоду, або недієздатною особою.<sup>1</sup> Але такі підстави зафіксовані у ч. 3 ст. 39 та ч. 1 ст. 40 СК України, зокрема, і тяжкий психічний розлад, внаслідок якого особа не усвідомлювала значення своїх дій чи не могла керувати ними, і недієздатність, відповідно укладення шлюбу з такою особою буде явним порушенням принципу добровільності.

У судовій практиці України рішення про визнання шлюбу недійсним переважно ґрунтуються на підставі їх фіктивності (рішення Приморського районного суду м. Одеси від 1 червня 2018 р.<sup>2</sup>, рішення Богородчанського районного суду Івано-Франківської області від 16 листопада 2016 р.<sup>3</sup>, рішення Калінінського районного суду міста Донецька від 11 липня 2011 р.<sup>4</sup> та інші). Щодо визнання шлюбів недійсними через відсутність вільної та усвідомленої згоди у зв'язку з хворобою, судова практика різниться. Наприклад, у рішенні Устинів-

ського районного суду Кіровоградської області від 25 лютого 2014 р. було відмовлено в задоволенні позову про визнання шлюбу недійсним на підставі відсутності вільної згоди. Позивач обґрунтував, що через тяжку хворобу була відсутня усвідомлена згода. Так, з 26 червня 2013 року до 15 липня 2013 року чоловік перебував на стаціонарному лікуванні у відділенні інтенсивної терапії Устинівської ЦРЛ з діагнозом: "Гіпертонічна хвороба III: гостре порушення мозкового кровообігу по ішемічному типу (26.06.2013 р.) в басейні каротин справа, лівобічний геміпарез, гострий період, тяжкий перебіг". Шлюб був укладений у лікарні 8 липня 2013 р., на підставі показів свідків судом була встановлена добровільна згода [7]<sup>1</sup>. Рішенням Апеляційного суду Полтавської області від 2 жовтня 2014 р. було скасовано рішення суду першої інстанції і констатовано, що наявність у одного з подружжя тяжкої хвороби (пухлина мозку) I ступеня, не виключає можливості усвідомлення ним значення своїх дій в момент укладення шлюбу. Так само не було надано доказів, які б підтверджували зловживання особою алкогольними напоями, перебування на обліку в наркологічному диспансері або лікування з цього приводу.<sup>2</sup>

Проведений аналіз української судової практики дає змогу зробити висновок, що, як правило, суди відмовляють у задоволенні позовів про визнання шлюбу недійсним тільки на підставі психічних розладів, якщо особу не було визнано недієздатною (наприклад, рішення Олександрійського міськрайонного суду Кіровоградської області від 12 жовтня 2012 р.<sup>3</sup>).

Щодо зарубіжної судової практики, можна навести приклад справи "Buckland v Buckland" (1967), в якій суд вказав, що при вирішенні, чи є шлюб примусовим, слід враховувати: 1) що особа повинна достатньо боятися усунути джерело страху (тиску); 2) страх повинен

<sup>1</sup> Сидоренко Д.І. Недійсність шлюбу в сімейному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Хмельницький, 2019. С. 4.

<sup>2</sup> Рішення Приморського районного суду м. Одеси від 1 червня 2018 р. у справі № 753/21176/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74522037>

<sup>3</sup> Рішення Богородчанського районного суду Івано-Франківської області від 16 листопада 2016 р. у справі URL: № 338/1133/16-ц. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62770566>

<sup>4</sup> Рішення Калінінського районного суду міста Донецька від 11 липня 2011 р. у справі № 2-993/11. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/17226764>

<sup>1</sup> Рішення Устинівського районного суду Кіровоградської області від 25 лютого 2014 р. у справі № 403/13/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37314434>

<sup>2</sup> Рішення Апеляційного суду Полтавської області від 2 жовтня 2014 р. у справі № 554/1370/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40961270>

<sup>3</sup> Рішення Олександрійського міськрайонного суду Кіровоградської області від 12 жовтня 2012 р. у справі № 1118/7635/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27086534>

бути розумним у світлі обставин; 3) страх виникає внаслідок зовнішніх обставин, за які сторона не відповідає сама.<sup>1</sup>

У статті 24 Закону про шлюб та розірвання шлюбу Данії встановлено, що шлюб анулюється, якщо один із подружжя: 1) у момент вступу в шлюб перебував у стані, який виключає можливість діяти розумно; 2) був примушений одружитися; 3) заручився з іншим або не бажав одружитися; 4) одружився через недостовірну інформацію або шахрайське приховування правди, введення в оману про іншого з подружжя, обставини його минулого життя, знаючи про які, він не уклав би шлюб. Звернення до суду з підстав 1 та 2 має бути подано протягом шести місяців, а з підстав 3 та 4 – протягом трьох років після укладення шлюбу.<sup>2</sup> По суті, всі перераховані вище підстави пов'язані з певним дефектом вільного волевиявлення під час укладення шлюбу.

Як правило, батьки мають своє власне бачення щодо майбутнього чоловіка (чи дружини) своєї доньки (чи сина). В багатьох випадках вибір дітей не задовольняє батьків, при цьому їхні слова, обурення і навіть вчинки можуть перерости у примус, здебільшого емоційний, і в рідких випадках – фізичний. Проте для укладення шлюбу під примусом не достатньо дій та вчинків батьків, а потрібно, щоб вони зумовили укладення шлюбу без добровільної згоди. Для однієї особи слова і дії батьків нічого не значимуть, але для іншої – призведуть до підкорення чужій волі. Примушення до шлюбу можуть вчиняти не тільки батьки, але і інший з майбутнього подружжя або сторонні особи.

Право на укладення шлюбу за наявності вільної та повної згоди має гарантуватися державою однаковою мірою як для жінок, так і для чоловіків. Держава може встановлювати умови, які перешкоджають укладенню шлюбу (родинні зв'язки, наявність іншого, зареєстрованого шлюбу, недієздатність, мінімальний вік для вступу в шлюб тощо).

Однією з таких умов є мінімальний вік для шлюбу, який має бути встановлений на основі рівних критеріїв для чоловіків та жінок, і такі критерії повинні забезпечувати здатність наречених приймати обґрунтоване та усвідомлене рішення. За міжнародними стандартами, мінімальним віком для укладення шлюбу має бути досягнення особою повноліття (вісімнадцятирічний вік).

З 1 липня 2014 року найнижчий вік для вступу в шлюб у Швеції становить 18 років, і особа молодше 18 років отримати дозвіл на вступ у шлюб не може.<sup>1</sup> Аналогічні норми містяться в законодавстві про шлюб Норвегії, Данії та Ісландії. В Канаді також встановлено шлюбний вік у 18 років.<sup>2</sup>

Щодо шлюбів, укладених до 18-річного віку, або так званих дитячих шлюбів, то вони на міжнародному рівні вважаються порушенням прав людини, оскільки є усталена позиція, що неповнолітні нездатні давати поінформовану згоду. Практика укладення дитячих шлюбів є досить поширеною в африканських та окремих азійських державах, і переважно з фінансових причин або в силу культурних традицій та релігійних звичаїв. Як правило, згоди наречної не питають, шлюб організовує її законний опікун (батько). Досить часто примусові шлюби супроводжуються викраденнями, попереднім зґвалтуванням нареченої.

Дитячі шлюби в мусульманських державах укладаються через утверджену нерівність, а також ґрунтуються на релігійних та традиційних нормах про підпорядкування жінок чоловікам. Частими випадками є одруження дівчат у ранньому віці через бідність їхніх родин або для примирення ворогуючих сторін, що, безумовно, критикується правозахисниками, оскільки дівчата розглядаються як “предмет торгівлі”. Не винятком є Іран, де шлюбний вік встановлено в

<sup>1</sup> Kortfattat om lagstiftningen. 2014. P. 10. URL: <https://www.regeringen.se/4905f7/contentassets/19ee7b66982c49e3be734eccc8b7d293c/familjeratt---kortfattat-om-lagstiftningen.pdf>

<sup>2</sup> Антонова О.П. Захист сімейних прав в Канаді: досвід для України. С. 13. URL: [http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/4921/1/%D0%9C%D0%B0%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%96%D0%B0%D0%BB%D0%B8%20%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%84%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%BD%D1%86%D1%96%D1%97%202018\\_p013-019.pdf](http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/4921/1/%D0%9C%D0%B0%D1%82%D0%B5%D1%80%D1%96%D0%B0%D0%BB%D0%B8%20%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%84%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%BD%D1%86%D1%96%D1%97%202018_p013-019.pdf)

<sup>1</sup> Nadine Dostrovsky, Rebecca J. Cook and Michaël Gagnon. Annotated Bibliography on Comparative and International Law relating to Forced Marriage. Research report. August 2007. P. 5. URL: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/mar/pdf/mar.pdf> 2

<sup>2</sup> Bekendtgørelse af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, den 23. januar 2018. URL: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=197040>

15 років для чоловіків та 13 років – для дівчат.<sup>1</sup> Іран у 1994 році ратифікував Конвенцію про права дитини, яка встановлює мінімальний вік шлюбу 18 років, але із застереженнями, що дозволило не змінювати національне законодавство. Відповідно до Цивільного кодексу Ірану 2007 року, шлюб “до досягнення повноліття” заборонений. Однак вік повноліття становить 9 місячних (8 років і 9 місяців) для дівчат і 15 місячних років – для хлопців. Ще у 2014 році Іран зобов’язався вивчити рекомендації щодо скасування законів, що дозволяють дитячі шлюби та внести зміни до Цивільного кодексу для встановлення мінімального віку для шлюбу 18 років. Проте наразі, це питання не вирішене, і дівчата в Ірані можуть вийти заміж у 13 років, а з дев’яти років одружитися з дозволу батьків та суду. Згідно зі статистичними даними 17% дівчат у віці до 18 років в Ірані перебувають у шлюбі, а 3% – у шлюбі до 15 років. Спеціальний доповідач ООН з ситуації по правам людини в Ірані повідомив, що тільки у 2012 – 2013 роках було зареєстровано близько 40 635 шлюбів дівчат у віці до 15 років, з яких понад 8000 укладені з чоловіками, що старші від них більш як на десять років.<sup>2</sup> За даними ЮНІСЕФ за 2018 рік, 17 відсотків іранських дівчат одружуються у віці молодше 18 років.<sup>3</sup>

В Саудівській Аравії на рівні закону взагалі не визначено шлюбний вік, а ЗМІ продовжують періодично повідомляти про дитячі шлюби, укладені навіть з дівчатами у віці до 8 років. У січні 2019 року було подано пропозицію встановити мінімальний вік шлюбу у 18 років, а за рішенням суду – з 15 років, проте досі вона не прийнята.

Серед мусульманських азіатських держав, є достатньо прикладів, коли дозволяється вступ у шлюб з досягнення 18 років для обох наречених, за винятком Узбекистану, де встановлено шлюбний вік для чо-

ловіків у вісімнадцять років, для жінок – 17 років (ст. 15 СК Республіки Узбекистан). За наявності поважних причин (в більшості держав – вагітність, народження дитини; в Узбекистані також оголошення неповнолітнього повністю дієздатним) може бути знижено шлюбний вік: не більше ніж на рік (в Азербайджані, Киргизстані, Туркменістані, Таджикистані, Узбекистані) або не більше ніж на два роки (у Вірменії, Грузії та Казахстані). При цьому право понизити шлюбний вік мають різні органи: хокім району (в Узбекистані), органи реєстрації (в Казахстані), органи опіки та піклування (в Туркменістані), органи місцевого самоврядування (в Киргизстані), суд (в Таджикистані та Грузії). У Вірменії для укладення шлюбу з віку 16 років потрібна письмова згода батьків або законних представників, за умови, що інший з майбутнього подружжя досяг віку 18 років.<sup>1</sup>

В Китаї у зв’язку з політикою щодо обмеження народжуваності, впроваджені ще в 1979 році, наразі значний гендерний дисбаланс, і за підрахунками експертів кількість чоловіків перевищує жінок на 34 мільйони. Це зумовило розвиток торгівлі жінками, і зокрема, за повідомленнями експертів, із сусідньої М’янми дівчат продають до Китаю, переважно у віці від 13 до 16 років за схемою на “три роки і дитина”, після цього вони можуть бути перепродані повторно, і, на жаль, такі дії щодо дівчат вчиняють досить часто їхні родичі.<sup>2</sup> За результатами дослідження, проведеного Школою громадського здоров’я Джонса Хопкінса Блумберга та Асоціацією жінок у Качині в Таїланді, виявлено понад 7400 жінок і дівчат, які стали жертвами примусових шлюбів на прикордонних територіях між М’янмою та Китаєм, і більше 5000 змушені виховувати дітей з китайськими чоловіками.<sup>3</sup> Проте ці показники не повністю відображають масштабність порушення прав жінок.

<sup>1</sup> Менджул М.В. Основні засади регулювання сімейних відносин в окремих азіатських державах. *Юридичний бюлетень*. Вип. 7. Ч. 1. 2018. С. 260.

<sup>2</sup> Aidan McQuade. How China’s one-child policy led to forced marriages in Myanmar. URL: <http://news.trust.org/item/20181101123457-9f4h6/>

<sup>3</sup> Maya Oppenheim. Thousands of women and girls are being trafficked from Myanmar to China and forced to marry, study finds. URL: <https://www.independent.co.uk/news/world/asia/forced-marriage-trafficking-victims-children-vulnerable-china-myanmar-report-a8672451.html>

<sup>1</sup> Best Practices. Progressive Family Laws in Muslim Countries. August 2005. P. 8. URL: <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Best%20Practices%20%28English%29.pdf>

<sup>2</sup> What’s the child marriage rate? How big of an issue is child marriage? URL: <https://www.girlsnotbrides.org/child-marriage/iran/>

<sup>3</sup> Patrick Goodenough. Iran Won’t Outlaw Marriage of Under-13 Girls, as Islamic Countries Fare Worst in Annual Gender Survey. URL: <https://www.cnsnews.com/news/article/patrick-goodenough/iran-wont-outlaw-marriage-under-13-girls-islamic-countries-fare>



Обурення практикою дитячих шлюбів в Європі серед мігрантів було висловлено і на 29-му засіданні Парламентської асамблеї Ради Європи. Дитячий шлюб (тобто з особою у віці до 18 років) сам по собі спричиняє порушення прав, оскільки може завдати шкоди фізичному та психічному здоров'ю дитини, перешкодити здобуттю освіти, в тому числі середньої, обмежити інтелектуальний та соціальний розвиток. На 29-му засіданні Парламентської асамблеї Ради Європи рекомендовано державам встановити мінімальний вік для укладення шлюбу з 18 років.

Виникає запитання: чи є організований шлюб примусовим? Безперечно, не завжди, традиція організованих шлюбів є у багатьох культурах. Водночас організований шлюб буде примусовим у разі, якщо принаймні один з майбутнього подружжя укладає шлюб без вільної згоди.

Іслам вимагає згоди наречених, але традиційними є організовані шлюби, пошук та підбір батьками майбутнього нареченого та нареченої. Крім того, в більшості мусульманських держав є інститут опікунства над жінками. Згідно з нормами Корану, батько (інший найближчий родич чоловічої статі) є опікуном дівчини, і він відбирає нареченого, також дає згоду на укладення шлюбу, обговорює умови шлюбного договору і т.п. Наприклад, в Марокко, Туреччині та Тунісі для укладення шлюбу неповнолітньої особи потрібна згода законних опікунів. Закон Індонезії про шлюб встановлює, що дозвіл на одруження особа має отримати до досягнення 21 року від обох батьків.<sup>1</sup> В Саудівській Аравії для укладення шлюбу обов'язково потрібна згода опікуна. Згідно зі ст. 18 Сімейного кодексу Алжиру шлюб, вчинений без опікуна або двох свідків, повинен бути визнаний недійсним до його фактичного початку. Інститут опікунства над жінками, на нашу думку, є явним порушенням принципів рівності та добровільності шлюбу.

Після еміграції до держав ЄС сім'ї з Африки та Азії намагаються дотримуватися традицій і організовувати шлюби, вдаються навіть до

примушування. Опитування, проведене ще у 1996 році, показало, що 28,3% жінок турецьких іммігрантів у Берліні виходять заміж проти своєї волі, і багато з них піддаються сексуальному примусу. Громадська організація "Мусульманські дівчата в Австрії" досить активно бореться з примусовими шлюбами через різноманітні групи підтримки, роз'яснювальну роботу в школах серед мусульманських дівчат, в тому числі про можливі загрози під час поїздок на батьківщину батьків.

У судовій практиці Великобританії є приклади розгляду справ про визнання відсутності добровільної згоди при організованих шлюбах. Так, у справі "Singh v. Singh" (1971) дівчина-сіх у віці 17 років вийшла заміж, проте згодом звернулася до суду з оскарженням організованого шлюбу, укладеного нею з поваги до культурних традицій і врахуванням побажань її батьків. У цій справі суд констатував недостатній рівень примусу, оскільки не було доказів, що згода на укладення шлюбу була отримана через примус або страх. У справі "Hirani v. Hirani" (1982) апеляційний суд визнав достатній рівень примусу, оскільки батьки (індуїсти) погрожували дочці вигнати її з дому, у разі відмови вийти заміж. Так само примусовим визнано шлюб у справі "Mahmood v. Mahmood" (1993), оскільки батьки погрожували дівчині відмовитися від неї, припинити фінансову підтримку і відіслати назад в Пакистан. У рішенні суд зауважив, що батьки можуть надавати консультації та вчиняти тиск, і це не завжди буде примусом.<sup>1</sup>

Серед перших європейських держав, які криміналізували примусові шлюби, були Норвегія та Бельгія. Наприклад, у Бельгії встановлено відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк від одного місяця до двох років або штраф від 500 до 2500 євро. У Данії перший вирок за примусовий шлюб винесено 25 лютого 2004 року, і батька дівчини було засуджено до одного року позбавлення волі.<sup>2</sup>

В окремих мусульманських державах також криміналізовані примусові шлюби. Стаття 9 Закону про особистий статус Іраку встановлює

<sup>1</sup> Nadine Dostrovsky, Rebecca J. Cook and Michaël Gagnon. Annotated Bibliography on Comparative and International Law relating to Forced Marriage. Research report. August 2007. P. 8. URL: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/mar/pdf/mar.pdf>

<sup>2</sup> Там само. P. 22-24.

<sup>1</sup> Syahril Jamil. Konstruksi Hukum Keluarga Islam Di Indonesia. *Jurnal Usrah*. Vol. 3. No. 1, Juni 2017. P. 70.

лює, що жоден родич або третя особа не може примушувати будь-яку особу (чоловіка чи жінку) одружуватися без її згоди. Примусові шлюби вважаються недійсними, якщо шлюб не був завершений. Родичі або треті особи не можуть запобігти шлюбу осіб, які мають на це право. За порушення цієї норми закону настає відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років та (або) штраф, якщо порушник є родичем першого ступеня, якщо ні – то до десяти років позбавлення волі. Проте в більшості ісламських держав поширеною є практика примушування до вступу в шлюб з боку батьків та рідних наречених. У Пакистані досі примусові шлюби використовують як засіб примирення родин та племен, що, безумовно, протиправно і може бути оскаржене в суді, проте таких судових справ не багато.

Проведені дослідження показують масштабність та поширеність проблеми примусових шлюбів як серед європейських держав, США (переважно серед родин емігрантів), так і в інших державах світу.

Україна криміналізувала таке діяння як примусовий шлюб з січня 2019 року, коли набули чинності зміни, прийняті законом ще 6 грудня 2017 р.<sup>1</sup> Враховуючи зарубіжний законодавчий досвід та правозастосовну практику, не погоджуємося з висновком О.В. Круглової та С.Ю. Волошук про передчасність криміналізації примушування до укладення шлюбу в Україні.<sup>2</sup> Щодо практичного застосування ст. 151-2 КК України, то тільки з плином часу стане зрозуміло, чи є ефективною конструкція правової норми.

На нашу думку, позитивним є не тільки криміналізація примушування до вступу у шлюб, але і примусу щодо перебування у такому

<sup>1</sup> Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 06.12.2017 № 2227-VIII. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#n57>

<sup>2</sup> Круглова О.В., Волошук С.Ю. Окремі підстави криміналізації примушування до шлюбу. *Актуальні питання протидії злочинності в сучасних умовах: вітчизняний та зарубіжний досвід* : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 15 берез. 2018 р.). Дніпро : ДДУВС, 2018. С. 264-265.

шлюбі чи у фактичному співжитті, а також наявність такої кваліфікуючої ознаки як вчинення цих дій щодо особи до 18 років або більше як до однієї особи. Чітко прослідковується при конструюванні законодавчої норми і дія принципу рівності, оскільки потерпілою є особа, незалежно від статі, а також урівняно як примус щодо вступу у шлюб, так і примус у фактичному союзі (співжитті).

Добровільність шлюбу є триваючою умовою, тобто має вирішальне значення не тільки при укладенні шлюбу, але і під час всього періоду його дії. Адже жоден із подружжя не може бути примушений до продовження шлюбу, на гарантування цього і передбачено право розірвати шлюб. В Україні встановлено свободу розірвання шлюбу, і детальніше нами проанізовано це питання в підрозділі 3.3.

З метою недопущення примусових шлюбів в Україні правильним, на нашу думку, була криміналізація діяння з примушування до вступу в шлюб та продовження шлюбних відносин та співжиття. Проте, на жаль, в “Концепції Державної соціальної програми запобігання та протидії домашньому насильству та насильству за ознакою статі на період до 2023 року”, схваленій КМУ розпорядженням від 10 жовтня 2018 р. № 728-р, не відображено належним чином боротьбу та недопущення примусових шлюбів. На нашу думку, необхідно внести відповідні зміни до вказаної Концепції, а також розробити програму дій, яка б містила заходи щодо виявлення примусових шлюбів, підтримки та захисту жертв такого насильства.<sup>1</sup>

Отже, принцип добровільності шлюбу є правовою засадою, яка передбачає можливість укладення шлюбу тільки за наявності вільної, повної, усвідомленої та поінформованої згоди, а у разі дефекту вільного волевиявлення (відсутності хоча б одного із елементів добровільності), забезпечує правовий захист від примусового шлюбу шляхом визнання його недійсним. Принцип добровільності поширюється і на фактичне співжиття (фактичний союз), а також діє протягом всього перебування у шлюбних (або фактичних) відносинах і зумовлює обов'язок держави гарантувати свободу розірвання шлюбу.

<sup>1</sup> Менджул М.В. Добровільність як визначальна умова дійсності шлюбу. *Юридичний бюлетень*. Вип. 8. 2018. С. 135-136.

#### 4.4. Теоретичні та практичні проблеми дії принципу найкращих інтересів дитини

Визначальним принципом регулювання сімейних відносин як в Україні, так і в державах Європейського Союзу є принцип найкращих інтересів дитини. Водночас вказаний принцип залишається малодослідженим і виникають питання як про його зміст, так і практичне застосування.

Насамперед необхідно з'ясувати, що слід розуміти під поняттям “інтерес”. На думку І.В. Венедіктової, під охоронюваним законом інтересом в цивільному праві необхідно розуміти усвідомлене суб'єктом права домагання одержати матеріальні (нематеріальні) блага або змінити правовий статус, що приводить до вчинення суб'єктами права конкретних дій або утримання від них, перебування у правовому полі і мати у реалізації підтримку держави, здійснюється у формі дозволу та відображається у конкретних правовідносинах.<sup>1</sup> Науковиця також зазначає, що інтерес, який охороняється законом, може закріплюватися у суб'єктивному праві, а може і не закріплюватися.

Г.В. Чурпіта пропонує “інтерес” розглядати у нерозривному зв'язку із “суб'єктивним правом” як певні потреби та прагнення користуватися матеріальними та (або) нематеріальними благами, які опосередковані певними суб'єктивними правами. На відміну від суб'єктивних сімейних прав, які захищаються судом у разі порушення, невизнання чи оспорення, охоронюваний законом інтерес суд захищає у випадку створення перешкод для реалізації інтересу (порушення інтересу), а також у разі його невизнання чи оспорювання.<sup>2</sup> Тобто, з позиції науковиці, як суб'єктивне сімейне право, так і охоронюваний законом інтерес учасника сімейних відносин може бути захищений у суді.

Чи можна розглядати інтерес у взаємозв'язку із суб'єктивними сімейними обов'язками? В.В. Надьон обгрунтовує, що під суб'єктивним

обов'язком слід розуміти встановлену міру належної, необхідної поведінки суб'єкта, яка породжена нормою права, юридичним фактом або рішенням суду і спрямована на реалізацію суб'єктивного права уповомоченої особи у добровільному чи примусовому порядку.<sup>1</sup> На нашу думку, суб'єктивний обов'язок може бути спрямований і на гарантування реалізації законних інтересів учасників приватних відносин загалом, і сімейних зокрема.

О.О. Навроцький у дисертаційному дослідженні розмежував такі категорії як “законний інтерес дитини” та “індивідуальна потреба дитини”, а саме під законним інтересом дитини слід розуміти нормативно-правову форму закріплення, яка встановлена державою, реалізується у передбаченому законодавством порядку, а індивідуальна потреба формується залежно від особистих уподобань дитини, обумовлюється конкретними соціальними умовами розвитку дитини та задовольняється на підставі соціальних регуляторів. Крім того, науковець зазначає, що законний інтерес, на відміну від індивідуальної потреби, є складовою правового статусу дитини та може бути забезпечений заходами адміністративно-правового примусу.<sup>2</sup> Підстави розмежування вказаних понять є слушними, адже хоча в основі інтересу лежить індивідуальна потреба, тільки інтерес підлягає правовому захисту.

Л.В. Красицька пропонує під інтересом розуміти категорію, яка є одночасно як об'єктивною (зумовленою розвитком суспільних відносин), так і суб'єктивною, – як певна потреба, прагнення визначеного суб'єкта правовідносин, так як від рівня правосвідомості, правової культури учасника правових відносин залежить його уявлення про інтерес, який підлягає захисту, і він вчиняє певні дії з метою забезпечення свого інтересу та (або) інтересу іншого суб'єкта правових відносин.<sup>3</sup> Ми погоджуємося з науковицею, що серед інтересів дитини

<sup>1</sup> Надьон В.В. Суб'єктивний обов'язок як елемент змісту цивільних правовідносин : монографія. Харків : Право, 2017. С. 49.

<sup>2</sup> Навроцький О.О. Забезпечення прав дитини в Україні: теоретичні і практичні засади адміністративно-правового регулювання : дис... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07. Харків, 2018. С. 30.

<sup>3</sup> Красицька Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Вінниця. 2015. С. 178.

насамперед слід виділити забезпечення її розвитку та виховання відповідно до віку. Можливе різне бачення у батьків та дитини щодо її розвитку та виховання. Безперечно, це питання слід вирішувати із урахуванням інтересів батьків, але із пріоритетністю інтересів дитини.

Таким чином, інтерес у сімейному праві має такі ознаки: спонукає до виникнення, зміни та припинення сімейних правовідносин; має об'єктивний характер і не обов'язково має бути зафіксованим у писаному праві; існує в рамках сімейних відносин; є індивідуалізованим, оскільки належить конкретному учаснику сімейних відносин; охороняється сімейним законодавством; має форму дозволу діяти у спосіб, незаборонений законом; має добровільну реалізацію. Інтереси можуть виникати у всіх учасників сімейних відносин. В рамках нашого дослідження ми зупинимось на аналізі принципу найкращих інтересів дитини, дія якого зумовлює правову охорону інтересів неповнолітніх суб'єктів сімейного права.

Принцип найкращих інтересів дитини на міжнародному рівні закріплений у Декларації прав дитини ООН від 20 листопада 1959 р. (принцип 2)<sup>1</sup> та ст. 3 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 р. Зокрема, в ст. 3 Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 р. зазначено, що у всіх діях, які вчиняються щодо дітей, незалежно від того, ким вони здійснюються (державними чи приватними установами з питань соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами), першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини.

Згідно з Конвенцією про права дитини, держава має позитивні зобов'язання, зокрема забезпечити дитині такий захист і піклування, які необхідні для її благополуччя, беручи до уваги права й обов'язки її батьків чи інших законних представників, і з цією метою держава повинна прийняти необхідне законодавство та вжити всіх відповідних адміністративних заходів. Крім того, саме на державу покладається зобов'язання забезпечувати, щоб установи, служби і органи, відповідальні за піклування про дітей або їх захист, відповідали нормам,

встановленим компетентними органами, зокрема, в галузі безпеки й охорони здоров'я та з точки зору численності і придатності їх персоналу, а також компетентного нагляду.<sup>1</sup>

Предметом Європейської конвенції про здійснення прав дітей є – у найвищих інтересах дітей – підтримка їхніх прав, надання дітям процесуальних прав та сприяння здійсненню ними цих прав шляхом забезпечення становища, при якому діти особисто або через інших осіб чи органи поінформовані та допущені до участі в розгляді судовим органом справ, що їх стосуються. Стаття 6 Європейської конвенції про здійснення прав дітей визначає порядок прийняття рішення з гарантуванням принципу найкращих інтересів дитини. Так, під час розгляду справи, що стосується дитини, перед прийняттям рішення судовий орган: а) визначає, чи має він достатньо інформації для прийняття рішення в найкращих інтересах дитини, і в разі необхідності одержує додаткову інформацію, зокрема від суб'єктів батьківської відповідальності; б) якщо внутрішнім законодавством дитина визнається такою, що має достатній рівень розуміння: упевнюється в тому, що дитина отримала всю відповідну інформацію; у відповідних випадках консультує особисто дитину (у разі необхідності – приватно) сам або через інших осіб чи інші органи в зрозумілій дитині спосіб, якщо це явно не суперечить найкращим інтересам дитини; надає можливість дитині висловлювати її думки; в) приділяє належну увагу думкам, висловленим дитиною.<sup>2</sup>

У Керівних принципах Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей, від 7 листопада 2010 року зазначено, що держави-члени повинні гарантувати ефективне здійснення прав дітей, щоб їхні найкращі інтереси мали першочергову увагу у всьому, що їх стосується. При оцінюванні інтересів залучених або постраждалих дітей: 1) їх поглядам та думкам слід приділяти належну увагу; 2) всі інші права дитини, такі як право на гідність, свободу та рівне ставлення, повинні дотримуватись завжди; 3) всі відповідні владні

<sup>1</sup> Конвенція про права дитини від 20.11.1989. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_021](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021)

<sup>2</sup> Європейська конвенція про здійснення прав дітей від 25.01.1996. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_135](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_135)

<sup>1</sup> Декларація прав дитини від 20.11.1959. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_384](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384)



органи повинні прийняти комплексний підхід, щоб належним чином враховувати всі інтереси дитини, включаючи психологічний та фізичний добробут, а також правові, соціальні та економічні інтереси.<sup>1</sup>

Таким чином, на міжнародному рівні не просто встановлено принцип найкращих інтересів дитини, але і визначено надзвичайно широку сферу його дії, що вкотре підкреслює універсальність вказаного принципу.

Ж.В. Петрович вважає, що забезпечення найкращих інтересів дитини – це задоволення індивідуальних потреб дитини відповідно до її віку, статі, стану здоров'я, особливостей розвитку, життєвого досвіду, родинної, культурної та етнічної належності з урахуванням думки дитини.<sup>2</sup> На нашу думку, принцип найкращих інтересів дитини означає пріоритетне врахування батьками, законними представниками дитини, органами влади, судом та іншими особами інтересів дитини при вчиненні дій або прийнятті ними рішень, які спрямовані на задоволення будь-яких індивідуальних потреб дитини відповідно до її віку, статі, стану здоров'я та особливостей розвитку.

На жаль, в Конституції України не міститься принцип найкращих інтересів дитини, що, на нашу думку, не применшує його значення. Конституційний Суд України у рішенні по справі про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною від 3 лютого 2009 року № 3-рп/2009 також зауважує на принцип забезпечення якнайкращих інтересів дитини. Враховуючи важливість вказаного принципу, його необхідно закріпити на конституційному рівні.

Пункт 8 статті 7 СК України встановлює, що регулювання сімейних відносин має здійснюватися з максимально можливим урахуванням інтересів дитини. В інших нормах Сімейного кодексу України можна знайти ряд положень, як зобов'язують враховувати інтереси дитини не тільки батьків, але і органи опіки та піклування, а також суд. Так,

інтереси дітей повинні враховуватися при здійсненні дружиною, чоловіком права особистої приватної власності (ч. 1 ст. 59 СК України), при укладенні, зміні та визнанні недійсним шлюбного договору (ст. 93, 100 та 103 СК України), при розірванні шлюбу (ч. 2 ст. 112 СК України), при зміні прізвища дитини (ч. 5 ст. 148 СК України), при здійсненні батьківських прав (ч. 2 ст. 155 СК України), при визначенні місця проживання малолітньої дитини (ч. 2 ст. 162 СК України) та ін.

Тільки в інтересах дитини: постановляється судом рішення про поновлення батьківських прав (ч. 4 ст. 169 СК України); один з батьків чи законні представники розпоряджаються аліментами (ч. 2 ст. 179); має здійснюватися управління майном дитини (ч. 1 ст. 177 СК України); здійснюється усиновлення дитини (ч. 2 ст. 207 СК України); приймається судом рішення про надання права на шлюб, до досягнення шлюбного віку (ч. 2 ст. 23), про відмову у відібранні малолітньої дитини і переданні її батькам або одному з них (ч. 3 ст. 163 СК України); постановляється судом рішення всупереч думці дитини (ч. 3 ст. 171 СК України).

Крім того, органи опіки та піклування можуть відмовити у наданні дозволу на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини з одночасним зверненням до нотаріуса щодо накладення заборони відчуження такого майна, якщо ними буде встановлено, що вчинення правочину призведе до порушення охоронюваних законом інтересів дитини (ч. 5 ст. 177 СК України). Суд може не погодитися з висновком органу опіки та піклування, якщо він є недостатньо обґрунтованим, суперечить інтересам дитини (ч. 6 ст. 19 СК України).

В Україні на законодавчому рівні здійснено спробу закріпити поняття принципу найкращих інтересів дитини. Зокрема, у ст. 1 Закону України “Про охорону дитинства” встановлено, що забезпечення найкращих інтересів дитини – це дії та рішення, що спрямовані на задоволення індивідуальних потреб дитини відповідно до її віку, статі, стану здоров'я, особливостей розвитку, життєвого досвіду, родинної, культурної та етнічної належності та враховують думку дитини, якщо вона досягла такого віку і рівня розвитку, що може її висловити. Біль-

<sup>1</sup> Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice. Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 November 2010 and explanatory memorandum. P.18. URL: <https://rm.coe.int/16804b2cf3>

<sup>2</sup> Петрович Ж.В. Найкращі інтереси дитини: сутність і шляхи забезпечення. *Наукові записки НДУ ім. М. Гоголя. Психолого-педагогічні науки*. 2014. № 3. С. 71.

ше того, задекларовано, що вказаний Закон встановлює основні засади державної політики у цій сфері, які ґрунтуються на забезпеченні найкращих інтересів дитини.

На доповнення положень Сімейного кодексу України, Закон України “Про охорону дитинства” встановлює, що тільки в інтересах дитини може прийматися рішення про розлучення дитини з сім'єю (ст. 14), про участь одного з батьків, який проживає окремо, у вихованні дитини (ч. 3 ст. 15), а також закріплені додаткові інструменти захисту інтересів дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах (ст. 23-1).

У судовій практиці вже є ціла низка рішень, в обґрунтуванні яких застосовано принцип найкращих інтересів дитини (рішення Червонозаводського районного суду міста Харкова від 10 жовтня 2019 р.<sup>1</sup>, рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 8 листопада 2018 р.<sup>2</sup>, рішення Київського районного суду м. Харкова від 17 вересня 2019 р.<sup>3</sup>, рішення Суворовського районного суду міста Одеси від 23 листопада 2018 р.<sup>4</sup>, рішення Березівського районного суду Закарпатської області від 19 вересня 2019 р.<sup>5</sup>, постанова Дніпровського апеляційного суду від 5 червня 2019 р.<sup>6</sup>, постанова Чернівецького апеляційного суду від 5 червня 2019 р.<sup>7</sup>, постанова За-

карпатського апеляційного суду 14 березня 2019 р.<sup>1</sup>, Постанова Верховного Суду від 21 листопада 2018 р.<sup>2</sup>, Постанова Верховного Суду від 28 березня 2019 р.<sup>3</sup> та ін.).

У Концепції Державної соціальної програми “Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини” на період до 2021 року, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2017 р. № 230-р, для забезпечення врахування найкращих інтересів та думки дитини під час прийняття рішень запропоновано такі заходи: вдосконалення механізму врахування думки дитини під час вирішення питань, що стосуються її життя; забезпечення ефективної взаємодії між громадськими організаціями та органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підтримка дитячих ініціатив; залучення громадянського суспільства до вирішення питань, пов'язаних із забезпеченням найкращих інтересів дитини.<sup>4</sup> На нашу думку, вказані заходи не є чіткими та не в повній мірі дають змогу покращити механізм забезпечення найкращих інтересів дитини.

Таким чином, СК України не використовує термін “найкращі інтереси дитини”, а натомість – “з максимально можливим урахуванням інтересів дитини”, “в інтересах дитини”. Термін “найкращі інтереси дитини” закріплено в Законі України “Про охорону дитинства”, а також він утвердився в практиці ЄСПЛ та національній судовій практиці. У зв'язку з цим ми пропонуємо зафіксувати в СК України саме термін “найкращі інтереси дитини”.

Цікавим є аналіз зарубіжного досвіду утвердження принципу найкращих інтересів дитини. В сімейному законодавстві США відбулося

<sup>1</sup> Постанова Закарпатського апеляційного суду від 14 березня 2019 р. № 303/3338/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80714323>

<sup>2</sup> Постанова Верховного Суду від 21 листопада 2018 р. № 703/297/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78470077>

<sup>3</sup> Постанова Верховного Суду від 28 березня 2019 р. № 592/9430/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80889052>

<sup>4</sup> Розпорядження КМ України від 5 квітня 2017 р. № 230-р “Про схвалення Концепції Державної соціальної програми “Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини на період до 2021 року”. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npsa/249890555>

<sup>1</sup> Рішення Червонозаводського районного суду міста Харкова від 10 жовтня 2019 р. № 641/4451/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84994914>

<sup>2</sup> Рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 8 листопада 2018 р. № 686/21788/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77843448>

<sup>3</sup> Рішення Київського районного суду м. Харкова від 17 вересня 2019 р. № 640/14601/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85348270>

<sup>4</sup> Рішення Суворовського районного суду міста Одеси від 23 листопада 2018 р. № 523/13751/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78264589>

<sup>5</sup> Рішення Березівського районного суду Закарпатської області від 19 вересня 2019 р. 297/854/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85500588>

<sup>6</sup> Постанова Дніпровського апеляційного суду від 5 червня 2019 р. № 208/1504/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82512752>

<sup>7</sup> Постанова Чернівецького апеляційного суду від 5 червня 2019 року № 715/207/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82245570>

розширення повноважень держави щодо захисту дітей, що не означає послаблення концепції недоторканності сім'ї, а демонструє визнання дітей повноправними особами з індивідуальними правами.<sup>1</sup> Держава не втручається без обґрунтованої підстави, саме тому принцип недоторканності сім'ї збережено і він корелюється із принципом найкращих інтересів дитини. Тобто за наявності підстав (наприклад, насильство в сім'ї) суд може прийняти рішення про позбавлення волі та інші рішення, пов'язані з безпекою та захистом дітей. Ці принципи спрямовані на те, щоб насамперед батьки діяли в найкращих інтересах своїх дітей.

Стаття 42 Конституції Ірландії закріплює принципи захисту прав дітей, найкращих інтересів дитини та принцип врахування думки дитини. Крім того, зазначено, що законодавством має бути забезпечено, наскільки це можливо, щоб у всіх провадженнях щодо прав та інтересів будь-якої дитини, яка здатна формувати свої власні погляди, її думка була встановлена і врахована з урахуванням віку та зрілості.<sup>2</sup>

Прояви принципу найкращих інтересів дитини дослідники знаходять у законодавстві Швеції в спадкових нормах на початку 1900 р., з 1920 р. цей принцип проявляється і в інституті опіки.<sup>3</sup> Згідно зі ст. 4 Закону Фінляндії про захист дітей (2008 р.) оцінюючи найкращі інтереси дитини, враховуються: 1) збалансований розвиток і добробут, а також тісні та безперервні відносини; 2) здатність батьків (опікунів) налагодити контакт з дитиною, здійснювати контроль за поведінкою відповідно до віку та рівня розвитку; 3) навчання, що відповідає побажанням дитини; 4) безпечне середовище для розвитку, фізичне та психічне благополуччя; 5) відповідальність за незалежність та розвиток; 6) мож-

ливість дитини брати участь у вирішенні питань щодо себе і впливати на них; 7) врахування мовних, культурних та релігійних особливостей.

У англійському праві інтереси дитини є першочерговими при вирішенні спорів. Згідно із Законом про дітей (1989 р.), суд повинен враховувати: побажання та почуття дитини (з урахуванням віку дитини та її розуміння питання); фізичні, емоційні та освітні потреби дитини; ймовірний вплив на дитину будь-якої зміни обставин; вік, стать та будь-які характеристики дитини, які суд вважає доречними; шкоду, яку зазнала дитини або ж ризик страждання; як кожен з батьків чи особа, що їх замінює, може задовольняти потреби дитини; обсяг повноважень, наявних у суді відповідно до Закону 1989 р. у розглянутому провадженні. В англійському праві ці критерії також називають "контрольним переліком добробуту". Принцип добробуту із контрольним переліком критеріїв обов'язково застосовується англійськими судами при вирішенні питання про виховання дитини та управління її майном.<sup>1</sup> Аналогічна норма міститься в Законі про дітей Північної Ірландії 1995 р. (ст. 3).<sup>2</sup>

Основним принципом сімейного права Канади є принцип найкращих інтересів дитини, який згадується у Федеральному законі про розлучення та міститься в багатьох актах, прийнятих на рівні провінцій. Наприклад, Закон про сімейне право Онтаріо в ст. 24 (4) встановлює, що при визначенні найкращих інтересів суд розглядає можливі руйнівні наслідки переїзду дитини в інше місце проживання, а також думки та побажання дитини, якщо вони обґрунтовані.<sup>3</sup> При розгляді судових справ про контакт з дитиною суд також повинен керуватися принципом найкращих інтересів дитини, який має переважати над правами та інтересами батьків. Огляд канадської прецедентної практики показує, що вказаний принцип не завжди застосовується на

<sup>1</sup> Vivian E. Hamilton. Principles of U.S. Family Law. 2006. Faculty Publications. 43. URL: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F&httpsredir=1&article=1183&context=facpubs&fbclid=IwAR3hK74ZFhqlwn6dPV-8r6QAaT-tzQ5eKCMOvEkJ1ZqWsuJ3eZDEJ1bJmLc>

<sup>2</sup> Constitution of Ireland, 1st July, 1937. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/part13>

<sup>3</sup> Adelina Alija. Vad är barnets bästa? En diskursanalytisk studie av principen i vårdnads mål. P.12. URL: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4436964&fileId=4460291>

<sup>1</sup> Менджул М.В. Принципи правового регулювання сімейних відносин у Великобританії та Ірландії. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2018. № 36. Т. 2. С. 42-43.

<sup>2</sup> The Children (Northern Ireland) Order 1995. URL: <http://www.legislation.gov.uk/nisi/1995/755/article/3/made>

<sup>3</sup> Family Law Act. R.S.O. 1990, Chapter F.3. URL: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90f03>

практиці. Водночас у справі “Frame v. Smith, Wilson J” суд зауважив, що “право доступу стало правом дитини, а не право батьків”.<sup>1</sup>

У справі “Young v. Young” судові рішення ґрунтувалося на принципі найкращих інтересів дитини, і суд зауважив, що “закон передбачає зв'язок між дитиною та кожним з її батьків як гідну мету, яка має відповідати інтересам дитини. Максимальний контакт, однак, не є непереборною метою і повинен бути обмежений там, де цього потребує добробут дитини. Право на доступ є обмеженим за обсягом і обумовлюється та регулюється найкращими інтересами дитини”.<sup>2</sup>

У законодавстві зарубіжних держав досить часто поряд з терміном “найкращі інтереси дитини” застосовується термін “добробут дитини”. Наприклад, принцип добробуту дитини встановлений Законом про дітей (Шотландія) 1995 року.<sup>3</sup> Крім того, в Шотландії 10 червня 2013 року було створено Комітет з сімейного права, який уповноважений приймати положення про процедури, яких слід дотримуватись у шотландських судах при розгляді сімейних справ та проваджень у справах стосовно дітей, і при цьому гарантується добробут дитини як першочергове питання.<sup>4</sup> Закон про реформування судочинства та сімейного права 1989 р. Ірландії конкретизує термін “добробут дитини”, зокрема законом встановлено, що “добробут” включає релігійний і моральний, інтелектуальний, фізичний і соціальний добробут дітей (ст. 3).<sup>5</sup>

Таким чином, принцип добробуту дитини за своїм змістовним наповненням заміщає в окремих державах принцип найкращих інтересів дитини. На нашу думку, принцип добробуту дитини є ширшим,

аніж принцип найкращих інтересів і, по суті, при гарантуванні забезпечення найкращих інтересів й досягається добробут дитини, який передбачає якісні та відповідні віку дитини умови проживання, здобуття освіти та розвитку. Саме тому, СК України поряд із принципом найкращих інтересів дитини повинен бути доповнений принципом добробуту дитини.

Важливим кроком у гарантуванні прав та інтересів дітей стало утвердження позиції про рівність дітей незалежно від того, чи народилися вони у шлюбі чи поза ним. В Україні на рівні Конституції України, сімейного та цивільного законодавства немає відмінностей у правовому положенні дітей.

Принцип найкращих інтересів дитини має особливе значення у відносинах батьків та дітей, оскільки діти, як правило, є залежні від батьків і перебувають із ними не у рівних відносинах. А.О. Дутко, досліджуючи правовідносини батьків та дітей, обґрунтовує, що такі відносини мають ряд особливостей: 1) строковість (строковий характер правовідносин батьків та дітей обумовлений тим, що вони виникають з моменту народження чи прийняття дитини у сім'ю, а припиняються з досягненням повноліття, крім окремих випадків. Проте далі науковець сам уточнює, що із досягненням дитиною повноліття батьківські правовідносини не припиняються, а тільки змінюється обсяг батьківських прав та обов'язків. Як дострокове припинення батьківських правовідносин Дутко А.О. називає позбавлення батьківських прав); 2) особливий суб'єктний склад (батьки та діти); 3) рівність прав та обов'язків батьків та дітей незалежно від того, чи перебували батьки у шлюбі між собою; 4) особливі санкції за невиконання або неналежне виконання батьківських прав та обов'язків (позбавлення батьківських прав, відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав).<sup>1</sup> Можна частково погодитися із особливостями батьківських правовідносин, запропонованими О.О. Дутко, оскільки щодо строкового характеру таких правовідносин науковець пропонує як підставу їх дострокового припинення розглядати позбавлення батьківських

<sup>1</sup> Дутко А.О. Загальна характеристика правовідносин батьків і дітей. *Вісник Національного університету “Львівська політехніка”. Серія Юридичні науки* : зб. наук. пр. 2015. № 827. С. 100-101.

<sup>1</sup> Frame v. Smith, [1987] 2 S.C.R. 99. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/237/index.do>

<sup>2</sup> Young v. Young, [1993] 4 S.C.R. 3. 1993-10-21. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1070/index.do>

<sup>3</sup> Children (Scotland) Act 1995. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/36/section/1>

<sup>4</sup> Family Law Committee. URL: <http://www.scottishciviljusticecouncil.gov.uk/committees/family-law-committee>

<sup>5</sup> Judicial Separation and Family Law Reform Act, 1989. URL: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1989/act/6/enacted/en/html>



прав, проте навіть при позбавленні батьківських прав залишається обов'язок утримувати дитину.

У США обґрунтовується пропозиція змінити відомий принцип найкращих інтересів дитини на основі стандарту апроксимації, запропонованого професором Елізабет Скотт.<sup>1</sup> Науковиця обґрунтовує, що така необхідність виникла у зв'язку з тим, що надзвичайно різною є судова практика при застосуванні принципу найкращих інтересів дитини, а також тому, що батьки в судових розглядах вдаються не до співпраці задля забезпечення інтересів дитини, а до пошуку недоліків один в одного, що призводить до ще більшої конфронтації та загострення конфлікту.<sup>2</sup> У зв'язку з цим запропоновано: акцентувати увагу на плануванні потреб дитини, розподілити відповідальність за дитину на батьків, і судовий розгляд повинен бути крайнім заходом; встановити більш чіткі критерії при вирішенні спорів щодо дітей; зберегти різноманітні підходи у вихованні батьками дітей; заохочувати батьків передбачати майбутні проблеми та конфлікти і встановлювати засоби для їх вирішення, не пов'язані із судовим розглядом; дозволяти постійно брати участь у житті дитини, за певних обмежених обставин, особам, які не є батьками за законом, але виконують функції батьків; забезпечити належний захист жертв домашнього насильства. Рекомендовано батькам приймати план виховання дітей, який повинен містити індивідуалізований набір заходів із виховання, утримання дитини, прийняття рішень щодо дитини, якщо батьки не проживають разом.<sup>3</sup> Таким чином, принцип найкращих інтересів дитини не заперечується, а скоріше розвивається і конкретизується, встановлюю-

<sup>1</sup> Michael R. Clisham and Robin Fretwell Wilson. American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution, Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote? Family Law Quarterly, Volume 42, Number 3, Fall 2008. P. 574. URL: [https://www.researchgate.net/publication/254142521\\_American\\_Law\\_Institute's\\_Principles\\_of\\_the\\_Law\\_of\\_Family\\_Dissolution\\_Eight\\_Years\\_After\\_Adoption\\_Guiding\\_Principles\\_or\\_Obligatory\\_Footnote](https://www.researchgate.net/publication/254142521_American_Law_Institute's_Principles_of_the_Law_of_Family_Dissolution_Eight_Years_After_Adoption_Guiding_Principles_or_Obligatory_Footnote)

<sup>2</sup> Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation S/ 2. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp>

<sup>3</sup> Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendation S/ 6 URL: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp>

ючи презумпцію корисності спільної відповідальності за прийняття рішень щодо дитини обома батьками.

У багатьох мусульманських державах дискримінаційним є положення про те, що саме батько повинен визначати порядок виховання дитини. Особливо це стосується релігії, і діти у шлюбі мусульманина з представницею іншої релігії (іудейки, християнки) приймають релігію батька. Наприклад, у Цивільному кодексі Єгипту в ст. 124 визначено: “діти, народжені в шлюбі від іудейки, християнки, приймають релігію батька”. В Лівані також встановлено, що “діти виховуються в релігії батька”, тобто в ісламі, а в Туреччині передбачено, що “шлюбний договір, який дозволяє вільне релігійне виховання дітей, має бути скасований”.<sup>1</sup>

Питання релігійного виховання постає проблемно і в європейських державах, і доволі часто завершується розглядом спору між батьками у суді. Досліджуючи судову практику в Нідерландах, науковці виявили 16 таких судових рішень. Законодавство Нідерландів не визначає, які фактори необхідно враховувати при розгляді справ у світлі найкращих інтересів дитини, тому судді мають широку свободу розсуду. До прикладу, наводиться рішення суду 2009 р., коли було відмовлено одному з батьків у переведенні дитини із нехристиянської до християнської школи, оскільки це б суперечило найкращим інтересам дитини. Суди Нідерландів керуються принципом найкращих інтересів дитини у всіх подібних справах, зокрема при вирішенні спору між батьком-мусульманином, який наполягав, щоб дитина (5 років) пішла у світську школу, а не у католицьку, до якої її записала мама, суд звертав увагу насамперед, яка школа буде найближчою до місця проживання дитини. При вирішенні питання щодо обрізання у п'ятирічному віці між матір'ю-марокканкою, що наполягала на цьому обряді, та голландським батьком, який заперечував, суддя постановив, що батьки не враховують інтересів дитини, і що це не є необхідним з медичних показників і може бути зроблено у майбутньому при самостійному

<sup>1</sup> Муллокандова О.М. Мусульманське релігійне право щодо шлюбів з іновірцями: філософсько-релігієзнавчий аналіз. *Вісник Житомирського державного університету. Вип. 6 (78). Філософські науки.* 2014. С. 66.

виборі дитини.<sup>1</sup> Проте у справі із хрещенням суддя надав дозвіл на обряд, оскільки, на його думку, римо-католицизм допускає в майбутньому можливість зміни релігійних переконань і тому не обмежує свободи вибору.<sup>2</sup> Безперечно, у всіх випадках нідерландські суди керуються принципом найкращих інтересів дитини, і якщо звернутися до наведених прикладів, то коли йдеться про обрізання, то це матиме фізичні обмеження, а при процедурі хрещення таких наслідків нема. Подібним чином, на основі принципу найкращих інтересів дитини, вирішуються спори і в інших європейських державах.

Крім того, подібні справи вже були предметом розгляду ЄСПЛ. Наприклад, у справі “Hoffmann v. Austria” Суд постановив відсутність порушення Конвенції (ст. 8 та 14), оскільки, на його думку, при винесенні рішення залишити дітей проживати з батьком (римо-католиком), а не з матір'ю, що належала до свідків Єгови, національні суди керувалися насамперед інтересами дітей і захистом їх здоров'я, так як релігійні переконання матері не допускали навіть переливання крові.<sup>3</sup> При розгляді таких справ враховується принцип найкращих інтересів дитини, недопущення її соціальної ізоляції, психологічне благополуччя дитини, а також реальна можливість у майбутньому її релігійної свободи.

Щодо опіки над дітьми, то до ХХ століття вона традиційно надавалася чоловікам, в ХХ ст. з'явилася доктрина “ніжного віку”, згідно з якою вважалося, що про маленьких дітей краще потурбується їхня мати.<sup>4</sup> Батько міг спростовувати цю презумпцію, довівши, що мама не може як слід піклуватися про дітей або він зможе зробити це краще.

<sup>1</sup> Tigchelaar, J. and Jonker, M., 2016. How is a Judicial Decision Made in Parental Religious Disputes? An analysis of determining factors in Dutch and European Court of Human Rights case law. *Utrecht Law Review*, 12(2), pp. 25-27. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.350>

<sup>2</sup> Tigchelaar, J. and Jonker, M., 2016. How is a Judicial Decision Made in Parental Religious Disputes? An analysis of determining factors in Dutch and European Court of Human Rights case law. *Utrecht Law Review*, 12(2), pp. 28. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.350>

<sup>3</sup> Case of Hoffmann v. Austria, 23 June 1993, application no. 12875/87. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57825%22%5D%7D>

<sup>4</sup> Бернхем В. Розділ XIII “Сімейне право” з книги “Вступ до права та правової системи Сполучених Штатів Америки”. *Право США*. 2012. № 1–2. С. 25–26.

Наразі, враховуючи принципи рівності та найкращих інтересів дитини, кожен з батьків однаковою мірою може опікуватися дитиною, і все більше приймається судових рішень, в яких діти залишаються під опікою батька. При винесенні рішення у врахуванням принципу найкращих інтересів дитини суди враховують: здатність кожного з батьків піклуватися про дитину; спосіб життя батьків; відносини між дитиною і батьками; бажання кожного з батьків здійснювати опіку над дитиною; збереження стабільності в оточенні дитини (місце проживання, школа, друзі); думку та бажання дитини.

Доволі поширеними в США є судові рішення про спільну опіку над дитиною, в результаті чого дитина проживає з кожним із розлучених батьків по черзі і обоє батьків виконують свої батьківські обов'язки. Згідно зі ст. 402 Уніфікованого закону про шлюб та розлучення США, суд встановлює опіку відповідно до найкращих інтересів дитини. Суд повинен врахувати всі відповідні фактори, зокрема: думку батьків щодо опіки; побажання дитини щодо її опікуна; взаємозв'язок дитини з батьками чи одним із них; хто може забезпечити найкращі інтереси дитини; можливість дитини жити у власному домі, відвідувати звичну школу; психічне і фізичне здоров'я всіх осіб.<sup>1</sup> Згідно зі ст. 409 вказаного Закону, не може бути подане клопотання про внесення змін до рішення суду про опіку раніше, ніж через 2 роки з моменту його прийняття, якщо немає підстав, що загрожують фізичному, психічному, моральному або емоційному здоров'ю дитини. Ці положення, очевидно, спрямовані на гарантування принципу найкращих інтересів дитини.

В Данії з 1985 року встановлено, що після розірвання шлюбу батьки можуть домовитися про спільну опіку над дітьми, таке саме право мали бацьки, які перебували у фактичних шлюбних відносинах. Якщо

<sup>1</sup> Uniform Marriage and Divorce Act, Annual Conference meeting in its Seventy-Ninth Year at St. Louis, Missouri August 1-7, 1970 With Amendments Approved August 27, 1971, and August 2, 1973 With Prefatory Note And Comments Approved by the American Bar Association February 5, 1974. P. 67. URL: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=4a6c647f-b6e2-4f15-aa24-aa77021dbe4e&forceDialog=0>

хтось з батьків обмежував право іншого на спілкування з дитиною, то спочатку необхідно було скасувати спільну опіку і тоді звертатися для отримання рішення про контакт з дитиною.<sup>1</sup> Зміни у підходах до регулювання відносин батьків і дітей були запроваджені прийнятим в 1995 році новим Законом про батьківську відповідальність (набув чинності 1 січня 1996 року). Новий закон конкретизував концепцію спільної опіки над дитиною батьків після розлучення, гарантував контакт із дитиною того із батьків, хто не проживав з нею, встановлював можливість батьків на основі угод домовлятися про спільне виховання і опіку над дітьми.<sup>2</sup> Після змін, внесених 2007 року, посилено практичну реалізацію підходу, що дитина має право на контакт та спілкування з обома батьками.<sup>3</sup>

В Канаді з 1 червня 1986 року до 30 вересня 2002 року було проведено ґрунтовне дослідження судових рішень щодо опіки над дітьми та визначення їх місця проживання (понад 1,1 мільйон справ), в результаті якого встановлено, що матері отримали опіку над дитиною у 67% випадках, в 11% - єдину опіку отримав батько, і в 22% була встановлена спільна опіка.<sup>4</sup> Останні тенденції свідчать про зростання кількості судових справ із призначеною спільною опікою над дітьми, і уряд Канади в Стратегії реформування законодавства навіть передбачив заміну термінів “опіка” та “доступ” на “спільне виховання”, який має зробити акцент на батьківських обов’язках щодо дитини.<sup>5</sup>

Цікавою та корисною є розробка в Канаді Контрольного плану виховання, який містить перелік питань, що необхідно узгодити батькам по вихованню дитини після розлучення. Він достатньо деталізований

зادля мінімізації конфліктних ситуацій в майбутньому, містить невичерпний перелік питань та максимально враховує всі аспекти виховання дитини, зокрема: місце проживання дитини; час перебування з іншим з батьків (опис – коли дитину необхідно забрати і коли повернути); спілкування з дитиною по телефону та за допомогою інших засобів комунікації; порядок придбання речей для дитини (чи їх розміщення, якщо дитина по черзі житиме з кожним із батьків); проведення днів народжень, свят, вихідних днів та канікул, поїздки з дитиною; питання щодо здоров’я дитини (наприклад, як прийматимуться рішення щодо медичної та стоматологічної допомоги); забезпечення особливих потреб дитини (наприклад, ортодонтичне лікування, послуги фізіотерапевта, логопеда тощо) та інші.<sup>1</sup> На нашу думку, подібний рекомендаційний план варто розробити і Міністерством юстиції України.

Таким чином, можлива спільна юридична та фізична опіки над дітьми. Суди досить часто виносять рішення про спільну юридичну, але окрему фізичну опіку. Спільна юридична опіка передбачає рівне право батьків вирішувати всі важливі питання, що стосуються дитини, а спільна фізична опіка – проживання дитини з кожним із батьків. В Україні переважає підхід спільної юридичної опіки у поєднанні із окремою фізичною опікою. Національні суди насамперед вирішують питання, з ким із батьків проживатиме дитина (діти) після розірвання шлюбу, і при цьому обоє із батьків мають рівне право на виховання дитини (дітей).

Виникає питання щодо того, яким чином тлумачить принцип найкращих інтересів дитини ЄСПЛ. Зокрема, проведене дослідження показало, що Європейський суд з прав людини, розглядаючи справи щодо захисту прав дітей, застосовує принцип найкращих інтересів дитини у різних випадках, в тому числі у справах про: встановлення батьківства (“Jevremović v. Serbia” від 17 липня 2007 року, “Калачева проти Російської Федерації” від 7 травня 2009 р.<sup>2</sup>, “Kautzor v.

<sup>1</sup> Parenting Plan Checklist. Minister of Justice and Attorney General of Canada, 2015. URL: <https://www.justice.gc.ca/eng/fl-df/parent/ppc-lvppp/ppc-lvppp.pdf>

<sup>2</sup> Постановление ЕСПЧ от 07.05.2009 “Дело “Калачева (kalacheva) против Российской Федерации” (жалоба n 3451/05). URL: <https://www.lawmix.ru/vas/61140>

<sup>1</sup> Forældreansvarsloven i et historisk perspektiv. URL: <http://retsadvokaterne.dk/foraeldreansvarsloven-i-et-historisk-perspektiv/>

<sup>2</sup> Mai Heide Ottosen. Samvær til barnets bedste? Om regler og praksis på samværsområdet. København, 2004. P. 40-41. URL: <https://pure.sfi.dk/ws/files/311935/0404Samvaertilbarnetsbedste.pdf>

<sup>3</sup> Forældreansvarsloven i et historisk perspektiv. URL: <http://retsadvokaterne.dk/foraeldreansvarsloven-i-et-historisk-perspektiv/>

<sup>4</sup> Grant A. Brown, D. Phil. Ideology And Dysfunction In Family Law. How Courts Disenfranchise Fathers. Canadian Constitution Foundation. 2013. P. 4-5.

<sup>5</sup> Government of Canada Strategy for Reform. URL: [https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/sjcarp02/p2.html#p2\\_1](https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/sjcarp02/p2.html#p2_1)

Germany” від 24 вересня 2012 р.<sup>1</sup> тощо); возз'єднання сім'ї (“Olsson v. Sweden (no. 1)” від 25 березня 1988 р.<sup>2</sup>, “Olsson v. Sweden (no. 2)” від 30 жовтня 1992 р.<sup>3</sup>, “Amanalachioai v. Romania” від 26 травня 2009 р., “Haase v. Germany”<sup>4</sup> та багато інших); відносини між усиновлювачем і усиновленою дитиною (“Pini and Others v. Romania” від 22 червня 2004 р.<sup>5</sup>, “Курочкін проти України” від 20 травня 2010 р.<sup>6</sup> та інші); контакт з дитиною та права на спілкування з нею того з батьків, що проживає окремо, або інших родичів (“Hokkanen v. Finland”<sup>7</sup> та інші); позбавлення батьківських прав (“Хант проти України” від 7 грудня 2006 р.<sup>8</sup> тощо) та інших.

Проаналізована прецедентна практика Європейського суду з прав людини по справах щодо захисту прав дітей дала можливість виокремити певні групи справ, в яких застосовано принцип найкращих інтересів дитини.

По-перше, при розгляді справ про встановлення батьківства ЄСПЛ також керується принципом найкращих інтересів дитини. Зокрема, в рішеннях ЄСПЛ обґрунтовує, що відповідно до ст. 8 Конвенції при розгляді скарги про встановлення батьківства суди повинні приділяти особливу увагу інтересам конкретної дитини (див. рішення у справі “Jevremović v. Serbia” від 17 липня 2007 року, “Калачева проти Російської Федерації” від 7 травня 2009 р., “Kautzor v. Germany” від 24 вересня 2012 р.).

<sup>1</sup> Case of Kautzor v. Germany, 22 March 2012, application no. 23338/09. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109809%22%7D>

<sup>2</sup> Case of Olsson v. Sweden (no. 1). URL: <https://precedent.in.ua/2016/04/09/olsson-protyv-shvetsyy/>

<sup>3</sup> Case of Olsson v. Sweden (No. 2). 30, October 1992. URL: [http://www.hrcr.org/safrica/dignity/olsson\\_sweden.htm](http://www.hrcr.org/safrica/dignity/olsson_sweden.htm)

<sup>4</sup> Справа Хаас проти Німеччини (Haase v. Germany), 8.04.2004. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_225/print](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_225/print) (Дата звернення: 21.05.2019).

<sup>5</sup> Case of Pini and Others v. Romania Applications nos. 78028/01 & 78030/01, 22 June 2004. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,58a730ab4.html> (accessed 22 May 2019)

<sup>6</sup> Справа “Курочкін проти України” (Заява № 42276/08) від 22.05.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_841](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_841)

<sup>7</sup> Case of Hokkanen v. Finland. URL: <http://www.c-g.org.uk/camp/hr/hokkanen.htm>

<sup>8</sup> Справа “Хант проти України”, 7.12.2006. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_126](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_126)

По-друге, значна частина рішень Європейського суду з прав людини винесена у справах щодо возз'єднання сім'ї. У справі “Olsson v. Sweden (no. 1)” від 25 березня 1988 р. було констатовано факт порушення ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод не самим рішенням про відібрання трьох дітей від батьків під державну опіку, а саме способом виконання цього рішення (відокремлення дітей та розміщення їх на далекій відстані один від одного, що в підсумку призвело до обмеження їхнього контакту з батьками та між собою).<sup>1</sup> У справі “Olsson v. Sweden (no. 2)” від 30 жовтня 1992 р. заявники оскаржували заборону соціальної служби вивести двох молодших дітей з відповідних прийомних сімей, що перешкоджало возз'єднанню сім'ї.<sup>2</sup> ЄСПЛ при розгляді цієї справи врахував, що контакти дітей з біологічними батьками були дуже рідкісні (вони не зустрічалися зі своєю матір'ю з 1984 року, а батька бачили одного разу), і діти дуже прив'язалися до прийомних сімей, звикли до оточення і висловили бажання залишитися в прийомних сім'ях. В даному випадку, керуючись інтересами дітей не було визнано факту порушення ст. 8 Конвенції.

У рішенні “Amanalachioai v. Romania” від 26 травня 2009 р. ЄСПЛ зауважив, що “інтереси дітей вимагають, щоб сімейні зв'язки порушувалися лише при “особливо виняткових” обставинах, і має бути вжито всіх заходів для збереження особистих зв'язків і, якщо це необхідно, для відновлення сім'ї”. У цій справі суд також наголосив: “той факт, що дитина могла бути поміщена в більш сприятливе середовище для її виховання, само по собі не виправдовує її видалення з-під опіки біологічних батьків”.<sup>3</sup> У цій справі причини, наведені національними судами для відмови дитини в поверненні її батькові, не могли вважатися “особливо винятковими” обставинами, що виправдовують розрив сімейних зв'язків. ЄСПЛ неодноразово зазначав, що ст. 8 Конвенції включає право батьків на те, щоб було вжито заходів, спрямованих на

<sup>1</sup> Olsson v. Sweden (no. 1), 25.03.1988, App. No. 10465/83. URL: <https://precedent.in.ua/2016/04/09/olsson-protyv-shvetsyy/>

<sup>2</sup> Olsson v. Sweden (No. 2) (17 E.H.R.R. 134) App. No. 13441/87 30, October 1992. URL: [http://www.hrcr.org/safrica/dignity/olsson\\_sweden.htm](http://www.hrcr.org/safrica/dignity/olsson_sweden.htm)

<sup>3</sup> Аманалакьоай против Румынии : постановление от 26 мая 2009 г. № 4023/04 / Европейский Суд по правам человека. *Бюллетень Европейского Суда по правам человека*. 2009. № 10. С. 23 – 25.



возз'єднання з їхньою дитиною, а також зобов'язання національних органів влади вжити всіх необхідних для цього заходів.

Аналіз практики показує, що інтереси дитини можуть переважати над інтересами батьків. Наприклад, у рішенні по справі “Naase v. Germany” від 8 квітня 2004 р. Суд констатував: “якщо після того як діти були від'єднані від батьків, вони вже довгий час перебувають під новою опікою (проживають у новій сім'ї), небажаність для дітей нових змін у їхньому сімейному становищі може виявитись більш важливим фактором, аніж інтерес батьків у поверненні дітей”.<sup>1</sup>

У п. 76 рішення “М.С. проти України” від 11 липня 2017 р. ЄСПЛ, спираючись на рішення у справі “Мамчур проти України” від 16 липня 2015 р., зауважив, що при встановленні найкращих інтересів дитини в конкретній справі необхідно враховувати: 1) в найкращих інтересах дитини є збереження її зв'язків із сім'єю, крім випадків, коли доведено, що сім'я є непридатною або явно дисфункціональною; 2) в найкращих інтересах дитини забезпечити її розвиток в безпечному, надійному та стабільному середовищі, яке не є дисфункціональним.<sup>2</sup>

Щодо важливості врахування думки дитини, то ЄСПЛ у справі “Pini and Others v. Romania” дійшов висновку, що інтересу дітей відповідало врахування їхньої думки, адже вони вже досягли необхідного віку, коли така думка дитини повинна враховуватися, – за румунським законодавством таким віком вважається 10 років. У зв'язку з цим відмова, про яку вони послідовно заявляли після досягнення цього віку, є обставиною, що має певну вагу.<sup>3</sup>

По-третє, ЄСПЛ вважає, що стосунки між усиновлювачем і усиновленою дитиною, як правило, мають такий самий характер, як і стосунки в сім'ї, охоронювані ст. 8 Конвенції, і якщо стосунки виникають із законного і щирого усиновлення, то це можна вважати достатньою

умовою для застосування до них таких самих гарантій захисту, які ст. 8 Конвенції передбачає стосовно сімейного життя (див. рішення у справі “Pini and Others v. Romania”, пункти 140 і 148). У справі “Курочкін проти України” 20 травня 2010 р. ЄСПЛ вкотре підкреслив, що здійснення заходів із роз'єднання сім'ї є втручанням надзвичайно серйозного характеру. Рішення про вжиття такого заходу має спиратися на достатньо переконливі та зважені аргументи, що враховують інтереси дитини. В цій справі було визнано порушення ст. 8 Конвенції, оскільки рішення про скасування усиновлення було ухвалено на підставі висновку національних судів про те, що заявник не користувався авторитетом і не продемонстрував свою здатність забезпечувати належне виховання дитини. При цьому після скасування усиновлення хлопчик і далі проживав із заявником, і через кілька місяців він був призначений піклувальником дитини. Суд встановив, що такі подальші дії не підтверджують висновків національних судів про неспроможність заявника забезпечувати виховання дитини.<sup>1</sup>

По-четверте, доволі часто в рамках ст. 8 Конвенції ЄСПЛ розглядає питання контактів з дитиною та права на спілкування з нею того з батьків, що проживає окремо, або інших родичів. Так, громадянин Фінляндії Хокканен протягом 3 років навмисно обмежувався у контакті зі своєю дочкою, яку після смерті дружини виховували її батьки. У рішенні від 23 вересня 1994 р. ЄСПЛ вказав, що “обов'язок національних органів влади вживати заходів для полегшення возз'єднання сім'ї не є абсолютним, оскільки возз'єднання батьків з дитиною, яка деякий час прожила з іншими особами, може бути неможливо здійснити негайно і може вимагати проведення підготовчих заходів”. При цьому Суд вкотре підкреслив необхідність врахування найкращих інтересів дитини та її прав за ст. 8 Конвенції, а також зауважив, що “там, де контакти з батьками можуть загрожувати цим інтересам або втручатися в ці права, національні органи влади повинні дотримуватися справедливого балансу між ними” (п. 58).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Рішення у справі “Курочкін проти України” (Заява № 42276/08) від 20.05.2010. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_841](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_841)

<sup>2</sup> Hokkanen v. Finland. URL: <http://www.c-g.org.uk/camp/hr/hokkanen.htm>

<sup>1</sup> Рішення у справі “Хаас проти Німеччини” від 8.04.2004. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980\\_225/print](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_225/print)

<sup>2</sup> Рішення у справі “М.С. проти України” від 11 липня 2017 року. URL: <https://bh.cn.court.gov.ua/sud2501/pres-centr/news/405888/>

<sup>3</sup> Менджул М.В. Зміст принципу найкращих інтересів дитини та його практичне застосування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 56. Том 1. С. 89.

По-п'яте, предметом розгляду в ЄСПЛ є справи, пов'язані із позбавленням батьківських прав. У справі "Хант проти України" ЄСПЛ визнав порушення ст. 8 Конвенції, оскільки заявник не був залучений в провадження щодо позбавлення батьківських прав тією мірою, яка є достатньою для забезпечення захисту його інтересів, а державні органи вийшли за межі своєї дискреції і не забезпечили рівноваги між інтересами заявника та інших осіб. У п. 54 Суд нагадав, що між інтересами дитини та інтересами батьків повинна існувати справедлива рівновага, і, дотримуючись такої рівноваги, особлива увага має бути до найважливіших інтересів дитини, які за своєю природою та важливістю мають переважати над інтересами батьків. Зокрема, ст. 8 Конвенції не надає батькам права вживати заходів, які можуть зашкодити здоров'ю чи розвитку дитини (див. рішення у справі "Johansen v. Norway" від 7 серпня 1996 року, п. 78).<sup>1</sup>

Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував, що існує широкий консенсус, у тому числі в міжнародному праві, на підтримку ідеї того, що в усіх рішеннях щодо дітей мають переважати їхні найкращі інтереси (див. справу "Нойлінгур і Шурук", № 41615/07, § 135, 6 липня 2010 року, і "Х проти Латвії", заява № 27853/09, § 96, ЄСПЛ 2013 р.).<sup>2</sup> Таким чином, в практиці Європейського суду з прав людини принцип найкращих інтересів дитини постійно знаходить своє практичне втілення. Більше того, інтереси дитини, залежно від їх характеру та важливості, можуть переважати інтереси батьків.

Суди України також застосовують на практиці принцип забезпечення найкращих інтересів дитини. Так, Велика Палата Верховного Суду винесла постанову від 4 липня 2018 року, якою залишила в силі рішення суду першої та апеляційної інстанцій, якими надавався дозвіл

на тимчасовий виїзд дитини за межі України до Республіки Польща на 2017/2018 навчальний рік, а саме до 30 червня 2018 року, без згоди та супроводу батька. В мотивувальній частині було констатовано, що на сьогодні існує широкий консенсус, у тому числі в міжнародному праві, на підтримку ідеї про те, що в усіх рішеннях, що стосуються дітей, забезпечення їхніх найкращих інтересів повинно мати першочергове значення. При цьому при вирішенні питань, які стосуються її життя, дитині, здатній сформулювати власні погляди, має бути забезпечено право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що її стосуються, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю.

Ураховуючи встановлені обставини, зокрема те, що дитина проживає з матір'ю (проти чого відповідач не заперечує), яка забезпечує їй повний і гармонійний фізичний, розумовий, духовний, моральний і соціальний розвиток, а також рівень життя, необхідний для такого розвитку; заслухавши думку дитини та урахувавши те, що дитина тривалий час провела у Польщі, де вона зарахована на навчання, а мати має постійну роботу, житло і здатна забезпечити дитину усім необхідним, а також узявши до уваги положення ст. 157, 161 СК України, суди дійшли обґрунтованого висновку, що надання дозволу на тимчасовий виїзд дитини з матір'ю до Польщі із зазначенням певного періоду, на який видається такий дозвіл, відповідатиме найкращим інтересам дитини.<sup>1</sup> Цікавою є окрема думка до постанови Великої палати Верховного Суду від 16 жовтня 2018 року по справі № 2-о-73/2012, сформульована суддями О.Р. Кібенко, В.С. Князевим та О.Г. Яновською.

У самій постанові Велика Палата Верховного Суду вирішила заяву про перегляд ухвали Апеляційного суду Чернівецької області від 4 квітня 2013 року та ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 липня 2013 року у цивільній справі про усиновлення дитини задовольнити, вказані ухвали скасувати та справу передати на новий розгляд до суду апеляційної ін-

<sup>1</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 4 липня 2018 року, справа № 712/10623/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75266002>

<sup>1</sup> Рішення у справі "Хант проти України" (Заява N 31111/04) від 7 грудня 2006 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_126](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_126)

<sup>2</sup> Менджул М.В. Принцип найкращих інтересів дитини в практиці ЄСПЛ. *Чотирнадцяті юридичні читання. Проблеми імплементації національного законодавства до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. До 185-річчя НПУ імені М. П. Драгоманова; до 70-річчя Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України: матеріали міжнар. наук. конф., 17-18 квіт. 2019 року / ред. кол. : В. П. Андрущенко, Ю. С. Шемшученко та ін. Київ : Вид-во НПУ імені М. П. Драгоманова, 2019. С. 191-193.*

станції. Заява була подана після набрання сили рішення ЄСПЛ у справі “Лазоріва проти України”, винесеного 17 квітня 2018 року. ЄСПЛ у справі встановив, що стосунки заявниці та дитини не є такими, що підпадають під визначення “сімейного життя”, а ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не гарантує їй права на створення сім'ї у зв'язку з її можливим наміром встановити “сімейне життя” з її племінником, ставши його опікуном, відтак справа стосується охоронюваного цією статтею права на повагу “приватного життя” заявниці, і порушення стосувалося процесуального недоліку або провини з боку українських органів влади та судів. Зокрема, при вирішенні питання про усиновлення дитини органи влади та суди визнали намір заявниці встановити опіку над її племінником, але не розглянули його належним чином.<sup>1</sup>

У зв'язку з цим Велика Палата Верховного Суду мотивувала прийняття рішення тим, що не було встановлено порушення ст. 8 Конвенції в її матеріальному аспекті, а тому належним заходом індивідуального характеру буде повторний новий розгляд.<sup>2</sup>

Повертаючись до окремої думки суддів О.Р. Кібенко, В.С. Князева та О.Г. Яновської, то з нею важко не погодитися. Судді зауважили: “хоча у справі ЄСПЛ й констатував, що втручання у приватне життя заявниці не відповідало процесуальним вимогам статті 8 Конвенції, і можливим засобом досягнення *restitutio in integrum* у цьому випадку є повторний розгляд справи національними судами, все ж в цій справі питання забезпечення балансу інтересів з точки зору захисту прав дітей повинно бути пріоритетним. Отже, при розгляді цієї справи суди насамперед мають виходити з інтересів самої дитини, враховуючи при цьому сталі соціальні зв'язки, місце проживання, місце навчання, психологічний стан дитини тощо. Скасування рішення про усиновлення малолітнього призводить до скасування юридичної підстави проживання малолітнього із усиновителями, яких, можливо, і дитина,

і оточуючі сприймають як батьків дитини”.<sup>1</sup> Безперечно тривалий розгляд справи і потенційно ризик фактичного розлучення малолітньої дитини із сім'єю можуть мати негативні наслідки для неї і це суперечитиме принципу найкращих інтересів дитини.

Крім того, принцип найкращих інтересів дитини передбачає врахування думки дитини, якщо вона досягла такого віку і рівня розвитку, що може її висловити. Такі положення встановлені і на рівні міжнародних актів, зокрема ст. 12 Конвенції про права дитини та ст. 24 Хартії основних прав Європейського Союзу. Законодавство європейських держав також містить вимогу врахування думки дитини. Зокрема, право дитини бути вислуханою гарантується ст. 9 Закону Іспанії про правову охорону дитини, ст. 1879 та 1901 Цивільного кодексу Португалії, ст. 337 Цивільного кодексу Італії, ст. 338.1 Цивільного кодексу Франції тощо.

Крім того, принцип найкращих інтересів дитини застосовується і у питаннях щодо утримання дитини і призначення розміру аліментів. СК України визначає як порядок утримання неповнолітніх дітей (глава 15), так і виняткові підстави для утримання повнолітніх дочки, сина (глава 16). Безперечно важливим, в умовах формування ринкової економіки, зростання показників безробіття, а також перебування в “тіні” значної частини трудових відносин, є запровадження СК України можливості призначення аліментів не тільки у відсотках (частці) доходу, але і у твердій грошовій сумі.

Батьки можуть у договірному порядку визначити розмір та порядок сплати аліментів, а у разі неможливості дійти згоди рішення приймається судом. Відповідно до ст. 182 СК України визначено обставини, що мають бути враховані при визначенні розміру аліментів судом, а саме: стан здоров'я, матеріальний стан дитини та платника аліментів; чи є у платника аліментів ще діти, непрацездатний інший із подружжя, мати (батько); чи має платник аліментів на праві власності (володіння, користування) майно (майнові права), у тому числі грошові кошти, корпоративні права, виключні права на результати інтелектуальної

<sup>1</sup> Рішення у справі “Лазоріва проти України” (Заява № 6878/14) від 17.04.2018. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_d30](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d30)

<sup>2</sup> Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 жовтня 2018 року, справа № 2-о-73/2012. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77286377>

<sup>1</sup> Окрема думка суддів Великої Палати Верховного Суду Кібенко О.Р., Князева В.С., Яновської О.Г. в цивільній справі № 2-о-73/2012, провадження № 14-384звц18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77654150>

діяльності; чи були у платника аліментів витрати у зв'язку із придбанням нерухомого (рухомого) майна на суму понад десятикратний розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи, і при цьому не доказано джерело походження коштів; інші істотні обставини.

Для забезпечення найкращих інтересів дитини також у ч. 2 ст. 182 СК України закріплено, що розмір аліментів повинен бути достатнім і необхідним для гармонійного розвитку дитини. Мінімальногарантований розмір аліментів – 50 відсотків прожиткового мінімуму, який корелюється відповідно до віку дитини. Крім того, ст. 182 СК України окремо встановлює мінімальнорекомендований розмір аліментів на одну дитину, що має становити прожитковий мінімум відповідного до її віку. Проте такий розмір призначається судом, якщо достатнім є заробіток (дохід) у платника аліментів.

У 2017 році ст. 183 СК України доповнено частиною п'ятою, яка встановила можливість звернення до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів, і при цьому визначено розміри аліментів (на одну дитину – одна чверть, на двох дітей – одна третина, на трьох і більше дітей – половина заробітку (доходу), але не більше десяти прожиткових мінімумів на кожну дитину. На нашу думку, такі нововведення дуже доречні та сприяють утвердженню принципу найкращих інтересів дитини.

Власником аліментів є сама дитина, і згідно зі ст. 179 СК України, той із батьків (інший законний представник), хто отримує аліменти, має ними розпоряджатися тільки за цільовим призначенням і в інтересах дитини. Контроль за цільовістю використання аліментів покладено на орган опіки та піклування (ст. 186 СК України).

Погоджуємося із І. Апопій, що важливою гарантією стало встановлення можливості включення боржників по сплаті аліментів при наявності заборгованості понад три місяці до Єдиного реєстру боржників.<sup>1</sup> Такий акт має на меті запобігти відчуженню майна, на яке може бути звернено стягнення по виплаті заборгованості зі сплати аліментів.

Варто проаналізувати зарубіжний досвід щодо регулювання зобов'язань з утримання. У Великобританії аліменти можуть бути

стягнуті на користь дітей, народжених як у шлюбі, так і поза шлюбом. В рамках шлюбу (громадянського партнерства) або в процесі його розірвання, суд може стягнути аліменти на користь дитини у вигляді періодичних платежів, може також передати дитині майно у власність. Суд також може зобов'язати виплатити аліменти наперед або взамін зобов'язати передати певне майно. Крім того, майно може передаватися у довірчу власність на користь дитини до настання певної події (досягнення 18 років, здобуття повної середньої освіти або вищої освіти). Коли вказана подія настала, майно передається назад тому з батьків, хто його надав, у разі продажу майна, кошти від продажу повертаються батькам.

Аліменти у Великобританії сплачуються на дітей до досягнення 16-річного віку, а у випадку здобуття середньої освіти – до 20-річного віку. Дитина старше 18 років може звернутися до суду про стягнення аліментів на свою користь від одного чи обох батьків або отримати одноразову виплату, якщо вона має намір отримати освіту в навчальному закладі або якщо є особливі обставини (інвалідність, хвороба). Суд може змінити рішення про утримання дітей у таких випадках: покриття витрат, пов'язаних з навчанням або підготовкою до професії, навіть якщо дитина працює та отримує прибуток; якщо є додаткові витрати у зв'язку з інвалідністю дитини, незалежно від віку; якщо дитина продовжує здобувати повну середню освіту і є віком понад 20 років; якщо дитина проживає за кордоном, а платник аліментів (нерезидент) проживає в Англії та Уельсі; якщо дитина проживає в Англії та Уельсі, а платник аліментів (нерезидент) проживає за кордоном і не працює в цивільних, дипломатичних чи військових службах Великобританії; якщо платник аліментів помер.

За ірландським законодавством дитина має право на утримання до досягнення 18-річного віку або 23-річного віку, якщо вона продовжує навчання в школі, а також не залежно від віку – у випадку непрацездатності, якщо вона не в змозі утримувати себе.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Jennifer O'Brien. Family law in Ireland: overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-567-9207?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhpc=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-567-9207?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhpc=1)

<sup>1</sup> Апопій Інна. Нові аспекти визначення розміру аліментів на дитину та їх стягнення. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 9. С. 6.



Немає чіткої формули для розрахунку платежів по утриманню в державах ЄС. В той же час на рівні законодавства та судової практики є напрацьовані критерії, які мають бути враховані, зокрема фінансове становище кожної із сторін, а також потреби отримувача аліментів для досягнення справедливості в розрахунку відповідного утримання.

В ісламських державах обов'язок утримувати дітей покладається на батька. Наприклад, в АРС батько зобов'язаний утримувати дитину на рівні, що відповідає її потребам, дівчину – до заміжжя або поки, вона не буде заробляти достатньо.

Щодо утримання дітей в Канаді, то там затверджені обов'язкові Федеральні рекомендації підтримки дітей (1997 р.)<sup>1</sup>, які містять таблиці з рекомендованими сумами утримання для кожної провінції та території, що розраховані з урахуванням необхідних затрат (харчування, одяг, витрати з утримання житла, транспортні затрати), спеціальних затрат (літній відпочинок, освіта, позашкільні та медичні витрати) та рівня життя в різних територіях, а також ставок податку. Таким чином, розмір аліментів розраховується за допомогою математичної формули і генерується спеціальною комп'ютерною програмою. Федеральні рекомендації щодо підтримки дітей прийнято з метою встановлення справедливого стандарту утримання дітей, який гарантує, що вони продовжать користуватися фінансовими засобами обох батьків після розлучення, а також задля підвищення ефективності судового процесу та прийняття обґрунтованих судових рішень.<sup>2</sup> Подібну практику також варто запровадити в Україні.

Незважаючи на багато нововведень, спрощення судового розгляду справ про стягнення аліментів, в Україні залишається багато невиконаних судових рішень про стягнення аліментів. За даними Міністерства юстиції України за перше півріччя 2019 року було стягнуто 3,2 млрд. грн. заборгованості по сплаті аліментів, а загалом – 7,8 млрд грн. Обмежувальні заходи (заборона виїзду за кордон, керування ав-

томобілем, користування зброєю, заборона полювання) накладено на 126 тисяч осіб, на майже 60 тисяч боржників накладено штрафи (20% – 50% від суми боргу), 44 тисячі осіб притягнуто до суспільно-корисних робіт.<sup>1</sup>

Здебільшого боржниками по сплаті аліментів є чоловіки, проте згідно з офіційним повідомленням заступника Міністра юстиції з питань виконавчої служби, станом на 15 серпня 2019 р. на виконанні знаходиться 17 439 виконавчих проваджень щодо стягнення аліментів з жінок, з яких тільки 6671 сплачують аліменти, а інші мають заборгованість, загальна сума якої становить 626 619 063 грн. Причини несплати аліментів жінками різні: аморальний спосіб життя (7805), відбування покарання (198), відпустка по догляду за іншою дитиною (437), відсутність майна, постійного доходу та інші (2247).<sup>2</sup>

За даними Управління державної виконавчої служби головного територіального управління юстиції у Закарпатській області, станом на 27 травня 2019 р. на виконанні було 11742 виконавчих провадження про стягнення аліментів, з яких по 6196 систематично здійснюється оплата, заборгованість є по 4844 виконавчим провадженням. Із загальної кількості боржників 195 оголошено у розшук, 12 перебувають у місцях позбавлення волі, щодо 4057 винесено постанови про встановлення тимчасових обмежень (99,8% щодо права виїзду за кордон).

За невиконання зобов'язання із сплати аліментів виникає майнова відповідальність у вигляді неустойки (пені), порядок розрахунку і сплати якої визначено ст. 196 СК України. Велика Палата Верховного Суду у постанові від 25 квітня 2018 р. роз'яснила порядок розрахунку пені і навіть запропонувала формулу такого розрахунку. Зокрема, обґрунтовано, що при стягненні пені в розмірі 1 відсотка від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення загальна сума вира-

<sup>1</sup> Петренко Павло: ініціатива уряду Гройсмана #ЧужихДітейНеБуває дала можливість стягнути на користь дітей 7,8 млрд грн боргів з аліментів. URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/pavlo-petrenko-initsiativa-uryadu-groysmana-chujihditeynebuvaedala-mojlivist-styagnuti-na-korist-ditey-78-mlrd-grn-borgiv-z-alimentiv>

<sup>2</sup> Глущенко Світлана: Більше 10 тисяч жінок мають заборгованість зі сплати аліментів. URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/svitlana-gluschenko-bilshe-10-tisyach-jinok-mayut-zaborgovanist-zi-splati-alimentiv>

<sup>1</sup> Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175. URL: <https://www.canlii.org/en/ca/laws/regu/sor-97-175/latest/sor-97-175.html>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Основні засади правового регулювання сімейних відносин у Канаді. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2019. Вип. 55. Том 1. С. 129.

ховується із врахуванням кількості днів прострочення. Оскільки аліменти сплачуються кожного місяця, то відповідно буде різний строк виконання зобов'язання по утриманню, відповідно кількість днів прострочення залежить від кількості днів у місяці. Запропонована формула передбачає сумування заборгованості, нарахованої за кожен місяць прострочення, а місячна заборгованість вираховується із врахуванням кількості днів прострочення у відповідному місяці.<sup>1</sup> Проте вже через рік у постанові Великої Палати Верховного Суду від 3 квітня 2019 р. вказана формула була названа помилковою, хоча вірним було констатоване загальне правило до вирахування пені, згідно з яким обчислення загальної суми передбачає вирахування розміру несплачених аліментів за кожен місяць із врахуванням кількості прострочених днів за кожен платіж окремо. Строк прострочення починає перебіг з першого дня наступного місяця, за яким мав бути внесений періодичний платіж, до попереднього дня, в якому сплачено заборгованість. Крім того, запропоновано більш чітку формулу розрахунку місячної заборгованості: розмір заборгованості аліментів за місяць помножений на кількість днів заборгованості та помножений на 1%.<sup>2</sup>

Важливо зазначити, що поряд із аліментами є можливість стягнути із платника аліментів додаткові витрати на дитину, що зумовлюють особливі обставини (розвиток здібностей у дитини, хвороба, каліцтво і т.п.). У постанові Верховного Суду від 23 травня 2018 р. було відмовлено у задоволенні касаційної скарги та залишено в силі рішення Апеляційного суду Одеської області від 31 серпня 2017 р., оскільки, скасувавши рішення місцевого суду в частині стягнення щомісячно наперед додаткових витрат на утримання дітей, апеляційний суд правильно врахував, що додаткові витрати повинні розраховуватися з урахуванням передбачуваних або фактичних витрат на дитину і не було доведено потребу у стягненні додаткових витрат кожного місяця.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Постанова Великої Палати Верховного суду від 25 квітня 2018 р. № 572/1762/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75296544>

<sup>2</sup> Постанова Великої Палати Верховного суду від 3 квітня 2019 р. № 333/6020/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81573936>

<sup>3</sup> Постанова Верховного Суду від 23 травня 2018 р. № 523/7461/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74439949>

За загальним правилом виплата аліментів припиняється з повноліттям дитини (у випадку продовження навчання і потреби у матеріальній допомозі – досягнення 23 років), а також може бути батьків звільнено від сплати аліментів (ст. 188 СК України) та припинено їх виплату через набуття дитиною права власності на нерухоме майно (ст. 190 СК України). Логічним є висновок національних судів про припинення сплати аліментів у разі, якщо діти за рішенням уповноваженого органу (органу опіки і піклування) починають жити з платником аліментів і переходять на повне його утримання.<sup>1</sup>

Таким чином, принцип найкращих інтересів дитини є одним з фундаментальних принципів, який закріплений в міжнародних актах та національному законодавстві України, знайшов своє сутнісне наповнення в практиці ЄСПЛ і застосовується національними судами. На нашу думку, принцип найкращих інтересів дитини означає пріоритетне врахування батьками, законними представниками дитини, органами влади, судом та іншими особами інтересів дитини при вчиненні дій або прийнятті ними рішень, які спрямовані на задоволення будь-яких індивідуальних потреб дитини відповідно до її віку, статі, стану здоров'я та особливостей розвитку. Державна політика відповідно до вказаного принципу має бути дитиноцентричною.

Принцип найкращих інтересів дитини передбачає врахування думки дитини. Зокрема, у кожному випадку, що стосується прав та інтересів дитини, батьки, особи що їх замінюють, органи державної влади мають заслухати дитину, яка має право вільно висловлювати свою думку щодо її прав, майна, а також щодо питань, які стосуються сім'ї. Сімейний кодекс України чітко не встановлює, з якого віку повинна враховуватися думка дитини, тому, на нашу думку, частину 1 статті 171 СК України слід викласти в такій редакції: “1. Думка дитини враховується при вирішенні всіх питань, що стосуються її життя, прав, обов'язків та інтересів. Дитина має право бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами, судом з семирічного віку або іншого віку, якщо вона досягла такого рівня розвитку, що може висловити думку”.

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 25 червня 2018 р. у справі № 753/23672/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74963828>

Враховуючи проведені дослідження, пропонуємо СК України доповнити новою статтею такого змісту: “Забезпечення найкращих інтересів дитини.

1. При вирішенні будь-якого питання щодо дитини учасники сімейних відносин, інші особи, органи державної влади та місцевого самоврядування, суд керуються принципом найкращих інтересів дитини.

2. При розгляді будь-якого питання, що стосується дитини, з метою забезпечення найкращих інтересів дитини, необхідно враховувати: користь для дитини; вік, стан здоров'я дитини та будь-які її особливі характеристики; матеріальні, психологічні, емоційні та інші потреби дитини, з урахуванням її віку та розвитку; думку дитини, якщо вона може її висловлювати; можливий вплив на дитину будь-яких змін та обставин; характер відносин між дитиною та іншим учасником (батьками, іншими родичами та особами, які беруть участь у вихованні дитини), якщо питання, яке розглядається, стосується таких відносин.

3. У всіх питаннях, що стосуються дитини, компетентні органи повинні діяти негайно, одночасно захищаючи інтереси та права дитини. У разі неможливості негайного вирішення питання строк розгляду має бути розумним задля гарантування найкращих інтересів дитини.

4. З метою гарантування найкращих інтересів дитини суд може прийняти рішення про спільну опіку або про опіку над дитиною (дітьми) одним із батьків, без позбавлення батьківських прав іншого, а також вирішити про право на контакт того з батьків, хто проживає окремо.

5. При вирішенні питання про місце проживання дитини суд може прийняти ухвалу про тимчасове місце проживання дитини до винесення остаточного рішення по справі”.

#### 4.5. Застосування інших принципів сімейного права у сфері охорони шлюбу та сім'ї

Динамічна трансформація сімейних відносин останніми роками зумовлює зміну правового регулювання таких відносин, і відповідно впливає на розвиток принципів та сімейного права в цілому. Безпере-

чно система принципів сімейного права є динамічною та незамкненою, і може доповнюватися новими принципами в рамках як окремих інститутів, так і сімейного права загалом. В попередніх підрозділах ми дослідили ряд принципів сімейного права, проте кожен із них, а також проаналізовані в цьому підрозділі, мають важливе значення для охорони та регулювання сімейних відносин.

У третьому розділі ми дослідили дію принципу рівності на трансформацію інституту шлюбу. Водночас варто також зупинитися на аналізі такого принципу як моногамія.

В Україні, а також на теренах ЄС, в США та Канаді принцип одношлюбності є традиційним і спільним для вказаних держав. Він має своє закріплення як у цивільному (ст. 1306 Німецького цивільного укладення, ст. 8 ЦК Австрії, ст. 273, ч. 1 ст. 293 Цивільного кодексу Румунії, ст. 3.3 та 3.16 ЦК Литви, ст. 33 та 42 ЦК Нідерландів, ст. 96 ЦК Швейцарії, ст. 125 ЦК Монако тощо), так і сімейному законодавстві (ст. 25 СК України, ст. 13 Кодексу про сім'ю та опіку Польщі, ст. 9 СК Албанії, ст. 26 СК Словенії, ст. 4 Сімейного закону Естонії та інші).

Порушення принципу моногамії є підставою для визнання шлюбу недійсним в Україні, і з цього питання вже склалася відповідна судова практика (рішення Галицького районного суду м. Львова 12 вересня 2017 р.<sup>1</sup>, рішення Печерського районного суду м. Києва 25 лютого 2016 р.<sup>2</sup> та інші).

В той же час, принцип моногамії не є загальним для всіх держав світу і, зокрема, відомим є факт, що у багатьох мусульманських державах допускається полігамія. Наразі, укладення другого шлюбу при наявності попереднього в мусульманських державах супроводжується обмеженнями та умовами, в тому числі наявністю фінансових можливостей утримувати ще одну дружину, згода першої дружини на другий шлюб та інші. Наприклад, ст. 3 Закону про шлюб Індонезії встановлює, з одного боку, що у шлюбі чоловік може мати тільки дружину, а жінка тільки чоловіка (ч. 1), з іншого боку у частині другій

<sup>1</sup> Рішення Галицького районного суду м. Львова 12 вересня 2017 р. у справі № 461/3785/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68960739>

<sup>2</sup> Рішення Печерського районного суду м. Києва 25 лютого 2016 р. у справі № 757/39418/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56319468>

встановлює, що суди можуть надавати чоловікові дозвіл мати більше однієї дружини за бажанням зацікавлених сторін. Умови, які повинні бути дотримані для отримання дозволу на другий шлюб, визначені у ст. 5 Закону про шлюб Індонезії, зокрема: надання згоди першою дружиною; можливість чоловіка забезпечувати потреби своїх дружин та дітей; гарантування справедливого ставлення до своїх дружин і дітей. Згода першої дружини не вимагається, якщо вона не може її дати або про її місце знаходження не відомо понад два роки.<sup>1</sup> Конституційний суд Індонезії у 2007 році розглядав звернення про скасування обмежень на полігамію, і в рішенні залишив норми закону в силі, мотивуючи тим, “що вони спрямовані на захист основних прав існуючих та майбутніх жінок”.

Сімейний кодекс Марокко 2004 року також обмежив полігамію – зокрема, суддя не дає дозвіл на другий шлюб, якщо не встановить, що чоловік може забезпечити справедливі, нарівні з першою дружиною та її дітьми умови життя, шлюбним договором передбачено заборону на укладення другого шлюбу. Крім того, для укладення другого шлюбу обов'язково потрібна згода першої жінки, а також друга дружина має бути поінформована, що це повторний шлюб. Подібні обмеження запроваджені у багатьох мусульманських державах.

Полігамія заборонена в Тунісі та Туреччині. Так, при обґрунтуванні заборони полігамії в ст. 18 Туніського Закону про особистий статус (1956 р.) використовувався аргумент, що фактично “справедливе ставлення” не можливо забезпечити всім дружинам. За порушення заборони полігамії настає відповідальність як для чоловіка, так і для жінки у вигляді року ув'язнення або штрафу в розмірі двохсот сорока тисяч туніських франків.

Щодо мусульманських держав, які перебували у складі СРСР (Казахстан, Киргизстан, Таджикистан, Туркменістан, Узбекистан та Азербайджан), то в них на законодавчому рівні встановлено моногамію. Проблема полягає в тому, що значна частина населення сповідує іслам, і на практиці непоодинокі випадки наявності декількох шлюбів, які оформ-

люються за релігійними обрядами. Для боротьби з такою ситуацією, до прикладу, в Туркменістані 19 червня 2018 р. внесено зміни в Сімейний кодекс, і ст. 7 доповнено новою частиною про те, що “у Туркменістані не допускається багатоженство, під яким розуміють відносини з двома або кількома жінками одночасно при спільному веденні господарства”.<sup>1</sup> Крім того, багатоженство є криміналізованим, наприклад в Туркменістані та Киргизстані. Г. Караханян зауважує, що більше двох тисячоліть і світські, і релігійні закони Вірменії пропагують одношлюбність. Будучи проти двошлюбності та багатошлюбності, науковця занепокояють позиції окремих авторів, які навіть пропонують в Конституції дозволити двошлюбність та багатошлюбність.<sup>2</sup>

Незважаючи на переважаючий принцип полігамності, все більше в ісламських державах моногамних сімей, в тому числі через матеріальні причини, – більшість мусульманських чоловіків не в змозі надати однакове фінансове утримання та створити рівні умови для більш як однієї дружини. В таких державах як Туніс, АРС, Йорданія, Туреччина тощо все більшого поширення набуває ситуація, коли обоє з подружжя працюють.

Ще одним важливим принципом сімейного права є формалізованість шлюбу, який вимагає дотримання певних умов та порядку укладення шлюбу. В Україні до прикладу є обов'язкою державна реєстрація шлюбу, яка по суті є конститутивною ознакою, що відрізняє шлюб від фактичного союзу. Більше того, згідно ч. 3 ст. 21 СК України проведення релігійного обряду не є підставою для визнання державою шлюбу укладеним.

На відміну від України, законодавство багатьох європейських держав визнає не тільки шлюб, зареєстрований органами державної влади, але і укладений в церкві. Наприклад, відповідно до ст. 657 Цивільного кодексу Чехії, шлюбом є союз чоловіка та жінки, який може бути зареєстрований органом державної влади, що уповноважений здійснювати

<sup>1</sup> Закон Туркменистана о внесении изменений и дополнений в Семейный кодекс Туркменистана. URL: <http://www.parahat.info/law/parahat-info-law-02ce>

<sup>2</sup> Караханян Г. Семья в свете Конституции Республики Армения. URL: [http://www.concourt.am/armenian/con\\_right/3.25-2004/kharakhanyan.htm](http://www.concourt.am/armenian/con_right/3.25-2004/kharakhanyan.htm)

<sup>1</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. URL: [http://hukum.unsrat.ac.id/uu/uu\\_1\\_74.htm](http://hukum.unsrat.ac.id/uu/uu_1_74.htm)



таку реєстрацію, або церквою.<sup>1</sup> Церковний обряд укладення шлюбу визнається за законодавством Данії, Італії, Ісландії, Латвії, Литви, Норвегії, Польщі, Португалії, Словаччини, Швеції та інших держав.

Досить цікавим є досвід Шотландії, в якій до 4 травня 2006 року визнавалися як формальні, так і неформальні шлюби. До Закону про шлюб 1939 р. в Шотландії, дотримуючись принципів канонічного права, визнавалися три типи неформального шлюбу: 1) шлюб “*per verba de praesenti*”, коли особи, без будь-яких свідків, взаємно задекларували, що беруть один одного за чоловіка і дружину; 2) шлюб “*per verba de futuro subsequente copula*” вважався укладеним, коли сторони домовилися одружитися на майбутню дату і мали статевий контакт (ці два шлюби не можна було укласти з 1 липня 1940 р.); 3) шлюб, який вважався укладеним, у зв'язку із спільним проживанням чоловіка і дружини, які погодилися жити разом і вважалися одруженими серед близьких та знайомих (третій тип неформального шлюбу не можна укласти з 4 травня 2006 року). Неформальні шлюби, укладені до внесення змін у законодавство, є дійсними.<sup>2</sup>

Прояви формалізованості шлюбу є різним у різних державах, проте дотримання встановлених законом умов та порядку укладення шлюбу є необхідними вимогами для визнання його дійсним.

Важливе значення останніми роками у регулюванні сімейних відносин відіграє принцип свободи договору, який явно зафіксований у ч. 2 ст. 7 та ст. 9 СК України. При чому, у положенні ст. 9 СК України чітко визначено, що усі учасники сімейних відносин, права яких регулюються та не регулюються СК України, мають право укласти договори, якими визначати свої сімейні права та обов'язки. Межею договірної свободи учасників сімейних відносин є норми СК України, інших законів та моральні засади суспільства.

Крім вказаних норм, СК України встановлює, що: 1) учасники сімейних відносин можуть договором визначити способи захисту прав та інтересів, у тому числі підстави та порядок компенсації матеріаль-

ної та моральної шкоди (ч. 2 ст. 18); 2) подружжя має право укласти між собою договори щодо відчуження майна (ст. 64), порядку користування майном (ст. 66) та поділу спільного сумісного майна (ст. 69); 3) подружжя може шлюбним чи іншим договором змінити розмір часток у спільному майні (ст. 70); 4) подружжя може укласти договір про надання утримання (ст. 78) та припинення утримання (ст. 89); 5) наречені та подружжя мають право укласти шлюбний договір (ст. 92-103); 6) батьки можуть укласти договір про місце проживання та порядок виховання дітей (ч. 1 ст. 109, ч. 4 ст. 157), а також договір про розмір аліментів на дитину (ч. 2 ст. 109, ст. 189); 7) батьки можуть укласти договір про припинення виплати аліментів через набуття дитиною права власності на нерухоме майно (ст. 190); 8) орган опіки та піклування та патронатний вихователь можуть укласти договір про патронат (ст. 253); 9) із прийомними батьками може бути укладено договір про влаштування дитини до прийомної сім'ї (ст. 256-4); 10) може бути укладено договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу (ст. 256-8.).

Таким чином, в силу диспозитивного регулювання сімейних відносин СК України містить правове підґрунтя для укладення різного роду договорів, навіть таких, які ним не передбачені, але не будуть суперечити нормам закону та моральним засадам суспільства.

С.М. Бервено, досліджуючи поняття договору, серед його основних ознак виділив те, що договір є юридичним фактом, який породжує виникнення цивільних прав та обов'язків, а також, що договір є результатом внутрішньої волі суб'єктів правочину та її реалізації через взаємне волевиявлення.<sup>1</sup> Така позиція є обґрунтованою, і вочевидь вказані сутнісні ознаки притаманні всім договорам, в тому числі тим, що укладаються учасниками сімейних відносин.

Договір у сімейному праві розглядають як: 1) юридичний факт, що призводить до виникнення, зміни чи припинення сімейних індивідуальних правових відносин<sup>2</sup>; 2) різновид приватно-правового

<sup>1</sup> Občanský zákoník, 22.03.2012. URL: <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89>

<sup>2</sup> Менджул М.В. Принципи правового регулювання сімейних відносин у Великобританії та Ірландії. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2018. № 36. Т. 2. С. 43.

<sup>1</sup> Бервено С.М. Проблеми договірної права України : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 13-14.

<sup>2</sup> Явор О. Договір як юридичний факт у сімейному праві. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 4 (79). С. 128.

договору, що залежить від сімейно-правового статусу особи, і тому при його укладенні важливе значення відіграють такі факти як шлюб, споріднення, влаштування дитини без батьківського піклування<sup>1</sup>; 3) правочин між фізичними особами, які пов'язані сімейно-правовим статусом, що зумовлює виникнення, зміну чи припинення сімейних особистих немайнових та (або) майнових прав і обов'язків.<sup>2</sup> З вказаними позиціями варто погодитися, аджк сімейно-правовий договір є як різновидом приватно-правового договору, так і правочином, і може розглядатися і як юридичний факт, оскільки призводить до виникнення, зміни чи припинення сімейних прав та обов'язків.

Вірним є висновок І. Жилінкової, що межа між цивільно-правовим та сімейно-правовим договором досить умовна, так як на думку науковиці сімейно-правовий договір “впритул” підходить до цивільно-правового договору.<sup>3</sup> Єдине, на нашу думку, виняток становлять договори про патронат, про влаштування дитини до прийомної сім'ї, а також про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу, які, на нашу думку, мають приватно-публічний характер.

Комплексний характер має шлюбний договір, і варто погодитися із Гриняком А.Б., що це зумовлено можливістю встановлювати різні умови як щодо майна подружжя, так і щодо утримання один одного, а також може укладатися щодо майна, яке можливо буде набуто у майбутньому.<sup>4</sup> Більше того, у шлюбному договорі укладеному подружжям, що мають різне громадянство, може міститися угода про вибір суду, що обґрунтовано в окремій публікації Діковської І.А.<sup>5</sup> Безпере-

чно, це тільки підтверджує комплексність шлюбного договору.

До договорів, що опосередковано пов'язані із сферою сімейних відносин Розгон О.В. пропонує відносити передшлюбні договори, які пов'язані із приготуванням до шлюбу та весіллям, договір про державну реєстрацію шлюбу за 24 години, договір сурогатного материнства та договір наставництва.<sup>1</sup> Вказана позиція науковиці підтверджує динамічний розвиток сімейних відносин і появу в силу принципу свободи договору нових правочинів, що потребують окремих детальних досліджень.

В державах ЄС договори можуть бути укладені і між особами однієї статі, які проживають однією сімєю. Наприклад, в Естонії 9 жовтня 2014 р. прийнято спеціальний закон, який регулює спільне проживання та реєстрацію партнерства особами однієї статі (набув чинності 1 січня 2016 р.).<sup>2</sup> Згідно зі ст. 1 вказаного закону навіть особа з обмеженою дієздатністю, при усвідомленні наслідків, може укласти договір про спільне проживання. Стаття 2 встановлює такі обмеження для укладення договору про спільне проживання: а) договір не може бути укладений між особами, принаймні одна з яких перебуває у шлюбі, або вже є дійсний договір про спільне проживання з іншою особою; б) договір не може бути укладений між особою і її нащадком по прямій лінії; в) особа не може укласти договір про спільне проживання зі своєю сестрою, братом, рідною та усиновленою дитиною. Такий договір обов'язково укладається в письмовій формі та нотаріально посвідчується. У договорі зареєстровані партнери можуть визначити порядок надання взаємного утримання або ж передбачити поширення на них норм про утримання, визначених законом для подружжя.

Закріплення у СК України принципу свободи договору не дозволяє укладати договори про спільне проживання чи партнерство між особами однієї статі, оскільки наразі такі договори є недійсними з підстав їх суперечності існуючим моральним засадам українського суспільства.

<sup>1</sup> Розгон О.В. Договори у сімейному праві України : монографія. Київ: Ін Юре, 2018. С. 246-301.

<sup>2</sup> Kooseluseadus, 09.10.2014. URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/116102014001>

<sup>1</sup> Дутко А.О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 3. С. 136-137.

<sup>2</sup> Михальнюк О. Поняття та особливості сімейно-правового договору. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2013. № 4(98). С. 31.

<sup>3</sup> Жилінкова І. Особливості законодавчих конструкцій сімейно-правових договорів. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 1(64). С. 87-88.

<sup>4</sup> Гриняк А. Окремі аспекти укладення шлюбного договору за цивільним та сімейним законодавством України. *Історико-правовий часопис*. 2014. Вип. 2. С. 62-63.

<sup>5</sup> Iryna Dikovska. Can a Choice-of-Court Agreement Included in a Marriage Contract Meet the Requirements of both EU Succession and Matrimonial Property Regulations? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 2019. Vol. 15. P. 299-300.

Отже, приватно-правовий принцип свободи договору знайшов своє реальне втілення у нормах сімейного права, зумовив розвиток договірної регуляції сімейних відносин. Принцип свободи договору у сімейному праві встановлює право вільного вибору сторони-контрагента по договору, право вільно погодитися чи відмовитися від укладення договору та визначати його умови, у тому числі сімені права та обов'язки, підстави припинення та дострокового розірвання, відповідальність за невиконання і т.п.

Проте свобода договору у сімейному праві не є абсолютною, насамперед межі визначаються нормами закону, моральними засадами суспільства, а також типовими умовами для окремих видів сімейно-правових договорів (про патронат, про влаштування дитини до прийомної сім'ї та про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу).

Тісно пов'язані із принципом найкращих інтересів дитини принципи визначеності батьківства, відповідального батьківства та принцип неможливості відмови від батьківських прав та від прав дитини.

Отож, кожна дитина має право знати про своє походження і відповідно, хто є її батьками. Цікавим є досвід законодавчого регулювання цього питання у нордичних державах. Закон про дітей та батьків Норвегії встановлює, що держава зобов'язана встановити, хто є батьком та матір'ю дитини (ст. 5). З аналізу норм Закону про батьківство Швеції, що був прийнятий 10 червня 1949 р. та набув чинності 1 січня 1950 р.<sup>1</sup>, можна стверджувати, що так само закріплено принцип визначеності батьківства, оскільки розділ 2 вказаного акта покладає обов'язок на державу в особі комітету соціального забезпечення у разі якщо жінка не заміжня, визначити справжнього батька дитини.

Вперше у Фінляндії Закон про батьківство був прийнятий в 1975 р. (набув чинності 1 жовтня 1976 року). На разі, якщо дитина не є народжена у шлюбі, батьківство може бути встановлена на основі визнання самою особою себе батьком чи за рішенням суду. У 2013 році батьківство було підтверджено на підставі визнання батька у 23450

випадках, що становить 95,8% від всіх дітей народжених поза шлюбом, і 40,3% від усіх народжених дітей. Науковці провели також дослідження оскарження фактів батьківства протягом 2004–2013 років, і встановили, що кількість помилкового батьківства коливається у проміжках від 0,1% до 0,2% щороку. Проте науковці зауважують, що цей показник вище (близько 3,7%), оскільки не завжди помилкове батьківство оскаржується в судовому порядку.<sup>1</sup>

Досить незвичною для українського сімейного законодавства є ст. 14 Закону про материнство Фінляндії від 20 квітня 2018 р., яка встановлює можливість визначити материнство до народження. Зокрема, жінка може, повідомляючи про народження дитини, визнати, що вона є матір'ю. Відповідна декларація оформлюється у присутності вагітної жінки, свідка, за участі медсестри (або акушерки) у медичному закладі, в якому отримує медичну допомогу вагітна жінка. Визнання не здійснюється, якщо: 1) вагітна жінка проти такого визнання; 2) особа свідка або вагітної жінки не була достовірно ідентифікована; 3) є підстави вважати, що вагітна жінка або свідок не в змозі зрозуміти важливість визнання через її душевний стан, мовні труднощі або інші причини. Згідно зі ст. 20 вказаного Закону декларація про визнання материнства негайно надсилається до муніципалітету.<sup>2</sup>

СК України порядок визначення походження дитини регулює у главі 12 (ст. 121–140) і, зокрема, ст. 122 встановлює презумпцію батьківства: якщо дитини народжена у шлюбі чи до закінчення десяти місяців після припинення чи визнання шлюбу недісним, батьком вважається чоловік жінки у шлюбі. Також важливими гарантіями, з позиції прав дитини, є встановлені СК України норми про: 1) порядок визначення батьків дитини при застосуванні репродуктивних технологій (ст. 123); 2) встановлення можливості визначення походження дитини, якщо батьки не перебувають у шлюбі, за їх спільною заявою або рішенням суду (ст. 125, 126 та 128); 3) встановлення строків позовної давності для

<sup>1</sup> Hallituksen esitys eduskunnalle isyyslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. HE 91/2014. URL: <https://www.finlex.fi/fi/esitykset/he/2014/20140091>

<sup>2</sup> Äitiyslaki. Helsingissä 20 päivänä huhtikuuta 2018. 253/2018. URL: <https://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2018/20180253>

<sup>1</sup> Föräldrabalk, (1949:381). URL: [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldrabalk-1949381\\_sfs-1949-381](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/foraldrabalk-1949381_sfs-1949-381)

оспорення батьківства та материнства (ст. 129, 138, 139): 4) закріплення неможливості оспорити батьківство, якщо під час реєстрації особа знала, що не є батьком дитини, або дала згоду на застосування допоміжних репродуктивних технологій (ч. 5 ст. 136); 5) можливість здійснити запис про батька дитини за вказівкою матері, а також про обох батьків за заявою родичів, інших осіб та уповноваженого представника медичного закладу, де народилася дитина (ч. 1 ст. 135); 6) здійснення державної реєстрації народження дитини за рішенням органу опіки та піклування у випадку, коли батьки невідомі (ч. 2 ст. 135).

Важко погодитися із положенням ч. 4 ст. 136 СК України про те, що не можна оспорити батьківство у випадку смерті дитини. Варто в цій нормі, додати виключення, що “окрім випадків визнання батьківства іншою особою”. Оскільки, для певної особи, яка є генетичним батьком і для тієї особи, яка ним не являється, може бути важливою реєстрація факту біологічного батьківства.

Щодо такого принципу як неможливість відмови від батьківських прав та від прав дитини, то вірно обґрунтовує Л.В. Красицька, що неможливість здійснити відмову від дитини та відмову від батьків є принципом здійснення прав батьків та дітей, і така вимога, ідея є ціннісним орієнтиром, яким мають керуватися мати, батько і дитина під час здійснення своїх прав. Також ми погоджуємося із науковицею, що надання батьками згоди на усиновлення дитини є не формою відмови від неї, а актом реалізації батьками права дати згоду на усиновлення дитини для забезпечення, на їхню думку, інтересів дитини.<sup>1</sup> Проте, на нашу думку, принцип неможливості відмови від батьківських прав та від прав дитини є не тільки принципом здійснення батьківських прав, а принципом сімейного права, оскільки впливає на регулювання сімейних відносин різними інститутами сімейного права.

Інститут позбавлення батьківських прав спрямований як на захист прав дитини, так і на забезпечення її інтересів. При цьому варто зазначити, що мати (чи батько) не може звернутися до суду про позбавлення її (його) батьківських прав (ст. 165 СК України). Саме тому

цей інститут слід розглядати не як форму відмови від дитини, а як міру та вид сімейно-правової відповідальності. Те, що позбавлення батьківських прав є крайнім заходом впливу, підтверджено і судовою практикою. Суди враховують, що подати позов має право один із батьків, коли інший ухиляється від виконання обов'язків, а саме коли не піклується про фізичний та духовний розвиток дитини, її навчання, а також не здійснює підготовки дитини до самостійного життя.

У постанові Верховного Суду від 21 серпня 2018 р. конкретизовано прояви невиконання батьківських обов'язків, а саме: незабезпечення необхідним харчуванням, медичним доглядом, лікуванням дитини, що має негативний вплив на її фізичний розвиток як складову виховання; неспілкування з дитиною в такому обсязі, який необхідний для її нормального самоусвідомлення; ненадання дитині доступу до культурних та інших духовних цінностей; несприяння у засвоєнні дитиною загальноновизнаних моральних норм; виявлення інтересу до внутрішнього світу дитини; нестворення умов для здобуття дитиною освіти. Проте суди зазначають, що ухиленням від виховання дитини буде як сукупність вказаних проявів, так і принаймні один з них, але тільки при умові винної поведінки та свідомого нехтування обов'язками.<sup>1</sup>

Важливим є також принцип відповідального батьківства, який передбачає, що кожен із батьків однаковою мірою несе відповідальність за розвиток та виховання дитини відповідно до її віку. Змістовні елементи принципу відповідального батьківства зафіксовані у ст. 150 СК України.

Усталеною є практика закріплення принципу відповідального батьківства у законодавстві європейських держав, наприклад, у Законі про дітей 1995 р. Північної Ірландії<sup>2</sup>, який до того був вироблений судовою практикою. Крім того, суд не втручається у сімейне виховання, якщо цього не потрібно для забезпечення інтересів дитини, але коли

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 21 серпня 2018 р. № 127/24670/15-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76290722>

<sup>2</sup> The Children (Northern Ireland) Order 1995. URL: <http://www.legislation.gov.uk/nisi/1995/755/article/3/made>

<sup>1</sup> Красицька Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Вінниця, 2015. С. 160-161.



це необхідно, втручання повинно бути без затримок, щоб не зашкодити добробуту дитини.<sup>1</sup>

Не може бути обмежень у правах та інтересах дітей народжених у шлюбі та поза ним, і відповідно однаковий обсяг батьківських прав та обов'язків щодо таких дітей. Проведений аналіз статистичних даних показав суттєве збільшення кількості дітей, народжених поза шлюбом, в Україні. Якщо у 1991 році кількість таких дітей становила 11,9% від усіх народжених дітей, то у 2018 – 20,5% (додаток 2).

Збільшення кількості дітей, народжених поза шлюбом, є загальноєвропейською тенденцією. Наприклад, в Ірландії у 1995 році таких дітей було 10 788 (22,2% від загальної кількості), у 2003 – вже 19 313 (31,4% від загальної кількості).<sup>2</sup> За даними перепису населення 2011 року в Ірландії 35% дітей народилися за межами традиційної сім'ї.<sup>3</sup> У Фінляндії щорічно народжується близько 60 000 дітей, проте якщо у 1975 році майже 90% дітей народилися у шлюбі, то у 2013 – таких дітей було близько 60%, і відповідно поза шлюбом народилося коло 40%.<sup>4</sup>

Розірвання шлюбу не може вплинути на право кожного із батьків на виховання дитини. Законодавчий підхід недопущення перешкоджання тому з батьків, хто проживає окремо, на контакт, спілкування з дитиною та участь у її вихованні, утвердився і в судовій національній практиці. Водночас важко погодитися із висновком Верховного Суду у постанові від 23 травня 2018 р., що аналіз правових норм і рішень ЄСПЛ дозволяє дійти висновку, що “рівність прав батьків є похідною від прав та інтересів дитини на гармонійний розвиток та

належне виховання”.<sup>1</sup> Рівність прав батьків та інших учасників сімейних відносин є фундаментальним принципом сімейного права, і права батьків не можуть бути похідними від прав та інтересів дитини, проте інтереси дитини можуть мати пріоритетне значення щодо інтересів батьків.

Принцип відповідального батьківства доповнюється обов'язком держави, з метою гарантування найкращих інтересів дитини, сприяти вихованню дітей їхніми батьками у дусі поваги до дитини та її прав. Такий підхід сприяє концепції спільної відповідальності держави та батьків за добробут дітей і при цьому не заперечується першочерговий характер батьківської відповідальності.

Принцип гарантування контакту між членами сім'ї та родичами поправу утвердився як в положеннях сімейного законодавства України, так і зарубіжних держав. Проведене дослідження європейськими вченими показало, що близько 20% осіб зустрічаються із своїми батьками менше одного разу на місяць, проте показник контакту між рідними братами і сестрами вдвічі вище (46%), близько 52% батьків зустрічаються з дітьми раз на тиждень або більше, тоді як серед братів і сестер такі часті зустрічі лише у 20%. Середня кількість контактних днів на рік для батьків (57 днів) є суттєвою вища, ніж для братів і сестер (25 днів), контакти між дідусями (бабусями) та онуками теж близько 25 днів.<sup>2</sup>

СК України в силу дії принципу гарантування контакту між членами сім'ї та родичами встановлює: 1) право на безперешкодне спілкування батьків та дітей (ст. 153, ч. 2 ст. 157); 2) заборону опікуну чи піклувальнику обмежувати спілкування дитини з батьками чи родичами (ч. 3 ст. 249); 3) право на спілкування баби (діда), прабаба (прадіда) із внуками, правнуками (ч. 1 ст. 257); 4) право рідних (повнорідних, неповнорідних) братів та сестер на спілкування; 5) право прийомної дитини, а також дитини, влаштованої до сім'ї патронатного виховате-

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 23 травня 2018 р. № 682/966/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74342337>

<sup>2</sup> Schrama W. How to carry out interdisciplinary legal research Some experiences with an interdisciplinary research method. *Utrecht Law Review*. 2011. № 7 (1). P. 157. DOI: <http://doi.org/10.18352/ulr.152>

<sup>1</sup> Conor McCormick. Capitalising on the conceptual divide: access to public and private justice in children's proceedings. *Northern Ireland Legal Quarterly*. 2016. 67(2). P. 158.

<sup>2</sup> Frank Martin. The Changing Face of Family Law in Ireland. *Judicial Studies Institute Journal*. P. 34. URL: <http://www.ijsj.ie/assets/uploads/documents/pdfs/2005-Edition-01/symposium/the-changing-face-of-family-law-in-ireland.pdf>

<sup>3</sup> Children and Family Relationships Bill 2014. URL: [https://www.lawsociety.ie/globalassets/documents/committees/family/child\\_family\\_relation\\_law\\_society-apr14.pdf](https://www.lawsociety.ie/globalassets/documents/committees/family/child_family_relation_law_society-apr14.pdf)

<sup>4</sup> Hallituksen esitys eduskunnalle isyyslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi. HE 91/2014. URL: <https://www.finlex.fi/fi/esitykset/he/2014/20140091>

ля або до дитячого будинку сімейного типу на особистий контакт із батьками та родичами (ч. 5 ст. 254, ст. 255, ч. 5 ст. 256-3, ч. 5 ст. 256-7); б) гарантії вирішення спору про контакт з дитиною та спілкування з нею компетентним органом – органом опіки та піклування, судом (ст. 158 та 159).

В Україні вже склалася судова практика щодо гарантування права на контакт та спілкування членів сім'ї. З аналізу судової практики очевидно, що переважна більшість справ стосується права на контакт, спілкування та участі у вихованні того з батьків, хто проживає окремо<sup>1</sup>, проте і значна частка стосується права на контакт та спілкування бабусь (дідусів) з онуками<sup>2</sup>, а також братів і сестер<sup>3</sup>.

Контакт з метою спілкування може бути особистий або за допомогою засобів зв'язку, у тому числі через сучасні комінкації у мережі Інтернет. При встановленні часу для контакту з дітьми батьків, інших родичів устанавлюються чіткий час та дні, а також спосіб передачі дитини. Право на контакт може бути обмежене, наприклад, якщо контакт суперечить інтересам дитини. Так, у відповідності із принципами найкращих інтересів дитини та гарантування контакту між членами сім'ї та родичами, 16 серпня 2018 року була винесена постанова ВС у справі № 592/8484/16-ц, якою залишено в силі рішен-

ня апеляційної інстанції.<sup>1</sup> На думку Верховного Суду, було досягнуто балансу між правом діда на відновлення родинних стосунків з онуком та інтересами дитини, було встановлено порядок участі у спілкуванні у присутності матері чи іншого члена сім'ї.

Таким чином, принцип гарантування контакту між членами сім'ї та родичами є зафіксованим у писаному праві принцип сімейного права, який у процесі його застосування корелюється із принципом найкращих інтересів дитини.

Відносно-визначеним у сімейному законодавстві є принцип недопустимості зловживань сімейними правами. СК України тільки у ст. 247 містить норму, що дитина, яка перебуває під опікою чи піклуванням має право на захист від зловживань з боку опікуна або піклувальника. Безперечно, це не означає, що вказаний принцип не поширює свою дію на інших учасників сімейних відносин.

Зловживання правом по-різному розглядається науковцями: як правове явище<sup>2</sup>; як форма правового нігілізму<sup>3</sup>; як особливий вид правової поведінки, що виражається у діяннях по використанню прав у недозволеній або непередбаченій спосіб, що суперечить призначенню права, формально його не порушуючи, але завдаючи шкоди.<sup>4</sup> Таким чином, зловживання правом може відображати нігілістичне відношення до права та є видом правомірної поведінки суб'єктів права під час якого вони здійснюють свої права у спосіб, який не заборонений законом, проте при цьому завдається шкода іншим суб'єктам.

Л.В. Красицька пропонує під зловживанням батьківськими правами розуміти здійснення прав батьками і дитиною із порушенням меж

<sup>1</sup> Постанова Верховного Суду від 16 серпня 2018 р. у справі № 592/8484/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75970026>

<sup>2</sup> Калюжний Р.А., Андрущенко І.Г. Зловживання правом: сутність та шляхи протидії. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2006. № 8 (58). С. 19.

<sup>3</sup> Рогач О.Я. Ознаки зловживання правом. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія Право*. 2011. Вип. 15. С. 78.

<sup>4</sup> Тиховириков Д.О., Харченко Н.П. Зловживання правом як відхилення від правомірної поведінки. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія Право*. 2016. Вип. 38. С. 29.

<sup>1</sup> Постанова Київського апеляційного суду від 17 грудня 2019 у справі № 760/5078/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86466777> ; Постанова Апеляційного суду Херсонської області від 14 березня 2018 р. у справі № 648/4672/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72784355> ; Постанова Апеляційного суду Закарпатської області від 16 квітня 2018 р. у справі № 309/1222/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73483516>

<sup>2</sup> Постанова Апеляційного суду Хмельницької області від 13 березня 2018 р. у справі № 686/21737/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72788878> ; Постанова Апеляційного суду Дніпропетровської області від 16 травня 2018 р. у справі № 175/1569/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74203080> ; Постанова Верховного Суду від 6 грудня 2018 р. у справі № 751/8779/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78376466>

<sup>3</sup> Рішення Бучацького районного суду Тернопільської області від 6 березня 2019 р. у справі № 595/2319/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80641875> ; Рішення Київський районний суд м. Харкова від 17 вересня 2019 р. у справі № 640/14601/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85348270>

та принципів їх здійснення.<sup>1</sup> З такою позицією частково можна погодитися, адже справді при зловживанні правом можуть порушуватися межі здійснення прав. Проте, якщо поведінка порушує принципи сімейного права, то це вже не зловживання правом, а правопорушення, оскільки така поведінка суперечитиме праву.

Виникає питання і щодо наслідків зловживання правом. Сімейний кодекс України, на відміну від ЦК України (ч. 3 ст. 13), не містить норми про наслідки зловживання правом. Можна погодитися із позицією С.М. Бервено, що ст. 13 зумовлює застосування загальних способів захисту цивільних прав та інтересів, передбачених статтею 16 ЦК України, а також спеціальних, встановлених договором чи іншими нормативно-правовими актами.<sup>2</sup> В силу субсидіарного застосування до регулювання сімейних відносин норм ЦК України, можна говорити про законодавчу заборону зловживання сімейними правами. Крім того, учасники сімейних відносин можуть в договірному порядку визначити спеціальні способи захисту від зловживання правом.

Таким чином, зловживання сімейними правами є такою формою правової поведінки учасників сімейних відносин, яка здійснюється у спосіб, що не заборонений законом, але при цьому завдається шкода іншим учасникам сімейних відносин, суспільству або державі. Принцип недопустимості зловживань сімейними правами вимагає добросовісного здійснення сімейних прав та виконання обов'язків учасниками сімейних відносин у відповідності із вимогами закону, сімейно-правового договору та моральних засад суспільства, і незавдаючи шкоди.

Неписаним принципом сімейного права є принцип мовчазної згоди. В СК України можна віднайти норми, які встановлюють вимогу про надання згоди на певну дію, зокрема вимагається: взаємна згода

наречених на те, з якого прізвища буде починатися їх спільне подвійне прізвище (ч. 2 ст. 35 СК України); вільна згода наречених на укладення шлюбу (ч. 1 ст. 40 СК України); взаємна згода подружжя на розпорядження майном, що є спільною сумісною власністю (ч. 1 ст. 65 СК України); згода одного з подружжя на укладення правочину щодо майна, надана у формі укладення правочину (ч. 3 ст. 65 СК України); взаємна згода на розпорядження спільним майном після розірвання шлюбу (ч. 2 ст. 68 СК України); взаємна згода на розподіл майна подружжя (ч. 2 ст. 69 СК України); взаємна згода на надання утримання одному із подружжя, а також виплату аліментів наперед (ст. 77 СК України); взаємна згода на визначення прізвища дитини, коли у батьків різні прізвища (ст. 145 СК України); взаємна згода батьків на визначення імені дитини (ст. 146 СК України); згода на виїзд закордон дитини одного з батьків, якщо дитини виїжджає з іншим із батьків (ст. 157 СК України); взаємна згода батьків на визначення місця проживання дітей до десяти років, а з десяти до чотирнадцяти років – спільна згода батьків та дитини (ст. 160 СК України); згода батьків на усиновлення (ст. 217 СК України) та ін. У вказаних випадках згода має бути чітко вираженою, і в окремих випадках не тільки у письмовій формі, але і нотаріально посвідченій.

Згідно ст. 54 СК України подружжя повинні спільно вирішувати сімейні питання, і з аналізу змісту частини третьої вказаної статті, можна говорити про презумпцію мовчазної згоди одного із подружжя при вчиненні іншим дій щодо життя сім'ї. Так само, мовчазна згода презюмується при вчиненні один із подружжя правочину, і якщо він дрібний побутовий, то не може бути оскаржений на тій підставі, що інший із подружжя не надав згоду (ч. 2 ст. 65 СК України). Також мовчазна згода має місце при здійсненні один із батьків заходів по вихованню дитини, якщо інший не висловлює щодо них заперечення. Учасники сімейних відносин не можуть на власний розсуд замінити згоду, яка має бути чітко вираженою у певній формі, мовчазною згодою, у такому випадку укладений правочин буде нікчемний, а вчинені дії неправомірними.

<sup>1</sup> Красицька Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Вінниця, 2015. С. 13.

<sup>2</sup> Бервено С.М. Принцип неприпустимості зловживання правом у договірних зобов'язаннях. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2006. № 32. С. 277.

Що стосується поширеного в ЄС принципу взаємодопомоги у сім'ї (або солідарності), то він не базується на еквівалентності, тобто члени сім'ї повинні брати участь у веденні домашнього господарства, сприянні матеріального добробуту сім'ї в межах своїх можливостей. До прикладу у Сімейному законі Естонії, що чинний із першого липня 2010 року зафіксовано принципи взаємної підтримки подружжям один одного (ст. 16) та солідарної відповідальності за зобов'язання подружжя (ст. 18). ЦК Нідерландів також закріплює принципи взаємної підтримки подружжям один одного (ст. 81 книги 1) та солідарної відповідальності подружжя за борги сім'ї (ст. 85 книги 1).<sup>1</sup> Сімейний закон Чорногорії від 29 грудня 2006 р. встановлює принципи взаємної поваги і взаємодопомоги (ст. 3) та принцип сімейної солідарності (ст. 10).<sup>2</sup> В Хорватії 18 вересня 2015 року був прийнятий Сімейний закон, який у ст. 4 також містить принцип солідарності, взаємної поваги та підтримки всіх членів сім'ї.<sup>3</sup>

Елементи принципу взаємодопомоги у сім'ї (сімейної солідарності) можна віднайти і в нормах СК України, зокрема: побудова сімейних відносин на засадах паритетності, почуттях взаємної любові, взаємної поваги, допомоги та підтримки (п. 3 ч. 2 ст. 2 СК України); право подружжя на спільне вирішення сімейних питань (стаття 54 СК України); побудова сімейних відносин між подружжям, а також іншими членами сім'ї на основі взаємодопомоги (ч. 1 ст. 55 СК України); подружжя має спільно дбати про матеріальний добробут сім'ї (ч. 4 ст. 55 СК України); обов'язок кожного із подружжя матеріально підтримувати іншого (ч. 1 ст. 75 СК України); право на утримання кожного із подружжя (глава 9 СК України); зобов'язання по утриманню дітей (глава 15 та 16 СК України); зобов'язання по утриманню батьків (глава 17 СК України); зобов'язання по утриманню інших членів сім'ї та родичів (глава 22 СК України) тощо. Виконання обов'язку щодо

утримання інших членів сім'ї та родичів досліджено нами детально в окремій публікації.<sup>1</sup>

В судовій практиці при вирішенні сімейних спорів, враховується участь кожного з подружжя у набутті майна відповідно до його можливостей, і при їх об'єктивній відсутності частка у праві спільної власності, як правило, не зменшується, що також є проявом принципу взаємодопомоги у сім'ї (сімейної солідарності).

Таким чином, в європейських державах у сімейному законодавстві усталеним є чітке закріплення такого принципу як сімейна солідарність, зміст якого полягає у взаємному обов'язку членів подружжя, батьків та дітей, інших родичів підтримувати один одного. На нашу думку, такий принцип потребує змістовнішої реалізації у Сімейному кодексі України.

<sup>1</sup> Dutch Civil Code. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>

<sup>2</sup> Porodični zakon, koji je donijela Ustavotvorna skupština Republike Crne Gore, 29. decembra 2006. URL: [https://sudovi.me/podaci/osul/informacije/info\\_doc/836.pdf](https://sudovi.me/podaci/osul/informacije/info_doc/836.pdf)

<sup>3</sup> Obiteljski zakon. Zagreb, 18. rujna 2015. URL: <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>

<sup>1</sup> Менджул М.В. Виконання обов'язку по утриманню інших членів сім'ї та родичів в Україні. *Від громадянського суспільства – до правової держави* : матеріали X Міжнар. наук. Інтернет-конф. студентів та молодих вчених (м. Харків, 25 квіт. 2014 р.) / ХНУ імені В.Н. Каразіна. Харків, 2014. С. 217-221.



## ДОДАТКИ

### Додаток 1

Кількість зареєстрованих народжень, шлюбів та розлучень в Україні (тис. один / на 1000 наявного населення)<sup>1</sup>

Рік	Кількість народжень	Кількість зареєстрованих шлюбів	Кількість зареєстрованих розлучень
2011	502,6 / 11,0	355,9 / 7,8	182,5 / 4,0
2012	520,7 / 11,4	278,3 / 6,1	168,5 / 3,7
2013	503,7 / 11,1	304,2 / 6,7	164,9 / 3,6
2014	465,9 / 10,8	295,0 / 6,9	130,7 / 3,0
2015	411,8 / 10,7	299,0 / 7,8	129,4 / 3,3
2016	397,0 / 10,3	229,5 / 5,9	130,0 / 3,3
2017	364,0 / 9,4	249,5 / 6,5	128,7 / 3,3
2018	335,9 / 8,7	228,4 / 6,0	153,9 / 3,9

<sup>1</sup> Згідно офіційних даних Держкомстату. З 2014 року без урахування даних тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим, м. Севастополя та тимчасово окупованих територій у Донецькій та Луганській областях.

### Додаток 2

Частка дітей народжених жінками, які не перебували у зареєстрованому шлюбі в Україні<sup>1</sup>

Рік	1991	2001	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
%	11,9	18,0	21,9	21,4	22,1	21,1	20,6	20,1	20,5	20,5

<sup>1</sup> Згідно офіційних даних Держкомстату. З 2014 року без урахування даних тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим, м. Севастополя та тимчасово окупованих територій у Донецькій та Луганській областях.

## Додаток 3

Кількість розлучень в державах-членах ЄС<sup>1</sup>

Держава	Рік (показник на 1000 наявного населення)							
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Бельгія	2,7	2,5	2,3	2,2	2,2	2,2	2,1	2,0
Болгарія	1,5	1,4	1,6	1,5	1,5	1,5	1,5	1,5
Чехія	2,9	2,7	2,5	2,7	2,5	2,5	2,4	2,4
Данія	2,6	2,6	2,8	3,4	3,4	2,9	3,0	2,6
Німеччина	2,3	2,3	2,2	2,1	2,1	2,0	2,0	1,9
Естонія	2,2	2,3	2,4	2,5	2,4	2,6	2,5	2,5
Ірландія	0,7	0,6	0,6	0,6	0,6	0,7	-	-
Греція	1,2	1,1	1,3	1,5	1,3	1,4	1,0	1,8
Іспанія	2,2	2,2	2,2	2,0	2,2	2,1	2,1	2,1
Франція	2,1	2,0	2,0	1,9	1,9	1,9	1,9	-
Хорватія	1,2	1,3	1,3	1,4	1,4	1,4	1,7	1,5
Італія	0,9	0,9	0,9	0,9	0,9	1,4	1,6	1,5
Кіпр	2,3	2,3	2,4	2,2	2,2	2,1	2,3	2,2
Латвія	2,4	4,0	3,6	3,5	3,1	2,6	3,1	3,1
Литва	3,2	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,1	3,0
Люксембург	2,1	2,3	2,0	2,1	2,6	2,4	2,1	2,0
Угорщина	2,4	2,3	2,3	2,0	2,0	2,1	2,0	1,9
Мальта	-	0,1	1,1	0,8	0,7	0,8	0,8	0,7
Нідерланди	2,0	2,0	2,1	2,0	2,1	2,0	2,0	1,9
Австрія	2,1	2,1	2,0	1,9	1,9	1,9	1,8	1,8
Польща	1,6	1,7	1,7	1,7	1,7	1,8	1,7	1,7
Португалія	2,6	2,5	2,4	2,2	2,1	2,3	2,2	2,1

Румунія	1,6	1,8	1,6	1,4	1,4	1,6	1,5	1,6
Словенія	1,2	1,1	1,2	1,1	1,2	1,2	1,2	1,2
Словаччина	2,2	2,1	2,0	2,0	1,9	1,8	1,7	1,8
Фінляндія	2,5	2,5	2,4	2,5	2,5	2,5	2,5	2,4
Швеція	2,5	2,5	2,5	2,8	2,7	2,5	2,4	2,4
Великобританія	2,1	2,1	2,0	2,0	1,9	1,7	1,8	-
Всього в ЄС	2,0	2,0	1,9	1,9	1,8	1,9	-	-

<sup>1</sup> Crude marriage rate and crude divorce rate. URL: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00206/default/table?lang=en>

Кількість укладених шлюбів в державах-членах ЄС<sup>1</sup>

Держава	Рік (кількість / показник на 1000 наявного населення)										
	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Бельгія	42159 /3,9	41001 /3,7	42198 /3,8	37854 /3,4	39878 /3,6	45005 /4,0	44725 /3,9	44329 /3,9	44329 /3,9	44329 /3,9	44329 /3,9
Болгарія	24286 /3,3	21448 /2,9	21167 /2,9	21943 /3,0	24596 /3,4	27720 /3,9	26803 /3,8	28593 /4,0	28593 /4,0	28593 /4,0	28593 /4,0
Чехія	46746 /4,5	45137 /4,3	45206 /4,3	43499 /4,1	45575 /4,3	48191 /4,6	50768 /4,8	52567 /5,0	52567 /5,0	52567 /5,0	52567 /5,0
Данія	30949 /5,6	27198 /4,9	28503 /5,1	27503 /4,9	28331 /5,0	28853 /5,1	30767 /5,4	31777 /5,5	31777 /5,5	31777 /5,5	31777 /5,5
Німеччина	382047 /4,7	377816 /4,6	387423 /4,8	373655 /4,6	385952 /4,8	400115 /4,9	410426 /5,0	407466 /4,9	407466 /4,9	407466 /4,9	407466 /4,9
Естонія	5066 /3,8	5499 /4,1	5888 /4,5	5630 /4,3	6220 /4,7	6815 /5,2	6360 /4,8	64447 /4,9	64447 /4,9	64447 /4,9	64447 /4,9
Ірландія	20594 /4,5	19855 /4,3	20713 /4,5	20680 /4,5	22045 /4,7	22116 /4,7	22626 /4,8	22021 /4,6	22021 /4,6	22021 /4,6	22021 /4,6
Греція	56338 /5,1	55099 /5,0	49710 /4,5	51256 /4,7	53105 /4,9	53672 /5,0	49632 /4,6	50138 /4,7	50138 /4,7	50138 /4,7	50138 /4,7

<sup>1</sup> Marriage indicators. URL: [https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=demo\\_nind&lang=en](https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=demo_nind&lang=en)

Іспанія	165641 /3,6	158220 /3,4	163173 /3,5	154470 /3,3	160256 /3,4	166651 /3,6	173049 /3,7	171320 /3,7	171320 /3,7	171320 /3,7	171320 /3,7
Франція	251713 /3,9	236975 /3,6	241000 /3,7	238720 /3,6	241425 /3,6	236432 /3,6	232865 /3,5	234013 /3,5	234013 /3,5	234013 /3,5	234013 /3,5
Хорватія	21294 /5,0	20211 /4,7	20323 /4,8	19169 /4,5	19501 /4,6	19834 /4,7	20467 /4,9	20310 /4,9	20310 /4,9	20310 /4,9	20310 /4,9
Італія	217700 /3,7	204830 /3,4	208947 /3,5	194057 /3,2	189765 /3,1	194377 /3,2	203258 /3,4	191287 /3,2	191287 /3,2	191287 /3,2	191287 /3,2
Кіпр	6081 /7,3	6210 /7,3	5806 /6,7	5493 /6,4	5378 /6,3	6092 /7,2	6375 /7,5	5882 /6,8	5882 /6,8	5882 /6,8	5882 /6,8
Латвія	9290 /4,4	10760 /5,2	11244/ 5,5	11436 /5,7	12515 /6,3	13617 /6,9	13002 /6,6	13150 /6,8	13150 /6,8	13150 /6,8	13150 /6,8
Литва	18688/ 6,0	19221 /6,3	20660 /6,9	20469 /6,9	22142 /7,6	21987 /7,6	21347 /7,4	21186 /7,5	21186 /7,5	21186 /7,5	21186 /7,5
Люксембург	1749 /3,5	1714 /3,3	1782 /3,4	1722 /3,2	1657 /3,0	2052 /3,6	1884 /3,2	1908 /3,2	1908 /3,2	1908 /3,2	1908 /3,2
Угорщина	35520 /3,6	35812 /3,6	36161 /3,6	36986 /3,7	38780 /3,9	46137 /4,7	51805 /5,3	50572 /5,2	50572 /5,2	50572 /5,2	50572 /5,2
Мальта	2596 /6,3	2562 /6,2	2823 /6,7	2578 /6,1	2871 /6,6	3002 /6,7	3034 /6,7	2934 /6,3	2934 /6,3	2934 /6,3	2934 /6,3
Нідерланди	75399 /4,5	71572 /4,3	70315 /4,2	64549 /3,8	65333 /3,9	64308 /3,8	65249 /3,8	64402 /3,8	64402 /3,8	64402 /3,8	64402 /3,8
Австрія	37545 /4,5	36426 /4,3	38592 /4,6	36140 /4,3	37458 /4,4	44502 /5,1	44890 /5,1	44981 /5,1	44981 /5,1	44981 /5,1	44981 /5,1

Польща	228337 /6,0	206471 /5,4	203850 /5,4	180396 /4,7	188488 /5,0	188832 /5,0	193455 /5,1	192576 /5,1
Португалія	39993 /3,8	36035 /3,4	34423 /3,3	31998 /3,1	31478 /3,0	32393 /3,1	32399 /3,1	33634 /3,3
Румунія	115778 /5,7	105599 /5,2	107760 /5,4	105507 /5,4	118075 /5,9	125454 /6,3	133183 /6,8	142613 /7,3
Словенія	6528 /3,2	6671 /3,2	7057 /3,4	6254 /3,0	6571 /3,2	6449 /3,1	6667 /3,2	6481 /3,1
Словаччина	25415 /4,7	25621 /4,7	26006 /4,8	25491 /4,7	26737 /4,9	28775 /5,3	29897 /5,5	31309 /5,8
Фінляндія	29952 /5,6	28408 /5,3	28878 /5,3	25119 /4,6	24462 /4,5	24708 /4,5	24464 /4,5	26542 /4,8
Швеція	50028 /5,3	46922 /5,0	50044 /5,3	51610 /5,4	53113 /5,5	52314 /5,3	53817 /5,4	52497 /5,2
Великобританія	280444 /4,5	285391 /4,5	302654 /-	276527 /4,3	293647 /4,5	283559 /4,4	287328 /4,4	-
Всього в ЄС	2227876 /4,4	2138684 /4,2	2182306 /-	2072711 /4,1	2145354 /4,2	2193962 /4,3	2240542 /4,4	-

*Наукове видання*

**Марія Василівна МЕНДЖУЛ**

**ПРИНЦИПИ  
СІМЕЙНОГО ПРАВА  
(СУТНІСТЬ ТА ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ)**

Монографія

В авторській редакції  
Художньо-технічна редакція *О. Гаркуша*  
Комп'ютерна верстка *О. Гаркуша*

Підписано до друку 14.11.2019  
Формат 60x84/16. Папір офс.  
Гарнітура Times New Roman. Друк офсет.  
Умов. друк. арк. 24,50.  
Тираж 300 прим. Замовлення № 23-2019.

Видавництво Олександри Гаркуші  
Свідоцтво серія Зт № 23 від 06.09.2005 р.  
м. Ужгород, вул. Погорелова, 4  
тел. (0312) 66-49-38  
e-mail: alexxgarkusha@gmail.com



**Менджул, Марія**

**М 50** Принципи сімейного права (сутність та проблеми застосування) : монографія / Марія Василівна Менджул. – Ужгород : Видавництво Олександри Гаркуші, 2019. – 420 с. : табл.

**ISBN 978-617-531-206-3**

Монографія є комплексним дослідженням сутності та проблем застосування принципів сімейного права. Висвітлено основні концепції щодо розуміння поняття та ознак принципів сімейного права. Досліджено види принципів сімейного права, а також їх місце в системі правових принципів.

Особливу увагу приділено аналізу способів фіксації та особливостей застосування принципів сімейного права в Україні, США, Канаді та державах ЄС. Проаналізовано досвід ЄС щодо проведення уніфікації принципів сімейного права.

Досліджено значення принципу рівності у регулюванні сімейних відносин, висвітлено сутнісні особливості окремих принципів сімейного права у сфері охорони шлюбу та сім'ї (державної охорони сім'ї, недопустимості втручання у сімейне життя, добровільності укладення шлюбу, найкращих інтересів дитини та інших), а також надано пропозиції щодо удосконалення законодавства України.

Монографія розрахована на науковців, викладачів, докторантів, аспірантів, студентів вищих навчальних закладів, юристів-практиків, а також читачів, яких цікавлять проблеми сімейного права.

**УДК 347. 61**