

ОСОБЛИВОСТІ ДЖЕРЕЛ МІЖНАРОДНОГО СІМЕЙНОГО ПРАВА

Калакура В.Я., к.ю.н., доцент

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

У статті аналізуються особливості джерел міжнародного сімейного права, пропонується їх класифікація, показано специфіку і значення кожної групи джерел.

Ключові слова: джерела права, сімейне право, зарубіжний досвід.

Калакура В.Я. ОСОБЕННОСТИ ИСТОЧНИКОВ МЕЖДУНАРОДНОГО СЕМЕЙНОГО ПРАВА / Киевский национальный университет имени Тараса Шевченка, Украина

В статье анализируются особенности источников международного семейного права, предлагается их классификация, показана специфика и значение каждой группы источников.

Ключевые слова: источники права, семейное право, зарубежный опыт.

Kalakura V.Y. THE PECULIARITIES OF INTERNATIONAL FAMILY LAW SOURCES / Taras Shevchenko national university of Kyiv, Ukraine

This article analyses the peculiarities of international family law sources. Their classification is given, the specific character and the meaning of every group of sources are shown.

Key words: sources of law, family law, foreign experience.

За умов глобалізації сучасного світу, динамічних інтеграційних та міграційних процесів неухильно збільшується питома вага сімейних відносин за участю іноземного елемента, тобто таких, де одна з сторін є іноземцем, або шлюб зареєстрований за рубежем, або там народилися чи проживають діти, або усиновлення здійснюють іноземці тощо. Наявність іноземного елемента в сімейних відносинах надає їм «міжнародного» характеру, відносить їх до сфери міжнародних приватноправових відносин, які регулюються за допомогою колізійних норм міжнародно-правового характеру та колізійними нормами національного законодавства. Особливе значення мають уніфіковані матеріально-правові норми, що регулюють відповідні відносини.

Специфіка регулювання сімейних відносин за участю іноземного елемента спонукала виділення окремого правового сегмента – міжнародного сімейного права (МСП) як складової частини міжнародного приватного права (МПрП). Його правова база встановлює умови та перешкоди, порядок укладення шлюбу, особливості укладення шлюбу за кордоном, регулює особисті немайнові і майнові відносини подружжя, батьків і дітей, виконання аліментних зобов'язань, міждержавне усиновлення тощо. Неухильне збільшення правовідносин, регулювання яких входить до функцій МСП, підвищує інтерес до його засадничих проблем, актуальною і дискусійною з яких є проблема джерел міжнародного сімейного права та співвідношення цих джерел. Ця проблема вже отримала часткове висвітлення в українській і зарубіжній правничій літературі [1]. З-поміж наявних праць інтерес викликає навчальний посібник М.М. Марченко, в якому з'ясовується природа джерела, його структура, зміст, взаємозв'язки джерел права та форм права. Однак більшість авторів надають перевагу загальнотеоретичним та методологічним підходам до джерел права, включаючи МПрП, не торкаючись особливостей джерельного комплексу міжнародного сімейного права та його класифікації.

Мета пропонованої статті полягає в тому, щоб обґрунтувати сутність самого поняття джерела МСП, викласти авторські підходи до деяких дискусійних питань щодо структури джерел, їх класифікації, з'ясувати значення кожної класифікаційної групи. Реалізація цих завдань належить до актуальних теоретичних і практичних проблем юридичної науки та правового джерелознавства.

Сучасна наука трактує поняття *джерела права* як сукупність і цілісність форм та способів зовнішнього вияву і закріплення правових норм [2]. За джерелом права завжди стоїть інституція, яка, реагуючи на потреби суспільства, «створює» це право (суспільство, влада держави, міждержавні та міжнародні інститути). Джерелом права виступає форма вираження державної чи міждержавної волі, завдяки якій воно набуває відповідної юридичної сили і норми (загальнообов'язковості). Іншими словами, джерело права має два виміри: зовнішню форму вираження юридичних норм і спосіб надання нормі юридичної сили або державної волі. Якщо застосувати це визначення до міжнародного приватного і, відповідно, міжнародного

сімейного права, то тут джерелами виступають форми вираження не тільки національного сімейного законодавства, але й узгодженої волі двох або більше держав для врегулювання відносин у цій сфері, тобто міждержавні і міжнародні договори, санкціоновані звичаї, нормативні акти, судові прецеденти тощо. Найдавнішою формою права є правовий звичай, або правило, створене звичаєм народу, яке стало звичкою і підтримується державою. Відсилання до звичаїв нерідко фіксується в сучасних законодавчих актах.

Як справедливо наголошує Г.К. Дмитрієва, джерела залежать від сутності, природи права, яке, у свою чергу, визначається об'єктом правового регулювання. Оскільки МПрП є елементом системи національного права, то, на її погляд, до його джерел слід відносити лише національно-правові форми права, в яких існують норми права і які є уособленням їх обов'язковості, юридичної сили в межах конкретної держави [3]. За допомогою форми право набуває притаманної йому ознаки: загальнообов'язковості, загальновідомості, доступність, прозорість і т.д. У світовій практиці існують різні підходи до форм права. Наприклад, у сучасній правовій системі Великої Британії найчастіше фігурують три основні форми: «статутне» право (те, що виникло внаслідок діяльності парламенту); «делеговане законодавство» – акти тих органів, яким делегується законодавча функція з боку парламенту; і «звичайне право», тобто все те, що створюється різними судовими інстанціями. Свою специфіку в правовому відношенні мають джерела права в різних частинах Великої Британії: Англії, Уельсі, Шотландії та Північній Ірландії. Скрізь пріоритет відводиться законодавству, але велика роль відводиться судовим прецедентам, традиціям, звичаям. В Австралії побутує 4 основні форми джерел права: статутне право, делеговане законодавство, «звичайне» право та звичаї. В Японії утвердилася наступна ієрархія джерел права: Конституція 1947 р., що замінила конституцію імперії 1889 р.; акти парламенту, урядові укази і ордонанси – акти місцевих органів влади. Така розмаїтість трактування джерел права ускладнює процес вироблення універсальної моделі їх класифікації, особливо джерел міжнародного сімейного права, оскільки тут задіяні й колізійні норми.

На нашу думку, логічним може бути виокремлення наступних основних груп джерел МСП: а) національне законодавство, що стосується правового регулювання сімейних відносин, ускладнених іноземним елементом; б) ратифіковані міжнародні конвенції та договори; в) звичаї; г) судові прецеденти. Взяті в сукупності та цілісності, джерела МСП складають його джерельний комплекс або джерельну базу. Виходячи з таких критеріїв класифікації джерел, як їх походження, межі функціонування, правовий потенціал, джерельний комплекс МСП видається можливим умовно поділити на декілька основних і допоміжних груп: 1) нормативні акти як домінуюче джерело (національне законодавство; зарубіжне сімейне законодавство; міжнародні правові норми, трансформовані в національно-правові (укладені та ратифіковані міжнародні конвенції); 2) нормативні договори, які містять загальні правила регулювання правовідносин на тривалий час; 3) прецеденти судової практики, пов'язані з наданням нормативної сили судовим рішенням; 4) правові звичаї – найдавніша форма права, яка увійшла в практику вирішення колізій на міждержавному рівні; 5) надбання правової думки та юридичної науки.

До першої групи відносимо Конституцію України, Цивільний кодекс, Цивільний процесуальний кодекс, Закон «Про міжнародне приватне право», Сімейний кодекс та інші нормативно-правові акти українського сімейного законодавства [4], Закони України «Про охорону дитинства», «Про попередження насильства в сім'ї», «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи», «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» (1992 р.) та ін., а також нормативні постанови Верховної Ради, укази і розпорядження Президента України, постанови і нормативні акти Кабінету Міністрів, нормативні акти міністерств і відомств (накази, інструкції), органів місцевого самоврядування. Оскільки домінуючим методом регулювання сімейних відносин з іноземним елементом є колізійний метод, то відповідно важливим джерелом МСП виступають колізійні норми українського сімейного права, кодифіковані в Законі про МПрП [5]. Ці норми взаємодіють із матеріально-правовими нормами регулювання шлюбно-сімейних відносин, обтяжених іноземним елементом. Деякі автори відносять до джерел МСП інститут автономії волі сторін, межі якого визначені національним законодавством.

Ця група джерел МСП представлена також конституційними актами зарубіжних країн та їхнім

сімейним законодавством [6]. Йдеться про відповідне законодавство держав різних правових систем, включаючи континентальну (Італія, ФРН, Франція, Бельгія, Голландія, Швейцарія та ін.), країн Східної Європи (Польща, Угорщина, Хорватія, Чехія та ін.) та англо-американську (Велика Британія, США), за якою до інститутів права відносяться як нормативні акти, так і судові прецеденти. У США джерелами регулювання сімейних відносин виступають закони штатів, зібрані у відповідні глави зводів або кодекси, однорідні закони, прийняті штатами, а також норми загального права.

До другої групи джерел міжнародного сімейного права можна віднести міжнародні договори та конвенції [7]. За Конституцією України (ст.9), «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України» [8]. Порядок та правові форми участі України в міжнародних договорах визначаються Законом «Про правонаступництво України» (1991 р.), який підтверджує, що наша держава взяла на себе виконання тих договорів СРСР, які не суперечать Конституції та інтересам України, та Законом «Про міжнародні договори» (2004 р.) [9]. У сфері МСП функціонують численні міжнародні угоди, зокрема ратифіковані Україною. Слід згадати Конвенцію ООН «Про захист прав дітей» (1991 р.), Конвенції ООН про згоду на укладення шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів (1962 р.), Гаазькі конвенції про компетенцію і право, що застосовується щодо захисту неповнолітніх (1961 р.), про право, яке застосовується для аліментних зобов'язань (1973 р.), про захист дітей і співробітництво щодо іноземного усиновлення (1993 р.) та ін. У межах СНД діє укладена в Мінську і ратифікована Верховною Радою України 3 березня 1993 р. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах (1993 р.), а також низка двосторонніх міжнародних договорів України з Грецією, Естонією, Китаєм, Латвією, Польщею, Туреччиною, Чехією та ін. Загалом, Україна має у своєму арсеналі понад п'ятдесят двосторонніх та близько сорока багатосторонніх договорів про правову допомогу, стороною деяких з них вона стала як внаслідок правонаступництва після розпаду СРСР, так і в результаті укладених договорів за роки незалежності, у тому числі з державами, що утворилися на пострадянському просторі. Особливість останніх полягає в тому, що вони містять значну кількість колізійних норм та норм міжнародного цивільного процесу.

Третя група представлена судовими прецедентами. Практика використання судових прецедентів, яка традиційно властива для країн англо-американської правової сім'ї, поширюється і в країнах романо-германської правової сім'ї (континентальної правової системи). Це певною мірою проявляється і в Україні. Суди нижчої інстанції дедалі частіше керуються рішеннями судів вищої інстанції з аналогічних справ. До цієї групи можна віднести Постанови Пленуму ВСУ: «Про застосування судами норм Сімейного кодексу України щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів (15 червня 2006 р.); «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про усиновлення і про позбавлення та поновлення батьківських прав» (30 березня 2007 р.); «Про практику застосування законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» (21 грудня 2007 р.) [10].

Міжнародні правові звичаї відносять до четвертої групи. У сфері сімейних відносин звичаї відіграють особливу роль, оскільки вони значною мірою впливають на формування сімейного права взагалі. Це стосується і відносин міжнародного сімейного права. Виходячи з того, що МСП є не тільки сегментом міжнародного приватного права, але й однією з галузей правничої науки і навчальною дисципліною, вважаємо доцільним виокремити ще одну, п'яту групу допоміжних джерел, яка охоплює правову доктрину, наукові дослідження відомих юристів-міжнародників, фахівців у галузі міжнародного приватного та сімейного права. Вони мають важливе значення для з'ясування історії законотворчого процесу, удосконалення правової бази регулювання сімейних відносин. Питома вага згаданих груп джерел МСП у правових системах країн далеко неоднакова, що залежить від багатьох факторів, включаючи національні, історичні традиції, специфіку правової культури.

З-поміж теоретичних питань джерел МСП важливе місце посідає співвідношення договору та звичаю. Норми міжнародного договору мають неоднакову юридичну силу з нормами міжнародного звичаю. Здебільшого між договором та звичаєм діють правила: «наступний закон має переважну силу порівняно з попереднім», «спеціальний закон має переважну силу перед

загальним». Виникнення нової імперативної звичаєвої норми «скасовує» відповідні договірні норми, і – навпаки. Але при цьому слід мати на увазі, що це правило стосується одних і тих самих суб'єктів. Не може звичаєва норма, що діє між одними державами, скасовувати договірну норму, що діє між іншими державами, і навпаки.

Зважаючи на те, що в регулюванні сімейних відносин дедалі більшу роль відіграють міжнародні договори, зупинимось докладніше на їх особливостях. У преамбулі Статуту ООН наголошується на рішучості народів Об'єднаних Націй «створити умови, за яких можна додержуватися справедливості і поваги до зобов'язань, що випливають з договорів та інших джерел міжнародного права...» [11]. Нині питома вага міжнародних договірних норм явно перевищує норми, що випливають з інших джерел міжнародного сімейного права. Крім того, міжнародний договір є зручним засобом формулювання норм, взаємних прав і зобов'язань, він дає змогу оперативнo врегульовувати сімейні відносини з іноземним елементом. Сучасні форми викладу норм міжнародних договорів дозволяють здійснювати чіткий контроль за їх виконанням з боку внутрішньодержавних інституційних механізмів.

Відзначаючи переваги міжнародного договору як джерела міжнародного сімейного права, не слід забувати й про його слабкі сторони. Більшість договорів є результатом компромісу, якого вдалося досягти в результаті переговорів, в тому числі за рахунок більшої чіткості та ясності формулювань. Разом із тим, деякі принципи та норми міжнародного сімейного права формулюється в міжнародних угодах дещо звужено (на відміну від того, як вони функціонують століттями в національному та звичаєвому праві).

Нарешті, до джерел міжнародного сімейного права в якості допоміжних більшість дослідників відносять судову практику застосування колізійних норм, у першу чергу норм іноземного законодавства, вирішення прецедентів, тобто конкретні судові рішення, за якими держава визнає силу закону [12]. Судовим прецедентом, у певному відношенні, можна вважати, наприклад, рішення Верховного суду України, яке має імперативне значення для місцевих судів при розгляді аналогічних справ. У країнах Європейського Союзу характер прецедентів мають рішення Європейського Суду, які є обов'язковими для національних судів, адміністративних органів, фізичних і юридичних осіб.

Зважаючи на те, що новітня юридично-правова література дедалі переконливіше відносить до джерел міжнародного права міжнародно-правові доктрини, цілком правомірно розглядати ті з них, які стосуються регулювання сімейних відносин з іноземним елементом, як джерела МСП. Починаючи з кінця XIX ст., вчені в галузі міжнародного приватного намагаються здійснити неофіційну наукову кодифікацію цієї системи, яка включає й сімейне право. Теоретична діяльність сприяла тому, що міжнародне приватне право стали називати «доктринальним правом», ключові положення якого лягли в основу кодифікаційного процесу і створення спеціальних законів про міжнародне приватне право.

Практика розвитку міжнародного сімейного права свідчить про те, що наукова думка й теоретичні напрацювання вчених продовжують високо цінуватися як фундамент удосконалення законодавства, його уніфікації та оптимізації. Звичайно, жодна правова доктрина не має юридичної обов'язковості, але вона виступає допоміжним засобом при визначенні правових норм, а найбільш кваліфіковані фахівці з проблем міжнародного сімейного права дедалі активніше залучаються до юридичної практики. Це зумовлено тим, що сучасні сімейні відносини з участю іноземного елемента настільки ускладнилися, що без належного наукового аналізу їх практики регулювання не можливо сформулювати відповідні міжнародно-правові норми. Зауважимо, що напрацювання і досвід провідних українських науковців з міжнародного приватного та сімейного права (А.С. Довгерт, В.М. Жилінкова, В.І. Кисіль, З.В. Ромовська, Я.М. Шевченко та ін.) теж використовується як на національному, так і на міжнародному рівнях, насамперед у рамках Ради Європи, Гаазької конференції з МПрП, Міжнародного інституту уніфікації міжнародного приватного права тощо. Нарешті, підкреслимо, що теоретичні парадигми, наукові концепції, правові доктрини, законодавчі проекти виступають джерелом міжнародного сімейного права як науки і навчальної дисципліни, а не матеріального права.

Таким чином, джерела міжнародного сімейного права, взяті в сукупності, можна розглядати як складний і цілісний комплекс різноманітних форм вираження національних та міжнародних

норм, у тому числі колізійних, щодо регулювання сімейних відносин, обтяжених іноземним елементом. Домінуюче місце серед них посідають нормативні акти як обов'язкові юридичні норми, що підтримуються державою та міждержавними договорами. Головна особливість джерел МСП впливає з їх «подвійного» характеру. З одного боку, це норми законодавства та судова практика окремих держав, а з другого – міжнародні договори і міжнародні звичаї. Міжнародно-правова норма трансформується і перетворюється на внутрідержавне право шляхом ратифікації та видання актів про застосування міжнародного договору або видання іншого національного акта. Подальше дослідження джерельної бази МСП, сутності і особливостей його джерел зумовлюється як зростанням питомої ваги правовідносин з іноземним елементом, так і недостатнім їх врегулюванням, наявністю прогалин у законодавстві та застарілих норм, які суперечать європейській і світовій практиці вирішення колізій у цій сфері. Трансформація правової системи України, її оновлення потребує збагачення всього корпусу матеріальних та доктринальних джерел міжнародного сімейного права, покликаних гарантувати захист прав суб'єктів сімейно-шлюбних відносин, розвиток правової науки, удосконалення практики, дедалі повніше застосування зарубіжного досвіду.

ЛІТЕРАТУРА

1. Минаков А.И. Международный договор как источник международного частного права (вопросы теории) // Советский ежегодник международного права, 1986. – М.: Наука, 1987. – С. 228-240; Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муратов. – М.: «Статут», 2002. – 892 с. ; Ерпылева Н.Ю. Понятие, предмет, система и источники международного частного права // Международное публичное и частное право. – 2002. – № 1. – С. 13-19; Козюбра М.І. Тенденції розвитку джерел права України в контексті європейських правоінтеграційних процесів // Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». – Т. 26. Юридичні науки. – К., 2004. – С. 3-9; Колісник Т.В. Внутрішнє законодавство України як джерело міжнародного приватного права: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2003. – 19 с.; Гетьман-Павлова І.В. Істочники міжнародного частного права // Международное частное право. – М.: Эксмо, 2005. – С. 36-54; Марченко М.Н. Источники права. Учебное пособие. – М.: Проспект, 2006. – 760 с. та ін.
2. Джерела права / Юридична енциклопедія. – Т. 2. – К., 1999. – С. 171-172.
3. Дмитриева Г.К. Источники международного частного права // Международное частное право. Уч. под. ред. Г.К. Дмитриевой. – М., 2004. – С. 100.
4. Сімейне законодавство України. Офіційні документи. – К.: Вид-во «Істина», 2007. – 312 с.
5. Сімейний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.rada.gov.ua
6. Международное частное право. Иностранное законодательство / Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муратов. – М.: Статут, 2001; Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. Основные институты. – М.: Юринформцентр, 2005. – 309 с.
7. Міжнародні договори України про правові відносини та правову допомогу: двосторонні та багатосторонні договори. – К.: ВД «Ін-юре», 2007. – 912 с.
8. Конституція України. Із змінами, внесеними згідно із Законом від 8.12.2004 р. – К., 2009. – С. 5.
9. Закон України "Про міжнародні договори України" 29 червня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 50. – С. 540.
10. Постанови Пленуму Верховного суду України у цивільних справах. 4-е вид., змінене і доповнене. – К.: ВД «Скіф», 2009. – С. 313-320; 326-334; 349-360 с.
11. Міжнародний Суд ООН. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dic.academic.ru/dic.nsf/fin_enc/15318.
12. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. – М., 1988; Подольская Н.А. Прецедент как источник права в романно-германской правовой семье // Вестник МГУ. Серия 11. – М., 1999. – С. 3-6.