

# ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

---

УДК 347.61/.64

*І. Жилінкова*, член-кореспондент Національної академії правових наук України

## Особливості законодавчих конструкцій сімейно-правових договорів

В сім'ї виникають різноманітні особисті та майнові відносини, які потребують відповідного внормування. Оскільки одним із найефективніших регуляторів приватноправових відносин визнається договір, виникає питання щодо можливості застосування конструкції договору в сфері сімейних відносин.

На жаль, на вітчизняних правових теренах протягом десятиліть питання про договірне регулювання сімейних відносин перебувало в ідеологічній, а не практичній площині. Зусилля теоретиків були спрямовані на доведення теорії самостійності сімейного права як галузі права, відмінності сімейного права від права цивільного, наявності у сімейного права власного предмета та методу правового регулювання. Наслідком такого підходу було невизнання ролі договору в сфері сімейних відносин, доведення неможливості застосування до регулювання сімейних відносин базових цивілістичних конструкцій. Протягом тривалого часу відносини в сім'ї визначалися виключно імперативними приписами. Члени сім'ї не наділялися правом за своїм бажанням визначати ті чи інші аспекти свого життя. Не було надано таке право й суду.

У літературі доводилося, що договори нетипові для учасників сімейних відносин, а якщо вони й мають місце, то носять у цілому безоплатний характер<sup>1</sup>. Теоретики переконували, що домовленості між членами сім'ї не мають також практичного значення<sup>2</sup>. В. Ф. Яковлев взагалі відмовляв домовленостям подружжя права іменуватися договорами. На його думку, «юридические акты субъектов семейного права не относятся по своему характеру к сделкам или договорам, они служат особой разновидностью правовых актов. Отсутствие сделок и договоров является важным свидетельством своеобразия метода се-

<sup>1</sup> Бошко В. Очерки советского семейного права / В. Бошко. – Киев, 1952. – С. 169; Матвеев Г. К. Советское семейное право / Г. К. Матвеев. – М., 1985. – С. 123.

<sup>2</sup> Еремеев Д. Ф. Право личной собственности в СССР / Д. Ф. Еремеев. – М., 1958. – С. 102.

мейного права»<sup>1</sup>. Юридичними актами-домовленостями називали договори В. І. Динілін та С. І. Реутов<sup>2</sup>. Не дивно, що на тлі такої панівної концепції в радянській сімейно-правовій науці не було створено загальної теорії договору. Лише окремі вчені підтримували ідею договору в сімейному праві та проводили аналіз окремих видів договорів, які існували у практиці<sup>3</sup>. Загалом доктрина ігнорувала договірне регулювання сімейних відносин і навіть таке поширене явище, як договір про поділ майна подружжя.

Імперативна регламентація сімейних відносин пояснювалася необхідністю підвищеної охорони інтересів членів сім'ї. Вважалося, що ці інтереси можуть бути порушені, якщо членам сім'ї буде надане право самостійне визначати правові аспекти свого життя. Закон імперативно та однозначно визначав майнові відносини подружжя (колишнього подружжя), не допускав жодної ініціативи батьків відносно порядку сплати аліментів на дитину або подружжя щодо взаємного аліментування. Сімейне законодавство уникало навіть натяку на використання у сімейно-правовій сфері таких цивілістичних конструкцій, як «зобов'язання», «договір», «кредитор» або «боржник».

Лише поступово під тиском життєвих реалій до сімейного законодавства почали «просотуватися» окремі договірні конструкції. Революцією в цьому питанні було введення до КпШС УРСР 1969 р. норми про шлюбний контракт. Законом № 2488-ХІІ «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб та сім'ю Української СРСР» від 23.06.1992 р. було закріплено право подружжя на укладення шлюбного контракту (ст. 27<sup>1</sup>). Хоча положення вказаної статті важко визнати бездоганними, вони вперше на теренах пострадянських країн ввели до законодавчого поля інститут шлюбного договору. Як результат шлюбний договір привернув увагу теоретиків, які досліджували правову природу цього договору та визначали його окремі складові<sup>4</sup>.

Нормативні зміни стали першим кроком і дали можливість подальшої законодавчої підтримки договірного регулювання сімейних від-

<sup>1</sup> Яковлев В. Ф. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений / В. Ф. Яковлев. – Свердловск, 1972. – С. 163.

<sup>2</sup> Юридические факты в советском семейном праве. – Свердловск, 1989. – С. 63, 64.

<sup>3</sup> Никитина В. П. Имущество супругов / В. П. Никитина. – Саратов, 1975. – С. 58.

<sup>4</sup> Див.: Жилинкова И. В. Брачный контракт / И. В. Жилинкова. – Харьков, 1995; Явор О. А. Функції шлюбного контракту в сімейному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. А. Явор ; Нац. юрид. акад. України. – Х., 1996; Красько И. Е. Правовая природа брачного контракта / И. Е. Красько // Проблемы законности : Республик. міжвідом. наук. зб. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 1998. – Вип. 33. – С. 80–81.

носин, а також наукового аналізу договорів у сімейно-правовій сфері<sup>1</sup>. Процес визнання ролі договору при регулюванні сімейних відносин піднявся на принципово новий рівень після набрання чинності новим СК України 2002 р. Уперше договірне регулювання сімейних відносин закріплене як одна з основних засад сучасного сімейного права (ч. 2 ст. 7 СК), а договір розглядається як джерело сімейного права поряд із нормами законодавства (ст. 9 СК). У розвиток цієї генеральної ідеї в СК передбачена ціла низка різноманітних договорів, учасниками яких є члени сім'ї (статті 66, 69, 78, 89, 91, 109 та ін.). Навіть на цьому договірній ініціативі цих осіб не закінчується: сторони можуть укласти й інші, не передбачені безпосередньо в СК, договори (непоіменовані договори). Такий принципово новий підхід може стати підґрунтям для створення в подальшому вітчизняної концепції договірного регулювання сімейних відносин.

Треба додати, що договірні сімейні відносини можуть охоплюватися нормами не лише сімейного, а й цивільного законодавства. Особи, які мають сімейно-правовий статус, укладають між собою та з іншими особами різноманітні договори, які знайшли своє законодавче закріплення в різних «позасімейних» законодавчих актах. Основне значення в цьому аспекті мають договори, передбачені цивільним законодавством і передусім новим ЦК України.

У цивільному законодавстві існують два основних підходи, якими позначається «ставлення» до учасників сімейних відносин у процесі укладення ними договорів: 1) цивільне законодавство не надає сімейному статусу сторін спеціального значення і регулює їх відносини за загальною схемою (наприклад, члени сім'ї стосовно свого роздільного майна можуть укласти між собою будь-які договори (купівлі-продажу, дарування, міни тощо); 2) до загальної схеми додається певне уточнення (спеціальне правило), яке спрямоване саме до учасників сімейних відносин. При цьому закон чітко називає сімейно-правову позицію особи — батьки (усиновлювачі) не мають права дарувати майно дітей (ч. 2 ст. 720 ЦК); спадковий договір за участю подружжя (ст. 1306 ЦК тощо).

У процесі договірного регулювання сімейних відносин можна спостерігати одну важливу обставину. Нерідко межу між цивільно-право-

<sup>1</sup> Див.: Антошкіна В. К. Договірне регулювання відносин подружжя : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. К. Антошкіна ; Нац. юрид. акад. України. – Х., 2006; Новохатська Я. В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Я. В. Новохатська ; Нац. юрид. акад. України. – Х., 2006; Ахмач Г. М. Договірні правовідносини членів сім'ї : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. М. Ахмач ; Одеськ. нац. юрид. акад. – Одеса, 2009.

вими та сімейно-правовими договорами можна провести лише умовно, оскільки сімейно-правові договори майже «впритул» підходять до договорів цивільно-правових. Інколи розмежування таких договорів може здійснити лише фахівець і то посилаючись не на різницю в природі договорів, а скоріш на традицію їх закріплення в законі. Наприклад, договори за участю співвласників при спільній частковій власності регулюються нормами цивільного законодавства, а договори подружжя або інших «типових» учасників відносин спільної сумісної власності — нормами законодавства сімейного. Ситуацію ускладнюють випадки, коли учасники спільної часткової власності є одночасно членами сім'ї (спадкові відносини). Крім того, норми цивільного законодавства також регулюють договірні відносини між членами сім'ї — відносини спільної сумісної власності (ст. 369 ЦК) або відносини щодо користування чужим майном членами сім'ї власника (ст. 405 ЦК).

Таке роз'єднання нормативного матеріалу має штучний характер. Включення сімейно-правових норм до Цивільного кодексу могло б вирішити цю проблему. Якби відбулося поєднання сімейних та цивільно-правових норм у єдиному нормативному акті (як це планувалося у 1996 р.)<sup>1</sup>, то відпала би потреба постійного «перекидання мостків» від СК до ЦК України.

Втім не можна заперечувати, що деякі особливості укладення договорів у сімейній сфері дійсно існують. Принаймні сімейні договори відрізняються від більшості договорів цивільно-правових. Якщо певна договірна форма розрахована на учасників саме сімейних відносин, то наявність у них сімейного статусу потребує з'ясування. Укладений такою особою договір зазвичай має додаткові, спеціалізовані правила, розраховані виключно на учасників сімейних відносин. Наприклад, тут потрібна згода другого з подружжя або іншого співвласника на укладення договору; договір спричиняє правові наслідки не лише для особи, яка брала в ньому безпосередню участь, а й інших «пов'язаних» із нею членів сім'ї; відповідальність за договором може виникати не лише для учасника договору, а й для іншої особи, що має відповідний сімейний статус. У цивільно-правових договорах такі «ускладнення» також можуть існувати, проте вони не є типовими. Зазвичай вони виникають у договорах, які опосередковують відносини спільної власності та договорів про спільну діяльність.

У житловому законодавстві існують свої особливі підходи. Закон враховує сімейний статус особи, хоча і не намагається деталізувати

<sup>1</sup> Передмова до проекту Цивільного кодексу // Укр. право. – 1999. – №1. – С. 27.

правила щодо такої особи. За договором найму житла статус члена сім'ї надає особам права, що дорівнюють правам наймача (ст. 64 ЖК). Отже, закон позначає члена сім'ї як особливого учасника відносин, проте не формує для нього окремого набору прав та обов'язків. Він лише вказує, що члени сім'ї наймача, які проживають разом із ним, користуються нарівні з наймачем усіма правами та несуть усі обов'язки, що випливають із договору найму житлового приміщення (ч. 1 ст. 64 ЖК).

Не викликає сумнівів, що «основний тягар» визначення договорів, які укладаються учасниками сімейних відносин, несе сімейне законодавство. У цьому аспекті хотілося б зазначити одну вкрай важливу обставину. Оскільки протягом десятиліть у доктрині доводився самостійний характер сімейно-правових норм та принципово розмежовувалися норми сімейного та цивільного права, розвиток сімейного законодавства в тій його частині, що стосується договорів, призвів до своєрідних наслідків.

***Побудова та основні підходи Сімейного кодексу щодо договорів мають суттєві особливості.***

1. Первісною ознакою є розміщення нормативного матеріалу. Як відомо, Цивільний кодекс традиційно містить окрему Книгу — «Зобов'язальне право», водночас Сімейний кодекс такого поділу не має і ніколи не мав. Норми, що регулюють договірні відносини в сім'ї, мають вигляд нормативних «вкраплень» у загальному масиві сімейно-правових норм. Ці норми не сгруповані в окремі підрозділи СК, а «вмонтовані» в нормативні приписи відповідних глав. Тому положення про договори подружжя розміщені в главах, присвячених спільній сумісній власності подружжя (статті 65, 66, 69, 78 та ін.); норми щодо договорів між батьками про влаштування дітей — у главах, що визначають їхні особисті та майнові відносини (ст. 109, ч. 4 ст. 157, ст. 160 та ін.).

Така фрагментарність загальної концепції сімейно-правового договору в СК України позначається і на відсутності в ньому будь-яких загальних положень про договір. У СК немає загальних правил щодо сторін договору, порядку укладення окремих видів договорів, моменту набрання ними чинності, форми договорів, підстав припинення договору, відповідальності за договором тощо. Усі правила про договори в сімейній сфері перебувають лише у площині їх конкретних видів. У питанні договірного регулювання основний сімейний закон не піднявся до рівня будь-яких узагальнень. Ситуацію врятовує лише існування «старшого брата» Сімейного кодексу — ЦК України, норми якого широко застосовуються до регулювання договірних відносин у сім'ї.

2. Своєрідним є підхід СК України до базових термінів, які традиційно використовуються у договірному праві. Окрім терміна «договір»

щодо відносин у сімейно-правовій сфері, застосовується також поняття «домовленість». Більше того, саме «домовленість» подається у законі як основний термін, а «договір» — у дужках поряд із ним: сімейні відносини можуть бути врегульовані за *домовленістю (договором)* між їх учасниками (ч. 2 ст. 7 СК). У цілому такий законодавчий підхід важко визнати вдалим. Основний нормативний акт, який встановлює правила в договірній сфері, — ЦК України робить прямо протилежне — визначає договір як домовленість. Всім відомо, що договір — це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК). Вимога до однозначності термінологічних підходів у приватноправових нормативних актах не є простою примхою, особливо коли йдеться про базові поняття. Тому однозначність терміна «договір» мала б зберігатися і в сімейному законі. Крім того, у конкретних статтях СК України використовується саме термін «договір» (статті 64, 66, 92–103 та ін.). Жодного разу в ньому не застосовується словосполучення «сторони уклали домовленість» або «сторони домовилися», тому ст. 7 СК дещо «дисонує» з подальшою термінологією цього ж нормативного акта.

Цікаво, що використання терміна «домовленість» притаманне не лише сімейному законодавству. Воно використовується також у процесі регулювання окремих видів цивільних відносин. Звертає увагу та обставина, що в ЦК України стосовно відносин учасників спільної власності використовується саме термін «домовленість», а не «договір». Так, у ч. 1 ст. 372 ЦК вказано: майно, що є у спільній сумісній власності, може бути поділене між співвласниками *за домовленістю* між ними. Загалом, договори, що опосередковують відносини співвласників, опинилися за межами типології цивільно-правових договорів, їм немає місця серед норм зобов'язального права. Ця обставина навіть примусила науковців визначатися щодо «справжності» такого типу договірних конструкцій. Так, М. І. Брагинський доходить до висновку, що «независимо от места, в котором в ГК используется термин «соглашение», оно означает основание для возникновения, изменения или прекращения правоотношения, принимая форму сделки.... Следовательно, сделка, совершенная в виде соглашения, тем самым может быть только договором»<sup>1</sup>. Для запобігання виникнення таких термінологічних проблем, зокрема в сімейному праві, треба повернути категоріальний апарат сімейного закону до основних правил договірного права та термінології

<sup>1</sup> Договорное право. Книга первая: Общие положения. – Изд. 2-е, испр. – М., 1999. – С. 150.

ЦК України. Тому необхідно вилучити згадку про сімейні домовленості з тексту ч. 2 ст. 7 СК і залишити вказівку на те, що *сімейні відносини можуть бути врегульовані договором між їх учасниками*.

3. Норми СК, що присвячені договорам, не моделюються за традиційним для ЦК України принципом встановлення прав та обов'язків кожної із сторін договору. Тут немає звичного для цивілістики протиставлення боржника та кредитора. Усі без винятку положення СК України про договори не «розводять» сторони у протилежні позиції, а, навпаки, ніби поєднують їх. Тому закон використовує такі вирази, як: *«подружжя має право* домовитися між собою про порядок користування майном, що йому належить на праві спільної сумісної власності» (ч. 1 ст. 66 СК); *«дружина та чоловік мають право* розділити майно за взаємною згодою» (ч. 2 ст. 69 СК); *«подружжя має право* укласти договір про надання утримання одному з них» (ч. 1 ст. 78 СК); *«батьки мають право* укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо від дитини» (ч. 4 ст. 157 СК) та ін. Отже, учасники сімейних відносин діють разом, а не як протилежні за своїми інтересами контрагенти.

Така особливість сімейно-правових норм про договори є знаменною. Виникає своєрідна ситуація, коли практика вимушена «доповнювати» нормативний припис і моделювати той чи інший договір на звичайний «юридичний лад». Наприклад, цитована ч. 1 ст. 78 СК вказує, що *подружжя має право* укласти договір про надання утримання одному з них. Очевидно, що це загальний дозвіл, спрямований подружжю. Закон надає подружжю право укласти договір про утримання, але не визначає його основний юридичний каркас. У конкретних договорах юридичний текст «розгортається» за іншим принципом. У них зазначається, що одна сторона *зобов'язується* надавати утримання другій стороні. Як відомо, сторона, яка зобов'язується здійснити певні дії, є боржником. Відповідно друга сторона, яка набуває право вимагати здійснення таких дій, виступає в ролі кредитора. Традиційна законодавча модель договору мала б виглядати так: «За договором подружжя про надання утримання один з подружжя зобов'язується надавати утримання другому з подружжя на строк, у розмірі та в порядку, визначеному в договорі». Оскільки в сімейному законодавстві по-стать боржника та кредитора нівелюється, СК уникає використання прямої вказівки на права та обов'язки сторін. Дозволяючи укладення подружжям договору про утримання, закон надає можливість сторонам не лише самостійно сформулювати свої права та обов'язки, а й надати

договору звичайну договірну структуру, перевести відносини сторін у площину моделі «кредитор-боржник». Указане свідчить про залишки «бездоговірного менталітету» законодавця щодо сімейної сфери.

4. Сімейне законодавство відзначається суттєвими особливостями в аспекті визначеності конструкцій сімейно-правових договорів. У цьому аспекті норми СК України, які містять посилання на договори, можна звести до двох основних групи. До першої входять норми, які закріплюють *більш-менш повні моделі договорів*, до другої — норми, що містять *інформацію про договори, модель яких не визначена*.

Норми першого виду описують більш-менш повні моделі договорів і надають у цілому можливість визначити правову природу таких договорів та їхній зміст. До договорів, які отримали нормативне визначення, можна, наприклад, віднести договір про поділ майна подружжя. У частині 2 ст. 69 СК вказано, що дружина та чоловік мають право розділити майно за взаємною згодою. Договір про поділ житлового будинку, квартири, іншого нерухомого майна має бути нотаріально посвідчений. Закріплена в законі модель дозволяє більш-менш точно визначити права та обов'язки сторін, юридичну характеристику договору, а також встановити його форму.

Крім цього СК закріплює норми, які містять інформацію про договори, але не визначають їхню модель. Наприклад, у ч. 3 ст. 61 СК вказано: якщо одним із подружжя укладено *договір в інтересах сім'ї*, то гроші, інше майно, у тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Ця тема доповнюється в ч. 4 ст. 65 СК: *договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї*, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї. У вказаних випадках закон встановлює *наслідки* вчинення договорів одним із подружжя. Проте власне договорів, які спричиняють виникнення цих наслідків, він не визначає. Словосполучення «договір, укладений в інтересах сім'ї», може означати будь-який договір з точки зору його традиційної типової належності. Це може бути договір купівлі-продажу (договори про передання майна у власність), договір найму житла (договори про передання майна у користування), договір позики або банківського кредиту (договори про надання послуг) тощо. Що ж до основної ознаки — «укладеність» договору в інтересах сім'ї, то вона не є очевидною і має встановлюватися залежно від усіх обставин справи. Тому один і той самий договір може бути визнаний «сімейним» або «позасімейним».

Інколи сімейний закон дає лише натяк на той чи інший договір, покладаючи основний «тягар» щодо формулювання усіх його параметрів на самі сторони. Наприклад, у ч. 1 ст. 160 СК вказується, що місце проживання дитини, яка не досягла десяти років, визначається за згодою батьків. Згода батьків може перетворитися на «повноцінний договір», якщо сторони сформулюють усі його істотні умови та нададуть договору певної форми. Практиці відомі випадки, коли батьки, які не проживають разом, за взаємною згодою вирішують питання про місце проживання їхньої дитини. Зазвичай такі договори за бажанням сторін набувають письмової форми та посвідчуються нотаріально.

В окремих випадках вказівки СК України щодо договорів мають неоднозначний або навіть суперечливий характер. Наприклад, у ч. 6 ст. 177 СК вказано: батьки вирішують питання про управління майном дитини спільно, якщо інше не передбачено договором між ними. Отже, спільність дій батьків протиставиться договору. Виходить, що вирішувати питання про управління майном дитини в договорі можна і роздільно, а коли батьки управляють майном дитини спільно, між ними немає домовленості про управління. Така посилка є суперечливою, оскільки вирішувати питання про управління майном та управляти майном дитини — це різні речі. У тексті ч. 6 ст. 177 СК акценти мали б ставитися по-іншому. Необхідно було позначити два основні моменти: 1) батьки вирішують питання про управління майном дитини спільно; 2) батьки мають право укласти договір, в якому визначити порядок спільного управління майном дитини, роздільного управління майном дитини одним з них або передання майна дитини (частки майна) в управління іншій особі. Такий зміст ч. 6 ст. 177 СК підкреслює три основні позиції. По-перше, у будь-якому випадку (незалежно від того, хто саме буде здійснювати управління майном дитини) рішення про управління прийнято батьками спільно (в іншому випадку виникає спір, який потребує вирішення у відповідному органі). По-друге, дії з управління майном дитини можуть здійснювати різні особи — батьки разом, один із батьків, управитель-професіонал. По-третє, батьки вирішують питання про управління майном дитини шляхом укладення договору. Такий договір може укладатися в усній, простій письмовій формі або (за бажанням сторін) у письмовій формі з нотаріальним посвідченням.

Підсумовуючи, можна вказати наступне. Новий СК України став першим принциповим кроком у процесі створення вітчизняної концепції договірного регулювання сімейних відносин. Втім, це лише початок. На сьогодні сімейне законодавство відзначається відсутністю загальних

норм про договори та, головне, — слабкою розробкою конкретних договірних конструкцій. Навіть ті договори, які закріплені в законі як найбільш повні, не мають логічної побудови та далеко відстають від нормативних конструкцій договорів у цивільному праві (окрім шлюбного договору, якому присвячена уся увага сімейного закону).

Важливо визначити перспективний вектор розвитку сімейного законодавства в аспекті договірного регулювання сімейних відносин. Першочерговим завданням є розробка конкретних конструкцій договорів у сімейній сфері. Питання щодо загальних положень про договори є складнішим. Воно може мати два способи вирішення. Перший і найдоцільніший полягає у включенні норм сімейного законодавства до структури ЦК України. Це позбавило б необхідності доповнювати СК України загальними положеннями про договори. Другий напрям пов'язаний з існуванням окремої кодифікації сімейно-правових норм. Наявність СК України як окремого нормативного акта вимагає постійного звернення до норм договірного права, закріплених у ЦК України. Цей факт треба врешті-решт визнати на законодавчому рівні. У СК України доречно визначити загальний порядок такого «перекидання мостків». Необхідно доповнити ст. 9 СК «Регулювання сімейних відносин за домовленістю (договором) сторін» вказівкою на те, що до відносин сторін, які пов'язані з укладенням, зміною або припиненням договорів, застосовуються норми Цивільного кодексу України.

**Жилинкова И. Особенности законодательных конструкций семейно-правовых договоров**

Статья посвящена анализу законодательных конструкций договоров в семейном праве. Рассматриваются особенности таких конструкций и причины их возникновения.

**Ключевые слова:** законодательные конструкции, договоры, семейное право.

**Zhylinkova I. Features of legislative structures family-law contracts**

The article is aimed at the analysis of legislative constructions of contracts in Family Law. The peculiarities of such constructions are determined along with the reasons of their appearance.

**Keywords:** legislative constructions, contracts, Family Law.