

Министерство образования и науки Российской Федерации
Федеральное агентство по образованию
Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова

*Серия «Ярославская юридическая школа
начала XXI века»*

Н.Н. Тарусина

**СЕМЕЙНОЕ ПРАВО
Очерки из классики
и модерна**

Ярославль 2009

ББК Х624
УДК 347.7
Т 22

Серия основана в 2000 году

Рекомендовано

*Редакционно-издательским советом университета
в качестве научного издания. План 2009 года*

Рецензенты:

Туманова Лидия Владимировна, доктор юридических наук,
профессор, заслуженный юрист РФ;
Лушников Андрей Михайлович, доктор юридических наук,
доктор исторических наук, профессор

Т 22 **Тарусина, Н.Н.** Семейное право : Очерки из класси-
ки и модерна : монография / Н.Н. Тарусина ; Яросл. гос.
ун-т. – Ярославль : ЯрГУ, 2009. – 616 с. (Серия «Ярослав-
ская юридическая школа начала XXI века»)
ISBN 978-5-8397-0705-4

Книга предназначена для преподавателей, аспиран-
тов, а также студентов, обучающихся по специальности
«Юриспруденция»; отдельные ее параграфы могут пред-
ставлять интерес для законодателей и практикующих
юристов, а также политологов и социологов.

ББК Х624
УДК 347.7

ISBN 978-5-8397-0705-4

© Ярославский
государственный
университет, 2009

*Профессору
Надежде Александровне
Чечиной*

Введение

Данный труд являет собой сложножанровое сочинение – и с количественной, и с качественной стороны. Ибо, во-первых, в нем суммируются основные работы последних 10 лет (из 33 лет работы в университете), однако с изменениями, порой существенными, и дополнениями, порой значительными. Кроме того, отдельные темы (очерков первого, третьего, четвертого и седьмого) представлены впервые. Во-вторых, данное сочинение сочетает в себе жанр монографии и жанр учебного пособия научно-исследовательского типа. В-третьих, автор позволила себе «разностилевость» изложения информации – от спокойно-констатирующего до публицистического и от отвлеченно-корректного до пристрастно-иронического.

Наконец, нескромным поступком является посвящение моего скромного труда профессору Надежде Александровне Чечиной. Однако не сделать этого я не могла, так как с 1981 года по год ее смерти находилась под обаянием ее мудрости, силы духа и терпения.

Автор

Очерк первый. Семейное право как социальная отрасль цивилистики или цивилистическая отрасль социального права

1.1. О суверенизации и десуверенизации семейного права

Дискуссионный «клуб» о месте семейного права в системе права и законодательства открыт достаточно давно. Членство в нем считали за благо и необходимость почти все цивилисты конца XIX – начала XX в., занимавшиеся общими проблемами гражданского права (реже – права канонического, церковного), а позже к ним присоединились теоретики права и цивилисты XX в. и начала века XXI.

Причем результаты деятельности данного «клуба», как, впрочем, и некоторых иных, затрагивают напрямую, непосредственно – через явления закона и практики его применения, и косвенно, опосредованно – через явления цивилистической науки, жизненно важные интересы как общества в целом, так и каждого человека: далеко не всякий оказывается в сфере прямого действия трудового (впрочем, редко), земельного, уголовного, многих институтов гражданского права и других правовых подсистем, но всякий вовлечен и, как правило, достаточно широко и активно, в сферу семейного права. Для общества и для государства брак и семья, родительство, попечительство и детство составляют высшую социальную ценность, ибо обеспечивают один из двух (причем первичный) способов их воспроизводства, что является мощным энергетическим стимулом «добрых» и «злых» экспериментов в указанной области¹.

¹ Конкретные примеры этих «добра» и «зла» см. в последующих очерках книги.

Цивилисты конца XIX – начала XX в. с теми или иными нюансами филологии, интерпретации, выводов о системе и систематике применительно к семейному праву, бывшему в то время частью гражданского права и частью права церковного², в размышлениях о сущности, особенностях семейных отношений были почти единодушны.

Так, В.А. Умов отмечал, что право определяет лишь внешние границы состояний брачности и семейственности, но не регулирует их внутренней природы, находящейся за пределами права: «Эти состояния оказывают влияние на имущественные отношения и поэтому входят в предмет права, которое определяет лишь их начало и конец»³.

А.И. Загоровский, констатируя постепенный отход семейного права от влияния христианской религии, для которой семья всегда была «предметом особых забот и попечения», его развитие при весьма деятельном участии государства, взявшего из рук церкви брачное право и строящего его на «началах общекультурных», а в других разделах проводя принципы равноправия и «покровительства и защиты слабейших членов семейного союза», подчеркивал и существенное отличие семейных имущественных отношений от имущественных гражданских. В основание первых положены, продолжал автор, хозяйственно-экономические нужды, во-вторых, – «потребности физической природы и нравственного чувства», первые порождают господство над вещью, вторые ставят «в определенную личную зависимость одного члена семейного союза от другого», создают определенное юридическое положение для них. ... В отношениях семейных мера и счет прав затруднены в силу особых свойств этих отношений, больше моральных, чем юридических. Отсюда регулирование правом отношений семейных гораздо труднее, чем отношений имущественных⁴.

К.П. Победоносцев, подчеркнув личный (а потому непередаваемый), постоянный, бессрочный характер семейных отноше-

² Об этой последней подробнее см. очерк второй – о брачном праве.

³ Умов В.А. Понятие и методы исследования гражданского права. СПб., 1873. С. 6.

⁴ Загоровский А.И. Семейное право. Одесса, 1902. С. 1–3.

ний, далее писал: «Подобно общественным и государственным, семейственные отношения обнимают всего человека, а не одну какую-либо сторону его быта». Это отношения цельные, и, складываясь между частными лицами, продолжал свою мысль автор, они «сохраняют навсегда общественный характер»; в прочих гражданских мы видим отношение лица к вещи или лица к лицу по поводу вещи (проистекающее из личной воли), в семейных «личность относится к личности во всей своей целости», тяготеет к ней независимо от личной воли, а «вследствие необходимой природной связи, и при том так, что исключается возможность безусловного распоряжения одного лица другим»; должно также заметить, что они несравненно в меньшей степени подлежат юридическим определениям, которые не могут «спуститься в глубину совести и нравственного чувства»⁵. Соответственно К.П. Победоносцев полагал, что закон может касаться только стороны, «с которой возможны столкновения семейственной автономии с автономией государства»: государство, во-первых, вмешивается в эту сферу в интересах защиты личности (например, когда она чрезмерно подавляется властью мужа, отца семейства, родительской властью в целом); во-вторых, определяет формы и условия семейственного союза⁶ («иначе не было бы порядка и твердости семейных уз»); в-третьих, наконец, регулирует отношения по имуществу, возникающее вследствие кровной связи⁷.

Акцентируя внимание на охранительной функции, К.Д. Кавелин писал: право не регулирует семейственные отношения в ненарушенном виде, вмешиваясь в них лишь с целью охраны, «все юридическое по существу своему более разделяет, чем соединяет внешним образом то, что само по себе отделено или разделено. Юридические определения вступают в силу там, где семьи уже нет, – потому что семейные союзы и юридические определения взаимно исключают друг друга»⁸.

⁵ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 2. М., 2003. С. 2. (Публ. по изданию 1896 г.).

⁶ На тот момент К.П. Победоносцев исключал из объекта регуляции формы и условия союза брачного, которые определялись в основном церковным правом. (Подробнее об этом см. очерк второй.)

⁷ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. Т. 2. С. 3.

⁸ Кавелин К.Д. Что есть гражданское право? И где его пределы? СПб., 1864. С. 121–123.

В этих суждениях К.Д. Кавелина, на наш взгляд, больше «экспрессии», нежели точности, ибо сам же автор в своих работах по семейному праву неизбежно писал и о других «проникновениях» закона в исследуемые отношения⁹.

Кроме того, как известно, К.Д. Кавелин существенно иначе видел перспективу системы права. Признавая, что гражданское право в его современном виде представляет собою «ветхую хранину», в которой гнездятся всевозможные противоречия и несообразности, он предлагал исключить из гражданского права все личные правоотношения и, наоборот, включить в оное право из других частей правовой системы все юридические отношения между лицами по имуществу, отойдя тем самым от принципа ее деления на частную и публичную составляющие. Эти его воззрения, полностью не принятые цивилистами того времени¹⁰, частично себя реализовали в разные периоды развития советского права и законодательства, хотя, возможно, заимствования осуществлялись и на интуитивном уровне. (Полагаем, в этом плане наибольший интерес представляет идея о суверенном лично-правовом блоке, по крайней мере, в ней есть «пикантный творческий вкус»¹¹.)

Д.И. Мейер, один из самых ярких исследователей семейных правоотношений, отмечал, что брак как общественное учреждение, находящееся «под влиянием религиозных и нравственных понятий», естественно, не вошло сполна в область права, «в браке представляется множество отношений, которые ускользают от всякого внешнего определения, а устанавливаются лишь по внушению нравственного закона»¹². Также обстоит

⁹ См., например: Кавелин К. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. СПб., 1884. С. 12–29.

¹⁰ Изложение этих взглядов и его критику см.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 6; Он же. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 117–132. (Публ. по изд. 1893 г.).

¹¹ Или, как теперь говорят и пишут молодые разрушители старого, великого и свободного русского языка, «креативный».

¹² Мейер Д.И. Русское гражданское право. Т. 2. М., 1997. С. 348. (Публ. по изд. 1902 г.).

С.В. Пахман в этой связи замечал, что неудачи многих определенных браков объясняются тем, что исследователи не довольствуются, как бы следовало, указанием на его юридические признаки, а стремятся «уловить и исчерпать самую сущность брака». См.: Пахман С.В.

дело и с отношениями родительства, подлежащими «более определением закона физиологического и закона нравственного, нежели определениям права»¹³.

Д.И. Мейер, кроме того, размышлял и о движении институтов семейного права в рамках системы права. Из идеи частного права, отмечал он, следует и нахождение семейного права в праве гражданском, которое по существу своему ему чуждо, кроме собственно контекстов имущественных: институту брака место в каноническом праве, а институтам родительства и опеки (как построенных на власти и подчинении, а последнего еще и на «попечении государства об участии лиц, которые сами не могут заботиться о себе») – в государственном праве; либо же, если иметь в виду, что отношения между родителями и детьми – прямое следствие брачного союза, то их можно рассматривать и в каноническом (церковном) праве¹⁴.

(Эти замечания Д.И. Мейера очень важны для нас, разумеется, не с точки зрения указанного перераспределения семейно-правовой «материи» в правовом пространстве, а в смысле констатации массива публичных элементов с одной стороны, и личных – с другой, что должно выводить значительную часть брачных и семейственных объектов регуляции из-под эгиды гражданского права, адекватного в то время цивилистике¹⁵.)

В.И. Синайский, подчеркивая сложность перевода этического в юридическое, обращал внимание на необходимость системной оценки того и другого в правореализации и правоприменении: «естественные и нравственные отношения лишь лежат в основе юридических отношений членов семьи. Поэтому при толковании норм семейного права необходимо стремиться придать нормам юридическое значение, а не ограничиваться констатированием их нравственного характера»¹⁶.

Обычное гражданское право в России. М., 2003. С. 388. (Публ. по изд. 1877 и 1879 гг.).

¹³ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 375.

¹⁴ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. Т. 1. С. 33.

¹⁵ Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, Д.И. Мейер ввел в свой курс гражданского права семейственные отношения, «делая уступку общепринятому приему и педагогическим соображениям». См.: Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. С. 91.

¹⁶ Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 485. (Публ. по изд. 1914 – 1915 гг.).

Г.Ф. Шершеневич, опираясь на традиции частного права, большую протяженность его границ, включал семейное право (как имущественную, так и личную его часть) в гражданско-правовое пространство, подчеркивал, как и другие цивилисты, достаточно слабые возможности энергетического воздействия права на брак и семью: «Физический и нравственный склад семьи создается помимо права. Введение юридического элемента в личные отношения членов семьи представляется неудачным и не достигающим цели. ... Если юридические нормы совпадают с этическими, они представляются излишними¹⁷, если они находятся в противоречии, то борьба их неравна ввиду замкнутости и психологической неуловимости семейных отношений. ... К семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишенные санкции». Соответственно в круг объектов регуляции автор включал права личной семейной власти и право на содержание¹⁸.

Однако, во-первых, характеризуя конкретные проявления данных институтов, Г.Ф. Шершеневич и сам отнюдь не всегда критически относился именно к ситуациям очевидного вмешательства государства во внутренние семейные отношения и их нравственный склад: «Обязанность сожителства основана на праве личной власти, от которого муж не может отречься и которого не может отчуждать. Поэтому воспрещаются все акты, склоняющиеся к самовольному разлучению супругов¹⁹. ... Брак возлагает на супругов *обязанность верности*. ... Нравственное общение, устанавливаемое браком, стесняет возможность сви-

¹⁷ Как видим, непослушание данным указаниям проявлялось не только в законодательстве того времени, но и в семейных законах весьма различных между собой периодов российской государственности 1917 – 1918 гг., 1930-х, 1960-х, ... 1990-х гг., это не может быть случайностью и очевидной системной ошибкой поколений и поколений законодателей. Ценность права, конечно, в его нормативности, но последняя допускает разнообразные нетипичные нормативные предписания, в т.ч. идеи, начала (принципы) правового регулирования.

О нетипичных правовых предписаниях см., например: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 138–148.

¹⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 583–584.

¹⁹ Там же. С. 616.

детельства на суде²⁰. ... Дети обязываются к *почтительности*²¹.

Во-вторых, цивилисты того времени знали вполне определенную, еще не «взорванную» 1917-м годом, систему права и законодательства, не имели для своего исследования интуитивных, экспериментальных и т.п. ее образцов, каковые появились в XX в. Трудно предугадать с точностью их реакцию на эти образцы – ясно только, что она была бы с большим разбросом суждений, в т.ч. и по поводу суверенности семейного права, в том или ином охвате регулируемых им отношений.

А. Боровиковский, опираясь на судебную практику вопроса, весьма близко подошел к идее негражданско-правовой сущности исследуемого правового комплекса: «Должно ясно сознавать пределы той помощи, какую может оказать суд, когда к нему обращается семейная распря»²². ... Природа некоторых правоотношений семейственных «представляется действительно загадочною, подобно тому, как существуют загадочные для научной классификации организмы – не то растения, не то животные. "Право семейственное" и кодексами, и систематиками обыкновенно *приурочивается* к области права гражданского. Но при этом остается *несомненным*, что, несмотря на такое приурочение, семейные правоотношения ... особенностью своей природы *существенно отличаются* от прочих гражданских правоотношений». Разумеется, автор делал акцент прежде всего на личных отношениях и допускал их в сферу частного права условно и временно: «На той степени культуры, когда семья зиждется на принципе абсолютной власти главы семейства над женою и детьми, институт семьи имеет много признаков института частного гражданского права: глава семейства – субъект права, прочие члены семьи – объекты этого права, а самое право близко схоже с правом собственности на вещи. Но юридический строй семьи *христианской* придает этому институту такие черты *sui generis*, которые уже вовсе не ладят с принципами, составляющими основные устои частного права»²³. Далее автор высказывал традиционное сомнение в придании им юридиче-

²⁰ Шершеневич Г.Ф. Указ соч. С. 618.

²¹ Там же. С. 627.

²² Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1892. С. 214.

²³ Там же. С. 263–264.

ского характера вообще – ввиду их окрашенности религиозными и нравственными элементами. (Впрочем, подверженность брачных отношений воздействию канонического права им не рассматривались вовсе, ибо очерк являл собою размышления судьи не церковного суда). Однако далее, несмотря на свои сомнения в допустимости вовлечения личных семейственных отношений в сфере права, А. Боровиковский, думая о совершенствовании закона и судебной практики, отмечал: «... судебные гражданские установления столь же непригодны, как и, наоборот, установления, специально рассчитанные на эти функции, были бы непригодны для разбирательства споров о праве гражданском. ... Будь у нас целесообразный трибунал, быть может, ему далось бы достаточно работы. Пусть же его ищут»...²⁴

Таким образом, внутри цивилистики этого периода была подготовлена почва для **суверенизации семейного права**. Однако «всходы» появились только в 1917 г.²⁵ Из ушедшего в небытие канонического права и «взорванного» изнутри гражданского права первоначально в малых энергетических дозах, затем во все возрастающих сформулировались новые нормативные представления о брачном, семейном и опекуновском праве следующего поколения, а на их базе – «протоотрасль» семейного права, хотя и без системного анализа причин и задач данной правовой автономии.

По утверждению В.И. Бошко, первенство в обосновании²⁶ этой идеи принадлежит А.Я. Вышинскому (1939 г.)²⁷. Однако, анализируя историю вопроса, А.М. Нечаева замечает, что определенное осознание суверенности семейного права произошло уже в 1917 г. Например, известный теоретик права П. Стучка рассматривал семейное право в качестве самостоя-

²⁴ Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. С. 214, 272–273.

²⁵ Как отмечал В.А. Тархов, отделение «от гражданского права права семейного было подготовлено еще дореволюционными высказываниями и получило законодательное оформление в первый же год Советской власти в виде отдельного кодекса». (Тархов В.А. Курс гражданского права. Саратов, 1987. С. 75.)

²⁶ А скорее, провозглашении, «лозунгировании».

²⁷ См.: Бошко В.И. Очерки советского семейного права. Киев, 1952. С. 46.

тельного понятия, которое «охватывает все правовые отношения, связанные с семьей»²⁸. Кроме того, в 1930-е гг. эту идею поддерживали Д.М. Генкин (1939 г.), М.А. Аржанов, М.М. Агарков (1940 г.) и др.²⁹

В 40-е и 50-е гг. XX в. большинство цивилистов были убеждены в его отраслевом статусе. Так, В.И. Бошко подчеркивал, что семейное право, в отличие от права гражданского, регулирующего в основном имущественные отношения, связанные с производством материальных благ и процессом их обращения, закрепляет и развивает отношения, связанные с воспроизводством человека, воспитанием и заботой о нем в семье³⁰. Разумеется, самостоятельность семейного права, по мнению автора, опирается на суверенное семейное законодательство³¹ (республиканские кодексы были созданы независимо от гражданских кодексов и раньше последних; кроме ГК Азербайджанской ССР, принятого в 1923 г. и включавшего до 1927 г. разделы брачного, семейного и опекунского права³²). Границы же науки семейного права предполагалось раздвинуть за счет включения в предмет ее исследования вопросов правовой охраны детства и материнства, государственной помощи семье, пользования жильем (членами семьи) и наследования по закону³³.

Г.М. Свердлов подчеркивал, что предмет семейного права составляют отношения брака, родительства, усыновления, принятия детей на воспитание, имущественная сторона которых, хотя и имеет значение, но не является главной, определяющей основной смысл и содержание перечисленных отношений. В то же время автор полагал не только возможным, но и нормально-позитивным применение к семейным отношениям норм гражданского права по аналогии – при условии допущения таковой природою конкретного вида семейных отношений (например,

²⁸ См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практик. М., 2007. С. 32–33.

²⁹ Библиографию по вопросу см.: Ворожейкин Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 29.

³⁰ См.: Бошко В.И. Указ. соч. С. 36.

³¹ Там же. С. 46.

³² См.: Свердлов Г.М. Советское семейное право. М., 1958. С. 23.

³³ См.: Бошко В.И. Указ. соч. С. 40–41.

алиментных), – впрочем, в качестве частных случаев, а не тенденции³⁴.

В 1950-е и 60-е гг. одновременно с активными и плодотворными исследованиями в области системы советского права развернулась и дискуссия о месте семейного права в этой системе, и прежде всего между Ю.К. Толстым, О.С. Иоффе, с одной стороны, и В.А. Рясенцевым, Е.М. Ворожейкиным – с другой, которых поддержали и другие цивилисты³⁵.

Так, Ю.К. Толстой на основе позиции о пяти составляющих данной системы (государственном, административном, гражданском, уголовном и процессуальном праве³⁶) и отнесения остальных «игроков» на этом правовом поле к комплексным образованиям³⁷, представляющим не систему, а систематику права, производящуюся в исследовательских и практических целях, относил к последним и семейное право (правда, в весьма достойной компании с трудовым и земельным). Перечисленные пять «китов» обладают, по мысли автора, предметным единством и специфическим методом регулирования, в их состав не могут входить нормы других отраслей права³⁸.

Возражая Ю.К. Толстому, Е.М. Ворожейкин отмечал: 1) далеко не все отношения основных отраслей обладают общим «сущностным признаком» (например, равенства субъектов нет в обязательстве из причинения вреда источником повышенной опасности); 2) если говорить о комплексных отраслях как части основной отрасли, то и они не могут содержать норм, относящихся к другим отраслям, «потому что основная отрасль, т.е. целое, таких норм не содержит»; 3) то же самое следует сказать и о смешении методов: если комплексная отрасль вхо-

³⁴ См.: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 24–25.

³⁵ См.: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права; Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 24–25.

³⁶ См.: Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. О системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 6. С. 107.

³⁷ Впервые эту идею выдвинул, как известно, В.К. Райхер. См.: Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М., 1947. С. 109.

³⁸ См.: Толстой Ю.К. О теоретических основах кодификации гражданского законодательства // Правоведение. 1957. № 1. С. 45.

дит в основную, она не может иметь иного метода, нежели основная³⁹.

Классиком жанра контраргументации по исследуемому вопросу признается О.С. Иоффе, а его визави – В.А. Рясенцев и Е.М. Ворожейкин.

Так, В.А. Рясенцев обращает наше внимание на то, что О.С. Иоффе, желая подчеркнуть внутриотраслевую специфику семейного права как части права гражданского, определяет первое как систему норм, регулирующих в пределах подконтрольности государству личные и имущественные отношения граждан как участников семейных отношений. Однако, пишет В.А. Рясенцев, момент государственной подконтрольности, если понимать его как оценку возможности добиться через норму желаемого результата и возможность проконтролировать этот результат, сопутствует принятию любого закона – ничего специфического здесь нет; в то же время, если семейное право – часть гражданского права, то почему признак подконтрольности не выдвигается при определении последнего? При всем разнообразии институтов гражданского права они объединены, продолжает автор, их общей экономической природой, каковая, даже при связи семейного права с некоторыми гражданско-правовыми институтами, для него не характерна. Да, семейное право использует понятия гражданского права, но и понятия семейного права, в свою очередь, используются или имеют значение как для гражданского права, так и для более отдаленных отраслей (трудового, административного, уголовного права и др.), – это неизбежно в силу их единства как системы⁴⁰.

Совместная «прогулка по садам аргументации» О.С. Иоффе и Е.М. Ворожейкина носит более пространственный характер. Ключевым ее пунктом является собственно предмет правового регулирования. Так, соглашаясь, что предмет семейного права составляют **личные отношения и связанные с ними имущественные**, а гражданского – имущественные и связанные с ними некоторые личные отношения, О.С. Иоффе замечает, что характерное для гражданского права в целом не всегда подтверждается каждой его составной частью (например, авторским и изо-

³⁹ См.: Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 31–32.

⁴⁰ См.: Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 15–16.

бретательским правом), а при охране чести и достоинства имущественные моменты и вовсе отсутствуют⁴¹. «И если одного только этого факта недостаточно для исключения подобных институтов из гражданского права, то аналогичные обстоятельства не могут служить препятствием и для включения в него права семейного»⁴².

О.С. Иоффе оспаривает также эксклюзивность семейных имущественных отношений, как строящихся на невозмездных (и безэквивалентных) началах, – таковые, по его мнению, встречаются и среди гражданских. Аналогичное возражение автор выдвигает и по поводу ддящегося характера семейных связей. Напротив, семейные отношения обладают главным признаком гражданско-правового метода – равенством субъектов. В итоге О.С. Иоффе приходит к выводу об отсутствии необходимых и достаточных специфических черт данной группы отношений⁴³, чтобы, оценив их по достоинству, разрешить им самостоятельное «плавание».

Е.М. Ворожейкин обращает наше внимание, во-первых, на особенные характеристики личных семейных правоотношений, которые проявляют себя прежде всего в его **субъектах**: участниками гражданских правоотношений могут быть любые граждане (а сверх того – еще и организации), семейных – только граждане и притом в особом качестве супругов, родителей, детей и т.д. Во-вторых, семейные имущественные отношения нельзя рассматривать в «чистом виде» – все они **неотрывны от личных семейных отношений** и прекращаются вместе с ними⁴⁴; кроме того, в них не только отсутствует возмездность и эквивалентность, они **не обладают** и четко выраженной **стоимостной формой**. В-третьих, **длющийся** характер для семейных отношений является типичным⁴⁵, а для гражданских – возможным. Наконец, в-

⁴¹ Речь, разумеется, идет о гражданском законе тех лет.

⁴² Иоффе О.С. Советское гражданское право. Ч. III. Л., 1965. С. 182.

⁴³ См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 183–184.

⁴⁴ На это же указывал и С.Н. Братусь: «Там, где эта связь прерывается, например в случае расторжения брака, данная специфика утрачивается и вступают в действие нормы гражданского права». См.: Братусь С.Н. Указ. соч. С. 112.

⁴⁵ Далее мы отметим, что в паре «регулятивные – охранительные семейные правоотношения» для вторых это проявляется, по меньшей мере, своеобразно.

четвертых, **равенство** субъектов отнюдь не относится к универсальному свойству отношений в сфере семьи – его нет в принятом смысле в отношениях между родителями и детьми, дедушками, бабушками и внуками, опекуном и подопечным и т.п. Таким образом, заключает Е.М. Ворожейкин, то, что **типично для семейных** отношений, лишь **встречается в гражданских** и наоборот, а ряд черт последним и вовсе не присущ⁴⁶.

Разумеется, эта дискуссия как всякая иная между достойными «противниками» в гуманитарной (неточной) сфере не завершилась капитуляцией ни одной из сторон. Более того, ленинградская (петербургская) цивилистическая школа продолжала (и продолжает по сей день) придерживаться в отношениях семейного права «генеральной линии» О.С. Иоффе. Однако накал дискуссии в 70-е – 80-е гг. XX в. существенно ослабел и не подпитывался энергетикой принципиально новой аргументации.

Большинство цивилистов полагало действующее положение вещей сущим, меньшинство – спорным, а единый в своем многообразии законодатель последовательно присоединялся к первой точке зрения в 1918, 1926, 1968 – 1969 гг. в виде совершенствовавшихся, менявшихся кодифицированных актов о семье, что само по себе не являлось необходимым и достаточным доказательством суверенности семейного права, но, по крайней мере, свидетельствовало о наличии особой социально значимой области общественных отношений, нуждавшейся в специальном регулировании.

Семейный кодекс 1995 года, будучи одним из результатов изменений в социально-экономической сфере, своими диспозитивно-договорными ориентирами активно поспособствовал «взрыву» такого благополучия – трансформации идеи семейно-правового суверенитета из презумпции в обычный тезис, подлежащий доказыванию по общим правилам научного познания. Тому, по меньшей мере, два очевидных, объективированных в печатное слово свидетельства – третья часть учебника по гражданскому праву

⁴⁶ Братусь С.Н. Указ. соч. С. 35–36.

данскому праву петербургской школы и учебник по семейному праву М.В. Антокольской⁴⁷.

По мнению инициаторов возобновления дискуссии, доводы в пользу признания семейного права самостоятельной отраслью сводились в советское время к констатации значительного присутствия в его методе **императивных** начал (вследствие общей тенденции государственного вмешательства в частные дела) и **преобладанию личных отношений над имущественными** – количественно и качественно, – доводы, которые ни тогда, ни сейчас не представлялись достаточными⁴⁸. Соответственно возвращение семейного права в «лоно гражданского права», по их мнению, является не деградацией данного члена российской правовой системы, а закономерным развитием и первого, и второй после освобождения гражданского и семейного права от искажений, которым они подвергались в недавнем прошлом. Накопленный опыт гражданского права, полагает М.В. Антокольская, в оптимальном сочетании частного и публичного начала позволяет, с одной стороны, ограничить произвол субъектов, а с другой – не допустить полного подавления личной свободы, что как раз необходимо и при регулировании семейных отношений⁴⁹.

Между тем проблема и шире, и глубже – совершим по этому информационному пространству неспешное путешествие.

1. **Оптимизация дуализма** российского права на *публичное* и *частное* и соответствующий опыт гражданского права, безусловного лидера цивилистики и «кита юриспруденции», не с очевидностью ведет к **«десувверенизации»** права семейного. Дуализм права не только весьма подвижен в своих границах, но и дополняется «дуализмом» (а точнее, «полиизмом») частного права на гражданское, торговое (как гипотеза), трудовое, се-

⁴⁷ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого Ч. 3. М., 1998. С. 194–204; Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 9–14.

⁴⁸ Так, Н.Д. Егоров сделал довольно жесткое заявление о том, что «за всю историю науки семейного права не было выдвинуто ни одного аргумента, безусловно свидетельствующего о том, что семейное право – это самостоятельная отрасль права». (См.: Гражданское право. М., 2007. Ч. 3. С. 198.)

⁴⁹ См.: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 40.

мейное... Опыт гражданско-правовых теорий, законодательной и правоприменительной практики может и должен передаваться «детям» гражданского права, но по правилам «разумного родительства», а не «домостроя» или «абсолютизма»⁵⁰.

Как отмечает Е.А. Суханов, «следует признать частно-правовую природу семейного и трудового права, что вовсе не ведет к их включению в сферу действия гражданского права или «поглощению последним»..., ибо «частное право отнюдь не исчерпывается гражданским, составляющим лишь его основу. ...Практическим следствием такого положения может стать лишь допуск (в трудовом праве) или некоторое расширение (в семейном праве) субсидиарного применения определенных гражданско-правовых норм общего характера соответственно к трудовым или семейным отношениям»⁵¹.

2. М.В. Антокольская свой в целом справедливый тезис о том, что праву непосредственно следует воздействовать на имущественные семейные отношения, в личных же – затрагивать только *внешнюю сторону*, без регуляции их внутреннего содержания, опирается на позиции российских теоретиков права и цивилистов о нравственной и юридической границах брачности, родительства, семейственности конца XIX – начала XX в. (которые мы, собственно, кратко и изложили ранее).

Однако все это, как показывает законодательный и правоприменительный исторический опыт, отнюдь не приводит к отказу общества и государства воздействовать на семейные отношения методологически комплексно (через религию, мораль, обычай, закон) – в бесконечных удачных и неудачных попытках их оптимизации в соответствии с достигнутым уровнем культуры, благосостояния, научного знания (философского, социологического, психологического, медицинского...) и другими факторами человеческого бытия: слишком очевидна и велика социальная значимость институтов супружества, родительства, семьи, родства. При этом, как точно подмечает О.Ю. Косова: «Если безусловно невозможно с помощью права влиять на брачно-семейные отношения, придется признать невозмож-

⁵⁰ Подробнее об этом см. далее.

⁵¹ Суханов Е.А. Частное право в российской правовой системе // Государство и право на рубеже веков: Материалы Всероссийской конференции. М., 2001. С. 7–8.

ность воздействия на них не только с помощью семейного, но и любой другой отрасли, в том числе и гражданского права»⁵².

Думается, что суждения российских юристов, напротив, подтверждают острейшую *специфику семейных отношений* как объекта правового влияния и предмета правового регулирования. Да, далеко не все личные семейные отношения становятся таковым предметом и не все в тех личных, которые все-таки стали им, может и должно подвергаться правовому вмешательству. Но кое-что должно, и весьма существенному: 1) юридико-фактический состав семейных правоотношений (брачных, родительских, опеки и попечительства, приемного родительства и т.п.); 2) содержание отношений по воспитанию детей – со стороны всех законных субъектов (вплоть до «фактического воспитателя»), частично – содержание личных отношений между супругами (реализация цели создания семьи, выяснение в бракоразводном процессе возможности ее сохранения, обеспечение интересов несовершеннолетнего супруга в процессе о признании брака недействительным – при нарушении условия о брачном возрасте и др.); 3) поощрение к появлению новых отношений (суррогатного материнства, дополнительных форм попечения детей, оставшихся без родительской заботы, – на основе реализации компетенции субъектов Российской Федерации и др.) и, напротив, установление препятствий, запретов, ограничений для появления и развития асоциальных отношений (кровосмешения, клонирования и т.п.).

3. Личный и личностный характер семейных отношений в теории семейного права рассматривается многоаспектно⁵³. Во-

⁵² См.: Косова О.Ю. О предмете семейного права // Сибирский юридический вестник. 1998. № 1. С. 75.

⁵³ См., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 43–70; Нечаева А.М. Семья и закон. М., 1980. С. 6 и след.; Она же. Семейное право. М., 2006. С. 28–35; Она же. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 31–37; Никитина В.П. Правовые проблемы регулирования имущественных отношений в советской семье: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1976. С. 15; Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1967. С. 13–14; Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 160–161; Косова О.Ю. Указ. соч. С. 75–76; Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 5–10; и др.

первых, как мы уже отмечали, в плане специфичности их *субъектного состава*⁵⁴: его образуют только физические лица (ни юридические лица, ни государство в них не участвуют), и при этом в совершенно особом качестве – супругов, родителей, детей, дедушек, бабушек, внуков и других родственников, приемных родителей, фактических воспитателей и т.д. В ряде отношений к субъектам предъявляются и дополнительные требования личного порядка, например, ключевую роль может играть признак пола (брак как своеобразное договорное отношение возможен только между мужчиной и женщиной; в отношениях гражданского оборота такое деление представляет лишь социологический и психологический интерес, в юридическом же плане оно безразлично), разница в возрасте (в отношениях усыновления – не менее 16 лет), социальная характеристика лица (в спорах о расторжении брака, о детях, даже об алиментировании супруга или бывшего супруга, в отношениях усыновления и иного попечения над детьми). Все это составляет классику предмета и методологии семейного права и, как правило, абсолютно не интересно для права гражданского⁵⁵.

Кроме того, анализируя существо личных правоотношений между родителями и детьми, О.Ю. Косова справедливо подчеркивает, что в предмете гражданского права «нельзя обнаружить отношений, где бы одна сторона наделялась не только правом, но и обязанностью оказывать личное воздействие на личность другой стороны»⁵⁶.

Во-вторых, важную роль играет такая черта семейных отношений, как *доверительность*. На регулятивном (нормально развивающемся) уровне она проникает во все «уголки» семейно-правового пространства: супруги решают все семейные проблемы на основе взаимного согласия, уважения и поддержки, родители взаимно согласовывают действия по воспитанию сво-

⁵⁴ Классический аргумент суверенности семейного права, который приводился в числе первых, как мы уже отмечали, Е.М. Ворожейкиным и В.А. Рясенцевым.

⁵⁵ А.М. Нечаева совершенно справедливо подчеркивает: противники семейно-правового суверенитета почему-то в «общей части» рассуждений молчаливо обходят именно эти особенности. (См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы... С. 43–47).

⁵⁶ Косова О.Ю. Право на содержание: семейно-правовой аспект. Иркутск, 2005. С. 176.

его ребенка, заботе о его здоровье, образовании и т.п., считаясь с его мнением по данным вопросам и т.д. «Только благодаря доверительности, – пишет Е.М. Ворожейкин, – достигается цель семейного правоотношения. ... Утрата доверительности затрудняет реализацию прав и обязанностей в семейном правоотношении либо делает ее вообще невозможной»⁵⁷. Соответственно нормальное развертывание отношений трансформируется в конфликтное, подключаются охранительные рычаги воздействия на ситуацию, семейное отношение существенно изменяется либо прекращается.

В-третьих, личностный характер проявляет себя в **доминировании личных** (неимущественных, добавили бы «узкие цивилисты») **семейных отношений над имущественными**. Первые играют роль ключевых предпосылок для возникновения, изменения и прекращения вторых. Содержание личных семейных отношений предопределяет содержание имущественных: брак как союз, основанный на лично-доверительных началах и имеющий нетипичную для отношений гражданского оборота цель – создание и поддержание семейной общности, особым образом выстраивает наиболее оптимальные варианты становления и развития супружеских отношений – совместная собственность (брачный имущественный договор – лишь второй способ⁵⁸ регулирования семейной экономики, который вряд ли станет паритетным с первым⁵⁹), презумпция согласия при ее распоряжении, а при ее разделе – возможность отступления от равенства долей по весьма необычным для гражданского права основаниям (например, в связи с необходимостью учета жизненно важных интересов несовершеннолетних детей или одного из супругов), зависимость возникновения или срока действия алиментного обязательства между супругами или бывшими

⁵⁷ См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 49.

⁵⁸ Как точно замечает А.М. Нечаева, «само по себе установление разных режимов собственности супругов свидетельствует о принципиальном отличии семейно-правового и гражданско-правового регулирования их имущественных отношений». (См.: Семейное право. Актуальные проблемы... С. 41.)

⁵⁹ Сомнения в адекватности действующего варианта содержания брачного договора см. в очерке третьем книги. Впрочем, эти сомнения являются рефреном многих ее частей.

супругами от характера поведения в браке управомоченной стороны (например, «недостойного поведения») и т.д.

Н.Д. Егоров, подвергающий довольно резкой критике тезисы о рассматриваемой специфичности семейного права, утверждает, что большинство его исследователей выводят свою аргументацию из положения об основном акценте на регулировании в этой социальной области именно личных отношений, отодвинутости на задний план и подчиненности отношений имущественных, что далеко от истины⁶⁰. Удельный вес этих отношений, пишет автор, сравнительно мал (например, в институте брака 2 статьи посвящены личным отношениям и 14 – имущественным⁶¹), введение в них юридических элементов неуместно и не достигает цели⁶².

Однако В.А. Рясенцев, Е.М. Ворожейкин, В.Ф. Яковлев и др. ученые делали акцент не на количество, а на **качество личных отношений**, что дает результаты, принципиально отличные от гражданско-правовых (см. только что приведенные примеры). Имущественные отношения в семье, подчеркивал В.Ф. Яковлев, производны от личных, ибо возникают лишь при наличии последних и обслуживают их; это отношения общности имущества и безэквивалентной материальной помощи и поддержки нуждающихся членов семьи⁶³. Е.М. Ворожейкин неоднократно отмечал, что в гражданском праве личные права либо вытекают из имущественных, либо связаны с ними⁶⁴, а в

⁶⁰ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 2007. С. 296.

⁶¹ Как тут не вспомнить ответ львицы из известной сказки-анекдота о ее принципиальной неплодовитости: зато я рождаю льва.

⁶² Здесь Н.Д. Егоров опирается на приведенные нами ранее суждения Г.Ф. Шершеневича, который, как мы отмечали, занимал внутренне противоречивую позицию, и отрицая, и позитивно комментируя этико-лично-юридические элементы семейного права одновременно, что, впрочем, лишь свидетельствует о «тонкости материи», а не о слабости субъекта аргументации.

⁶³ См.: Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 10.

⁶⁴ За исключением таких нетипичных прав, как честь, достоинство и т.п. Однако, во-первых, они являют собой «суперэкслюзив» и для гражданского права, а, во-вторых, может, и вовсе не должны там присутствовать. (См. взгляды К.Д. Кавелина и некоторых современных цивилистов. Подробнее о современных к этому подходах см., на-

семейном – картина совершенно иная: личные права не только не вытекают из имущественных, но занимают ведущее место во всей системе правоотношений, превалируют (читай «качественно доминируют, предопределяют» – *Н.Т.*) над имущественными⁶⁵.

Правда, в ту пору семейное законодательство не знало явления брачного договора, действующий вариант которого почти способен «перевернуть пирамиду с ног на голову», то есть существенно отдалить отношения собственности в браке от собственно брака как специфического личного правоотношения, ибо допускает иные режимы супружеского имущества – вплоть до раздельного. Однако, как мы уже отмечали в прежних своих работах, повторимся (и еще не раз будем «бить в эту точку»): такая крайность сомнительна, не отвечает целям и началам (ст. 1 СК РФ) семейного права и законодательства, переводит их с «рельс» **социального служения**, защиты интересов слабейшего (прежде всего ребенка, иногда и супруга) на «рельсы» **коммерческого интереса**, превращает супругов (а за ними и членов их семьи, основанной на данном браке) в субъектов гражданского оборота.

Конечно, не отрицает Н.Д. Егоров, количественный недостаток личных отношений (и соответственно личных прав и обязанностей) «может быть с лихвой восполнен качественной характеристикой правового регулирования личных неимущественных отношений в семье. ... Однако последнее также не подтверждается ни теоретическими аргументами, ни практикой опосредования семейных отношений»⁶⁶. Так, те и другие нередко входят, продолжает автор, в противоречие друг с другом, которое, как правило, разрешается в пользу имущественных отношений. Автор, однако, в подтверждение этого многозначительного тезиса приводит лишь один пример – с разводом: семья как экономическое явление должна быть стабильной и не зависеть от чувств супругов, семья как явление «натуральное»

пример: Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2000; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. М., 2008. С. 27–30. (Автор гл. – В.В. Ровный).

⁶⁵ См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Советское семейное право. М., 1974. С. 36.

⁶⁶ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. С. 299.

на них основывается; чувства утрачиваются и нередко уступают новым; принцип свободы развода, продолжает Н.Д. Егоров, казалось бы, отдает предпочтение вытекающим из естественно-биологического начала семьи личным неимущественным отношениям, однако «напрашивается прямо противоположный вывод, обусловленный тем, что действительная стабильность семьи как экономической ячейки общества возможна только в случае, если она опирается на твердое естественное начало – действительную любовь супругов»⁶⁷.

И где же здесь доказательство разрешения борьбы данных противоположностей в пользу имущественных? В первую очередь самим же автором подчеркнута связь личных неправовых и личных правовых элементов: утрачивается личная основа брака – брак прекращается (а с ним неизбежно и экономика брака).

Представляется, что порой для достижения цели доказать желаемое уважаемый автор превратно толкует положение вещей. Например, Н.Д. Егоров утверждает: «Личные неимущественные отношения между членами семьи регулируются государством постольку, поскольку они тесно связаны с имущественными и оказывают на них определенное влияние. Так, личные ... отношения по воспитанию детей вовлекаются в сферу правового регулирования прежде всего потому, что они тесно связаны с имущественными отношениями по содержанию и воспитанию детей, ... затрагивают экономические интересы общества... Поэтому, в семейной сфере, как и в других сферах действия гражданского права, ведущая роль отводится правовому регулированию имущественных отношений»⁶⁸.

Во-первых, не вполне ясна «проговорка» автора: личные отношения по воспитанию связаны с имущественными отношениями ... по воспитанию. Во-вторых, полагаем, что обществу **самоценна идеология родительства и детства** в семье и сама по себе (тем более что прямые связи между успешной семейной экономикой, успешной государственной экономикой и желаемой – для общества и/или личности – идеологией брака и семьи не установлены: нередко эти связки взаимодействуют с обратно пропорциональным значением). В-третьих, наш «ученый де-

⁶⁷ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3.

⁶⁸ Там же. С. 300.

леж» семейно-правового «пирога» в значительной мере условен и абстрактен – на практике эти отношения имеют сложную взаимозависимость. Главное другое: может ли обеспечивать гражданско-правовой метод правового регулирования адекватное реальным семейным «материалам» регулирование, будет ли «костюмчик сидеть»?..

М.В. Антокольская и цивилисты Санкт-Петербургской школы к числу очевидно гражданско-правовых относят **алиментные обязательства**. Однако, подчеркивает А.М. Нечаева, в этой позиции также наблюдаются противоречия и отступления в пространство семейного права. Так, М.В. Антокольская, сосредоточившись на констатации гражданско-правовой сущности соглашения об уплате алиментов, «не заостряет своего внимания на алиментных обязательствах в случае их исполнения с помощью суда», а именно здесь, на взгляд А.М. Нечаевой, «трудно найти место гражданскому праву»⁶⁹. По мнению Д.А. Медведева, двойственная природа алиментов (где затрагиваются как личные, так и имущественные отношения) объясняет их внешнюю близость с другими гражданско-правовыми обязательствами, впрочем, и очевидные отличия между ними (от договора ренты, дарения и др.); алиментное обязательство: имеет особый субъектный состав; строго безвозмездно – оно никак не связано с встречным предоставлением; существует и вне договорного обязательства, вытекая прямо из закона и решения суда; может изменяться и прекращаться по весьма специфическим основаниям⁷⁰. А.М. Нечаева замечает, что, стремясь к последовательности, автор рассуждает о приоритете социально-экономического начала в данных отношениях, ибо «существование алиментных обязательств обусловлено неравномерным закреплением материальных ценностей среди от-

⁶⁹ См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы... С. 48.

⁷⁰ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. М., 1998. С. 446–446. См. также четвертое издание данного учебника. Т. 3. М., 2007. С. 564–566.

О существенных отличиях алиментных обязательств от гражданско-правовых подробно см.: Косова О.Ю. Право на содержание: семейно-правовой аспект. С. 189–202.

дельных лиц в семье, а также различной способностью последних извлекать доходы за свой труд и на свой капитал»⁷¹.

Между тем, уточняет А.М. Нечаева, материальное обеспечение родителями своих детей не связано с уровнем их материального благосостояния⁷² – налицо их абсолютный родительский долг; эта забота есть неременная черта личности; она не связана с неумением извлекать доходы за свой труд (не все обладают такой способностью, в том числе и безупречные родители); «алименты» и «капитал» по своей внутренней сути несопоставимы (например, «лица с большим капиталом могут всячески уклоняться от уплаты алиментов, и наоборот – родитель со скромным заработком далеко не всегда забывает о необходимости содержать своего ребенка»⁷³. (Все это, разумеется, цивилисты петербургской школы понимают, однако делают акценты, как и в других случаях, на общецивилистические ценности, которые, с их точки зрения, пусть и в «отраженном» виде, распространяются или должны распространяться на имущественные семейные отношения.)

С.Н. Братусь, определяя круг имущественных отношений, подвластных гражданскому праву, включал в него именно отношения экономического оборота («связи, участники которых выступают по отношению друг к другу как имущественно-обособленные субъекты»). Далее автор уточнял: «алиментные отношения имеют своим основанием родство, и поэтому данный вид имущественных отношений, регулируемых нормами семейного права, значительно отличается от имущественных отношений, опосредствующих экономический оборот...»⁷⁴.

Потребительские свойства алиментов, полагает О.Ю. Косова, не означают, что последние превращаются в товар, – это означает, что «семейно-правовой институт алименти-

⁷¹ Гражданское право. Ч. 3. С. 446; Т. 3. С. 564.

⁷² Этот уровень, как известно, влияет на величину помощи (например, суд вправе ее уменьшить с учетом материальных, семейных и др. обстоятельств).

Попытки ввести максимальный предел алиментной суммы успехом не увенчались. Впрочем, целевое назначение алиментов, на наш взгляд, не делает эти попытки совершенно не обоснованными.

⁷³ Нечаева А.М. Указ. соч. С. 49.

⁷⁴ См.: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 68, 110.

рования легализует один из способов перераспределения материальных благ в обществе» (к другим способам, также не сводящимся к гражданско-правовым, относятся, например, социально-обеспечительные правоотношения)⁷⁵.

Специфичность этой связи и этого способа проявляется, как мы уже отмечали, многоаспектно: **субъекты** – супруги (бывшие супруги!), родители, дети, бабушки, дедушки, внуки, братья, сестры, отчимы, мачехи, пасынки, падчерицы, фактические воспитатели и фактические воспитанники; среди **юридических фактов** возникновения связи – брак, родство, свойство, фактическое воспитание, нуждаемость, нетрудоспособность и т.д., а изменения и/или прекращения – кратковременное пребывание в браке или в отношениях фактического воспитания, недостойное поведение в браке, отсутствие заботы о лице, ставшем впоследствии обязанным субъектом, вступление в новый брак и др.; зачет, обратное взыскание, новация и пр. гражданско-правовые технологии не допускаются и т.д. и т.п. Наконец, **целью** алиментного обязательства является «исключительно жизнеобеспечение управомоченной стороны», в отличие от гражданских, где «в большинстве случаев может быть удовлетворение любого имущественного интереса сторон»⁷⁶.

Как следствие личной доминанты собственно имущественные семейные отношения при их правовом урегулировании строятся на ограничении представительства и недопустимости правопреемства, кроме очевидного представительства детей родителями и другими призванными к тому семейным законом лицами.

Наконец, личный момент присущ и многим отношениям другой отраслевой принадлежности (трудовому праву, праву социального обеспечения и др.). Там он проявляется иначе, качественно и количественно, а главное – не создает предпосылок для всеобщего возврата в лоно гражданского права. Нельзя также забывать, что «новый ГК РФ, – отмечает О.Ю. Косова, – более последовательно по сравнению с ГК РСФСР очерчивает предмет гражданского права, отказываясь от регулирования личных неимущественных отношений, не связанных с имуществом, и оставляя их лишь в сфере защиты гражданским пра-

⁷⁵ См.: Косова О.Ю. Указ. соч. С. 184.

⁷⁶ Косова О.Ю. Указ. соч. С. 185.

вом. Тем самым, сферы гражданского и семейного права потенциально "разводятся" дальше друг от друга, чем это делалось на предыдущем этапе развития законодательства»⁷⁷.

4. Спецификой, как уже отмечалось, обладает и начало *равенства* субъектов семейных отношений. Так, эмансипация и на ее основе – эгалитаризация брака, закрепили начало равноправия, но не привели к формальному равенству супруга и супруги – ввиду объективной невозможности полного отождествления их как субъектов: муж не вправе возбуждать дело о разводе без согласия жены в течение всего периода ее беременности и материнства до года ребенка (ст. 17 СК РФ), он же обязан предоставлять ей содержание в период беременности и в течение трех лет со дня рождения ребенка (ст. 89 – 90 СК РФ), косвенным образом неравенство фиксируется в классической презумпции отцовства в браке (ч. 2 ст. 48 СК РФ) и при оспаривании отцовства как в браке, так и вне его (п. 2, 3 ст. 52 СК РФ)⁷⁸.

По объективным причинам лишь условно можно говорить о равенстве в отношениях между родителями и детьми (особенно малолетними). «Уже сами по себе возрастные различия между ними, – справедливо замечает О.Ю. Косова, – степень умственного, физического развития, обладания жизненным опытом позволяют родителям осуществлять воздействие на процесс формирования личности ребенка, то есть осуществлять их воспитание»⁷⁹. Да и положения о почти всеобъемлющих представительских функциях и преимущественном праве родителей на воспитание ребенка перед всеми третьими лицами усиливают их позицию в сравнении с позицией детей. Разумеется, почти то же самое можно констатировать относительно усыновления, приемного родительства, опеки и попечительства.

Возражение цивилистов о том, что подобные ситуации с участием детей возникают и в гражданско-правовой сфере (опе-

⁷⁷ Косова О.Ю. Указ. соч. С. 75.

Не все цивилисты согласны с такой оценкой. Высказывается точка зрения об «экспансии» гражданского права (см. далее).

См. также: Чефранова Е. Применение к семейным отношениям норм гражданского законодательства // Российская юстиция. 1996. № 10. С. 45.

⁷⁸ Подробно об этом см. очерк о гендерных аспектах семейного закона.

⁷⁹ Косова О.Ю. Указ. соч. С. 74.

ка и попечительство) могут быть оценены двояко: во-первых, их вектор ориентирован в имущественную сферу; во-вторых, вообще вызывает сомнение решение законодателя регулировать отношения опеки и попечительства над детьми (особенно) и другими членами семьи и/или родственниками нормами гражданского права. Все личные и имущественные отношения родителей (усыновителей и т.п.) и несовершеннолетних детей, а возможно, и других субъектов с «семейным элементом» вполне могли бы стать объектами семейно-правового воздействия⁸⁰.

Качества равенства, имущественной самостоятельности, а также автономии воли в той мере, в какой они присущи отношениям, регулируемым гражданским правом, не характеризуют, по мнению О.Ю. Косовой, и алиментные обязательства. Именно нетрудоспособность этих лиц и нуждаемость в содержании за счет членов семьи свидетельствует, по крайней мере, об отсутствии у них имущественной самостоятельности⁸¹. Существо отношений делает бессмысленным и рассуждения о равенстве субъектов.

Ф.О. Богатырев, сторонник внутригражданского подчинения семейного права, добавляет нам в качестве примера и приснопамятный институт «мужней власти» над женой. Кроме того, автор напоминает, что «власть есть и в корпоративных отношениях и даже идет дальше: «... и кредитор по обязательству в какой-то степени властвует над должником» (не говоря уже о власти работодателя над работником). Все эти примеры, встречающиеся и за пределами семейного права, продолжает автор, «говорят о "власти" одного субъекта над другим не в смысле отношений власти и подчинения (публичных отношений)», ибо сторона в них не обладает, в отличие, например, от административного права, аппаратом принуждения⁸².

Во-первых, это не совсем так: и былая «мужнина власть» (в большей степени – вплоть до исков о выдворении жены к мужу), и современная «власть» родительская (в существенно

⁸⁰ Мы все прекрасно понимаем и периодически констатируем: если нам выгодно, мы опираемся на авторитет законодателя, если не выгодно, критикуем его как всякого «делающего дело» и, следовательно, совершающего ошибки.

⁸¹ См.: Косова О.Ю. Указ. соч.

⁸² См.: Богатырев Ф.О. Состав относительных неимущественных гражданских отношений // Журнал российского права. 2002. № 11. С. 89.

меньшей степени) опиралась (опирается) на государственное содействие (например, в лице органов опеки и попечительства). Во-вторых, эта «власть» смягчена влиянием частно-правовых технологий – она действительно «другая» (и по субъектному составу, и по юридическим фактам возникновения, и по целеполаганию, и по объекту регуляции). Но она есть, что, собственно, автором и не отвергается⁸³.

⁸³ Вопрос о равенстве в семейном праве возникает и со стороны общетеоретических идей о сущности права и его системе. Так, опираясь на конструкцию В.С. Нерсесянца «право как триединство свободы, равенства и справедливости» (Нерсесянц В.С. Ценность права как триединства свободы, равенства и справедливости // Проблемы ценностного подхода в праве: Традиции и обновления / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1996. С. 4 и след.), Н.В. Разуваев пытается выстроить иерархию данных ценностей для той или иной отрасли права. Например, для гражданского права автор видит в качестве основной ценности свободу (п. 2 ст. 1, ст. 21 ГК РФ), ее непосредственную конкретизацию – в равенстве субъектов, ради же справедливости делаются отдельные отступления от свободы (ст. 169, 179, 421–422 ГК РФ и др.). В семейном праве, полагает автор, основной ценностью выступает равенство как важнейший принцип построения внутрисемейных отношений, свобода конкретизирует самоопределение субъектов семейного права по отношению к третьим лицам и государству (п. 4 ст. 1, ст. 7, 12 СК РФ), а справедливость не представляется первоочередной ценностью и при перечислении принципов отрасли (ст. 5 СК РФ) упоминается после гуманности и разумности. (См.: Разуваев Н.В. Критерии отраслевой дифференциации права // Правоведение. 2002. № 3. С. 54–55.)

Однако, во-первых, по смыслу ст. 5 СК эти принципы имеют статус общеправовых. Во-вторых, технически невозможно перечислить одновременно даже и равнозначные положения. В-третьих, наши примеры свидетельствуют, что не все «благополучно в королевстве равенства», о чем Н.В. Разуваев, похоже, не догадывается.

Нам ближе размышления, например, Р.З. Лившица о праве как нормативно закрепленной и реализованной справедливости, достигнутой через общественное согласие, компромисс, которая по-разному проявляет себя в тех или иных отношениях – распределительных, трудовых, ответственности и т.д. (См.: Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 67–69.). Соответственно справедливыми могут быть равенство и неравенство, свобода и ее ограничение. (Подробнее об этом см., например, очерк о гендерном равенстве.)

5. Традиционно особое значение для семейной сферы имеет теснейшее *взаимодействие права и морали*, формально-юридических и нравственных начал, оно проявляется, по меньшей мере, в трех качествах. Во-первых, в классическом, общеправовом значении: семейное право должно быть *морально обоснованно*, «иметь своего рода легитимацию с позиций господствующей, общепринятой морали»⁸⁴, хотя и не рассматриваться в прямолинейной зависимости – всего лишь как «минимум морали», ибо возможна и обратная связь – воздействие на процесс эволюции моральных ценностей⁸⁵, работа семейного права «на опережение» (например, в области ряда запретов на вступление в брак, в репродуктивной сфере).

Во-вторых, и это уже составляет специфику прежде всего и именно семейно-правового регулирования, *нравственные категории и предписания непосредственно закрепляются в семейном законодательстве*: семейные отношения строятся «на чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов»; ребенок имеет право на «уважение его человеческого достоинства», родители обязаны заботиться о «духовном и нравственном развитии своих детей», «при назначении ребенку опекуна (попечителя) учитываются нравственные и личные качества опекуна (попечителя)»; суд может освободить супруга от алиментной обязанности перед вторым супругом или ограничить ее определенным сроком в случае «недостойного поведения в семье супруга, требующего выплаты алиментов», и т.д. и т.п. – ч. 2 п. 1 ст. 1, ч. 2 п. 2 ст. 54, п. 1 ст. 63, ст. 92, п. 2 ст. 146 СК РФ.

Как справедливо отмечает Б.М. Гонгалло: «Включение в закон рассматриваемых положений, наверное, нельзя оценивать отрицательно, быть может, следует даже приветствовать. Но при этом надо отдавать себе отчет в том, что «перевести на

⁸⁴ См.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1993. С. 70.

Так, Б.М. Гонгалло, констатируя «бессилие» права обеспечить нормативно-декларативную сентенцию о взаимопомощи членов семьи, тем не менее, замечает: «Будучи "вмонтированными" в юридическую материю, требования о необходимости взаимопомощи трансформируются, приобретая форму обязанностей по содержанию одними членами семьи других». (Семейное право / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2007. С. 18.)

⁸⁵ См.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 69.

юридический язык» такие понятия, как любовь и уважение (в семье), еще никогда не удавалось и вряд ли когда-нибудь удасться»⁸⁶. Истинно так. Поэтому так сложен указанный «перевод», хотя в ряде случаев и не невозможен.

Ядро семейных отношений (в том числе правоотношений), пишет А.М. Нечаева, составляет их духовность, нравственные начала поведения человека, что относится к непреходящим ценностям российского общества; семейное право несет архиважную воспитательную нагрузку, выполняет воспитательную миссию по отношению ко всем гражданам⁸⁷, а потому тяготеет не к экономике (хотя и не может игнорировать ее, «великую и ужасную»), а к нравственным ценностям и нормам о них.

Рассуждения (и даже резкие заявления) о юридической «пустоте» многих подобных семейно-правовых норм с точки зрения формально-нормативных канонов основательны. Однако очевидно, что не только в рамках указанного канона право выполняет свои функции. Его «скелет» нормативен, но существо гораздо сложнее – тем более существование. Нормы-декларации о должном, в том числе нравственно должном, нужны обществу, а значит, и праву (в нашем случае – семейному праву)⁸⁸, тем более что примеры, приведенные ранее, свиде-

⁸⁶ Алексеев С.С. Теория права. М., 1993. С. 69.

Об этом см. далее, а также см. очерк о браке (тема о его прекращении) и родительстве (право на воспитание, споры о детях).

⁸⁷ См.: Нечаева А.М. Семейное право как самостоятельная отрасль // Государство и право на рубеже веков: Материалы Всероссийской конференции. М., 2001. С. 25.

⁸⁸ Создается впечатление, что приятие такого взаимодействия в XIX в. (и ранее) было обусловлено исключительно неразработанностью теории права. Появилась триада, где «лакмусовой бумажкой» юридичности норм выступает санкция, – и все ей несоответствующее следует из права изгнать (кроме нестандартных правовых предписаний вроде схем, рисунков и т.п.). Появились другие формально-определенные композиции – и ... Полагаем, что этой своеобразной идейной «пятой колонне» надо спокойно и корректно сопротивляться.

Так, например, А.М. Нечаева замечает: «... теория как таковая всегда отличалась и отличается известной долей абстракции, не всегда уместной при исследовании сущности и назначения конкретных норм семейного права». (Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы... С. 43.)

тельствуют и о возможной классической юридической конкретике правил, в основе которых непосредственно лежат этические конструкции.

В-третьих, **нравственная характеристика** личности и ситуации (конфликта), как правило, имеет **существенное значение для разрешения семейного дела** юрисдикционным органом, даже если таковые требования не закреплены в семейном законе: утрата чувства любви как причина развода, аморальный образ жизни матери как основание передачи ребенка отцу, а усыновителя – отмены усыновления и т.д. Аналогично и органами опеки и попечительства в пределах их компетенции по решению семейных дел.

Две последние формы взаимодействия формально-юридических и нравственных начал с очевидностью выстраивают «стену отличий»⁸⁹ отношений семейных и гражданского оборота. Здесь уместно вспомнить блестящее суждение по этому поводу известного российского юриста А.Л. Боровиковского⁹⁰, который еще в конце XIX в., сравнивая существо типичных гражданских дел и дел из правоотношений семейных, писал: «Любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный. Этот должник уплатил долг охотно..., другой уплатил, проклиная кредитора, – оба случая юридически одинаковы... Но далеко не празден вопрос, благорасположены ли друг к другу **муж и жена**, ибо здесь любовь есть самое **содержание** отношений...»⁹¹

В-четвертых, лично-нравственные характеристики семейных дел породили и систематически воспроизводят массив специализированных гражданско-процессуальных норм, по сложившейся традиции к тому же размещаемых в семейном законе⁹². (Разумеется, это не является прямым аргументом «pro», но является косвенным.)

При этом, разумеется, неизбежность определенной абстрактности теории мы ни в коей мере не отрицаем.

⁸⁹ Ввиду их очевидности стена имеет качество «китайской».

⁹⁰ Яркость тезиса даже выработала у нас привычку к его повторению.

⁹¹ Боровиковский А. Отчет судьи. С. 212.

⁹² Подробно об этом см. очерк второй (тема о прекращении брака) и очерк шестой.

6. Все семейные отношения регулятивного типа и часть охранительного относятся к **длящимся**⁹³. В основе данного признака для той или иной группы отношений лежат различные обстоятельства, а главное – цели: в браке – создание и поддержание семейной общности, между родителями и детьми – обеспечение надлежащего физического, интеллектуального и нравственного развития ребенка, защита его интересов перед третьими лицами, в усыновлении, опеке, попечительстве, в приемной семье – восполнение родительской заботы, в отношениях по алиментированию – материальная поддержка нуждающихся нетрудоспособных членов (в том числе бывших) семьи и т.д. Некоторые семейные отношения развиваются вне каких бы то ни было пределов времени – их судьба обусловлена иными юридически значимыми фактами: брачное, часть алиментных (с участием совершеннолетних субъектов). Другие – в строгих временных рамках, оговоренных в законе: родительство, усыновление, алиментирование несовершеннолетних детей и др. Третьи – до наступления юридического факта: алиментирование бывшего супруга до вступления его в новый брак и т.п. Четвертые – в пределах срока договора (если таковой определен сторонами): брачного, алиментного, о приемной семье и т.д. Значительная часть из перечисленных разновидностей может прекращаться посредством административного или судебного акта.

Конечно, длящийся характер не исключается и для других отраслевых отношений, однако в перечисленном наборе вариантов это типично только или преимущественно для отношений семейных.

7. Многие цивилисты традиционно обращают внимание на одно качество, характерное для **семейных имущественных отношений**. Мы уже отмечали их вторичную, производную от личных отношений природу, особый субъектный состав, обусловленность их содержания и развертывания во времени и пространстве содержанием соответствующего личного семейного отношения и т.п. Дополнительно к этому следует подчеркнуть, что имущественные отношения, составляющие предмет семейно-правового регулирования, не несут в себе эквива-

⁹³ См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 67.

лентно-возмездного начала⁹⁴: общность имущества, нажитого в браке, презюмируется независимо от уровня доходов каждого из супругов – более того, суд вправе отступить от равенства долей с учетом интересов несовершеннолетних детей, остающихся с одним из супругов, а также в пользу последнего, если это обусловлено жизненно важными потребностями, не могущими реализовываться обычными образом; материальная поддержка членов семьи (добровольно ли, по решению ли суда) осуществляется без ожидания каких бы то ни было компенсаций в будущем и т.д. Правда, следует заметить, что исключения из данного правила все же имеются. Так, элементы компенсационности просматриваются, когда суд, разрешая дело, например, о разделе общесупружеского имущества, отступает от равенства долей в пользу первого супруга, если второй не приносил дохода в семью без уважительной причины или расходовал это имущество в ущерб интересам семьи, или отказывает в удовлетворении иска родителю о взыскании средств на свое содержание с совершеннолетних детей, если установит факт его уклонения от выполнения родительских обязанностей, или применяет семейно-правовые принципы раздела имущества в интересах добросовестного супруга при признании брака недействительным (ч. 1 п. 4 ст. 30, п. 2 ст. 39, п. 5 ст. 87 СК РФ). Предусмотрены, в порядке исключения, и возможности возмещения морального вреда (см., например, ч. 2 п. 4 ст. 30 СК РФ). Однако исключения, как известно, никогда не колеблют общего правила, а лишь оптимизируют ситуационные возможности правового регулирования. При этом, сама по себе тенденция расширения начал возмездности и/или эквивалентности, если она обоснованна (например, в договорных правоотношениях приемного родительства, опеки, патроната и даже суррогатного материнства), не должна оцениваться негативно как начало нехарактерное, неправильное, разрушительное. В этом вопросе главное – соблюсти меру между лично-правовой сущностью явления и его экономическим «контрфорсом», что симпатично и по силам праву семейному и не вполне несимпатично праву гражданскому.

⁹⁴ См., например: Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. С. 10; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 70–71; Косова О.Ю. Указ. соч. С. 77. и др.

Отвлекаясь на промежуточный итог, подчеркнем один из ключевых тезисов «классиков семейно-правовой цивилистики» (Е.М. Ворожейкина и В.А. Рясенцева): каждая специфика, взятая в отдельности, может быть характерна (или просто «промелькивать») и для институтов гражданского права, и для институтов других отраслей права, – речь идет о профессионально грамотном смешении этих специфик – «красок» – и профессиональном же нанесении их на «холст» брачности, семейственности, родительства, попечительства – с тем чтобы семейно-правовая «картина» отражала реальность бытия в его добром развитии⁹⁵.

8. Идея «антисуверенизации» семейного права опирается также на **«полубланкетный» характер семейного договорного права**⁹⁶. Действительно, применение в семейно-правовой сфере гражданско-правовых обязательственных норм напрямую, субсидиарно или по аналогии – реальность. Однако, во-первых, явление договора присуще не только сфере гражданского оборота, но также международному праву, государственному праву, административному праву, земельному праву (в ряде стран даже уголовному праву)⁹⁷. Почему же внедрение договорных начал в семейное право (и прежде всего в институт брака) стало для него сильнейшим антиотраслевым аргументом?..⁹⁸

При этом значительное внешнее и содержательное сходство характерно для целого ряда институтов различных отраслей

⁹⁵ Продолжая это условное сравнение с явлением живописи, отметим, что, видимо, приемы должны быть ограничены пределами от реализма до импрессионизма – вряд ли дальше.

⁹⁶ См., например: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права. С. 40.

⁹⁷ Подробно об этом см. очерк четвертый о договорах в семейно-правовой сфере.

⁹⁸ В этой связи готовы проявить солидарность с недоумением Н.Д. Егорова относительно небольшого удельного веса соглашений как специфической черты семейного права, в т.ч. и потому, что эта его составляющая развивается. (См.: Указ. соч. С. 306.)

Однако справедливости ради заметим, что ссылка Н.Д. Егорова адресована работе В.А. Рясенцева советского периода и советского законодательства, что не вполне справедливо по отношению к указанному автору.

права, выполняющих близкие по цели функции на основе родственных методологий. Например, теория доказательств и практика судебного доказывания в уголовном и гражданском процессах также имеют много общего – и что же?.. Различие лишь в том, что обозначенные теория и практика уже развиты и устойчивы (хотя и они около 20 лет назад подверглись атаке идеи «унитаризации»), существуют, взаимно обогащая друг друга, базируясь при этом на положениях о доказывании, аксиомах, презумпциях, версиях, доказательственных фактах и средствах доказывания общей теории права.

Аналогичное взаимодействие можно выстроить и по линии договорного права: так же, как формирование предмета доказывания, правила распределения обязанностей по доказыванию, набор средств доказывания и т.п. специфичны для уголовного и гражданского процессов, так и предмет, содержание и формы договора могут и должны быть специфичны для разных отраслей.

Теория семейно-правового договора находится пока в зародышевом состоянии. И «зародышу» надо дать возможность появиться на свет и подрасти, а не «абортировать» его, ссылаясь на наличие в цивилистической семье других членов. Специальный субъектный состав семейно-правового договора, его виды (брачный, об алиментировании, о месте проживания и воспитании ребенка при раздельном проживании его родителей, о передаче ребенка в приемную семью, о вынашивании ребенка суррогатной матерью), цели, предмет, содержание, в том числе (и, пожалуй, прежде всего) ориентация на общие начала семейного законодательства, – все это создает необходимые и достаточные предпосылки именно для такой самостоятельной теории. Последняя, в свою очередь, позволит усовершенствовать соответствующую правовую практику – законодательную и правоприменительную.

Во-первых, уточнить нормативы отдельных видов семейно-правовых соглашений. Во-вторых, возможно, «оспецифить» обычные гражданско-правовые сделки между супругами (пользование общим имуществом или имуществом другого супруга, дарение, купля-продажа, поручение, семейный бизнес и др. – попытка упростить, по меньшей мере, правовую форму подобных сделок предпринималась, например, в теории и законодательстве бывших прибалтийских республик). В-третьих, расширить сферу применения семейно-правового договора. Так,

построение имущественных отношений фактических супругов должно осуществляться по аналогии с брачным договором, а не на основе некоего приближения к договору о возмездном оказании услуг или о совместной деятельности. Отрицание юридической значимости фактического брака, спорное само по себе, отнюдь не означает, что последний есть предмет гражданско-правового регулирования. De jure и de facto очевидно, что оценка самого разнообразного домашнего труда женщины и соответствующая справедливая защита ее социально значимых интересов (а, как правило, именно позиция женщины слаба в рассматриваемом союзе) не могут и не должны осуществляться только лишь по принципам гражданского права. Кстати, это совершенно не означает введения «охранительного императива»: возможность разумной защиты имущественных интересов фактических супругов возникла бы лишь на основе признания факта фактического брака в порядке гражданского судопроизводства – с соблюдением принципа диспозитивности, в том числе при возбуждении процесса⁹⁹.

Следует также отметить, что многими учеными признается специфическая договорная природа самого брака. Прошло то время, когда формула «брак-сделка» относилась к «страшным капиталистическим былям». Такие его элементы, как квалифицированная форма, развернутая система условий действительности, цель и т.п., вполне позволяют рассматривать брак как вид неимущественного семейно-правового договора¹⁰⁰.

Наконец, в-четвертых, развитая теория семейно-правового договора как неотъемлемая часть теории семейного права заставит законодателя задуматься о том, допустимо ли тождественные по своей сущности семейные отношения – отношения собственности в браке – регулировать абсолютно противоположными методами (не в сочетании, а унитарно): с одной стороны, учитывая, по доброй традиции КоБС РСФСР 1969 г., очевидную специфику брачного правоотношения, строить законный режим имущества супругов на принципах совместной собственности, равенства долей (независимо от вклада каждого из них), раздела этого имущества с учетом интересов несовершеннолетних детей и заслуживающих внимания интересов каждого из супругов, с другой стороны, дого-

⁹⁹ Подробно об этом см. очерк второй (тема фактического брака).

¹⁰⁰ Подробно см. очерк второй.

ворный режим – на любых альтернативах, вплоть до отдельной собственности?.. Такое противостояние вряд ли адекватно общим началам семейного законодательства и специфике семейных отношений, какими бы вариативно-ситуационными они ни были: состояние семейной общности («новых русских», «старых русских», с участием «суперэмансипированной дамы»), социальные функции брака, интересы общих детей, заслуживающие внимания интересы супругов и т.п. факторы диктуют не только альтернативность режимов брачного имущества, но и, как мы уже отмечали, возможность адекватной охраны и защиты прав и интересов «слабого». И пусть последний или его законный представитель (как и в случае фактического брака), а не государство принимают решение о включении или невключении соответствующего охранительно-защитного семейно-правового механизма.

9. Тезис о допустимости субсидиарного или по аналогии применения к семейным отношениям (прежде всего имущественным) норм гражданского права, а следовательно, и его методологии, может быть усилен констатацией активного использования в семейно-правовой сфере его **понятийного аппарата**. Однако, во-первых, значительная часть последнего есть результат общеправовых исследований. Во-вторых, семейное право, для достижения целей регулирования семейных отношений активно взаимодействуя не только с гражданским, но и административным правом, а также гражданским процессом, пользуется понятийным аппаратом и этих фундаментальных отраслей. Наконец, в-третьих, «яблоко не должно упасть слишком далеко от яблони»: генетические корни семейного права совершенно очевидны. И даже если бы они были не столь глубоки, веками наработанные понятия и технологии гражданского права – главы цивилистики и «кита» – юриспруденции пронизывают все пласты системы права (особенно в связи с триумфальным возрождением идеи частного права), в значительной степени определяя содержание общих частей законодательства членов цивилистической семьи и теоретической основы соответствующих им отраслевых наук, да и теории права в целом.

Определенная же незавершенность, недоработанность общей части отрасли семейного права и его теории объясняется сразу несколькими причинами: некоторым «иждивением» в связи с нахождением в цивилистической семье под патронажем гражданского права, нередким совмещением в одном лице ис-

следователя гражданского и семейного права, периодическими, хоть и временными «победами» сторонников десоверенизации ... Впрочем, последняя кодификация, с одной стороны, и активизация указанных сторонников – с другой, в настоящее время поощряют теорию семейного права развиваться более энергично.

10. По-разному оценивается в теории права и цивилистике факт длительной и систематической кодификации семейного законодательства. Г.К. Матвеев, например, трактует его в качестве усиливающего аргумента суверенного статуса семейного права. Н.Д. Егоров и некоторые другие цивилисты, напротив, подчеркивает его вполне рядовое значение, ибо очевидно, что кодификация законодательства, как отмечал О.С. Иоффе, не всегда совпадает с делением системы права на отрасли¹⁰¹: в сугубо практических целях отношения гражданского оборота в сфере торгового мореплавания или социального найма жилой площади традиционно осуществляются соответственно в рамках Кодекса торгового мореплавания и Жилищного кодекса¹⁰². Однако, как справедливо замечает О.Ю. Косова, хотя сомнений в том, что сам по себе факт объединения большинства норм, непосредственно регулирующих отношения в сфере брака и семьи в специальном кодексе, не является бесспорным доказательством отраслевой суверенности семейного права, четыре кодификации в течение столетия все же свидетельствуют «о проявлении в правовой действительности объективных закономерностей развития общественных отношений», ... служит признанием особого содержания и места брачно-семейных связей и норм¹⁰³.

11. Процесс автономизации семейного права сопровождается гипотезами о **сужении** или **расширении** семейно-правового пространства.

Однако, чтобы избежать проникновения на чужую правовую территорию, необходимо, как во многих других отраслевых ситуациях, развести два различных образования – систему

¹⁰¹ См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 184.

¹⁰² См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. М., 1998. С. 203.

¹⁰³ См.: Косова О.Ю. Указ. соч. С. 77.

семейного права и систему **семейного законодательства**¹⁰⁴. Последняя, из соображений целесообразности и следования традиции, на уровне Кодекса включает в себя собственно семейно-правовые нормы, нормы административного права, а также нормы «сверхорганизационного» типа – специализированные гражданско-процессуальные.

Первые, являясь нормативным ядром, концентрируют положения о статусе субъектов семейного права, юридико-фактическом составе и содержании семейных правоотношений, вторые организационно обеспечивают возникновение, развитие и/или прекращение значительной части из них (заключение брака, регистрация родительства, разрешение некоторых споров о детях, регистрация развода, назначение опекуна, контроль и отмена опеки, передача ребенка под опеку в детское учреждение, заключение и расторжение договора о приемной семье, оказание ей помощи и т.д. и т.п.), третьи предлагают специализированные гражданско-процессуальные формы рассмотрения семейных дел в суде.

В этом плане, кстати, Гражданский кодекс РФ и гражданское законодательство в целом также содержат «примеси», хотя и в значительно меньшей степени, чем законодательство семейное: часть жилищных и антимонопольных норм, часть норм о банкротстве и т.п., наконец, нормативный блок об опеке и попечительстве и актах гражданского состояния – имеют административно-правовую природу в полной мере, по преимуществу или в части.

Последние два института, как бы настойчиво их ни «прописывали» в ГК, по-прежнему сохраняют корни в семейном законе. Это не случайно: вырвать из контекста нормы о заключении брака, фиксации материнства или отцовства, расторжении брака в органах ЗАГС и т.п., а также нормы о попечении над детьми в форме опеки – значит резать семейное законодательство «по живому». Несмотря на то что формально правило ст. 2 СК РФ исключает из ведения Кодекса перечисленные объекты регуляции, в последующих нормах они «прорастают» даже с большей силой, нежели в КоБС РСФСР. Как верно отмечает О.Ю. Косова, соответствующие процедуры в новом кодексе детализированы, а часть норм поменяли свой «ранжир» и пере-

¹⁰⁴ Вариации на эту тему см. далее.

шли из разряда инструктивных в ранг закона (ч. 2 п. 4 ст. 48, п. 1, 2 ст. 48, ч. 1, 2 п. 1, п. 3 ст. 11 СК РФ и др.)¹⁰⁵. Разумеется, данные процедурные нормы и отношения к отрасли семейного права не принадлежат.

Те же самые замечания, как мы уже подчеркивали, относятся и к институту опеки и попечительства – разве что с еще большим содержательным акцентом. Очевидно, что регуляция этих отношений должна быть, по меньшей мере, совместной (впрочем, опека над взрослыми лицами также, как правило, осуществляется членами его семьи, поэтому передача и этой проблемы в лоно семейного законодательства не противоречит природе отношений). Семейный кодекс содержит раздел о формах воспитания детей, оставшихся без попечения родителей, и, следовательно, неизбежно – главу об опеке и попечительстве как одной из форм. Однако часть вопросов, долженствовавших быть в ней решенными, переданы в ГК РФ: назначение опекуна (попечителя), контроль за исполнением обязанностей, представительство имущественных интересов ребенка, прекращение опеки (попечительства) и т.д. (ст. 31–40 ГК РФ). Право слово, смысла в таких «отраслевых прыжках» мало: они разрушают логику правового регулирования группы однородных (институциональных) отношений. С другой стороны, требование завершенности нормативного материала ГК предполагает наличие норм об опеке не только взрослых лиц, но и детей (если не решить вопрос, как мы уже отмечали, кардинально – придать институту семейно-правовой статус...). Значит, надо предусмотреть общие, стратегические нормы в ГК РФ, а конкретику по субъектам-детям в полном объеме вернуть в семейный закон. Соответственно в отрасль семейного права (в отличие от системы законодательства) войдут только нормы статутного порядка как часть большого института попечения над детьми¹⁰⁶.

Безусловного включения в перечень регулируемых объектов требуют фактические брачные отношения, имущественные аспекты которых сейчас решаются на основе ГК РФ, что пре-

¹⁰⁵ См.: Косова О.Ю. Указ. соч. С. 73.

¹⁰⁶ Применительно же к проблеме системы законодательства институт опеки является комплексным, что и подтверждается последними законотворческими тенденциями (см. очерк четвертый).

вращает этих лиц и их отношения в разновидность договора простого товарищества или взаимного оказания услуг.

Заслуживают всеобъемлющего (а не эпизодического, как сейчас) внимания вопросы поведения человека в репродуктивной сфере. В СК РФ имеются нормы о запрете инцеста, близкородственных брачных связей (ст. 14 СК РФ), праве брачующихся на бесплатное медицинское обследование и консультирование по медико-генетическим вопросам и вопросам планирования семьи (п. 1 ст. 15 СК РФ), нисколько не исчерпывающих проблемы положений о суррогатном материнстве, родительстве при применении репродуктивных оперативных методов (п. 4 ст. 51, п. 3 ст. 52 СК РФ).

Общественные отношения, связанные с репродукцией человека, как и большинство «классических» личных отношений, не терпят жесткой регламентации и регулируются обычаем, моралью (для различных групп людей – религиями), однако нуждаются и в правовом воздействии¹⁰⁷, в меньшей степени на регулятивном уровне, в большей – на охранительном: обеспечение тайны оперативного вмешательства, разрешение конфликта интересов между генетическими и социальными родителями, решение вопроса о праве ребенка знать тех и других и ограничениях в таком праве, определение статуса лица, оперативным путем сменившего свою половую принадлежность, способы ограничения рождаемости детей с пороками психики и т.п., наконец, разумное и деликатное регулирование вопросов прерывания беременности (реальная практика у нас или, например, достаточно широкая дискуссия среди американцев о запрете абортов вызывает у автора, мягко говоря, недоумение). Разумеется, лишь часть отношений составляет или составит предмет семейно-правового регулирования (например, конфликт биологического и социального родительства), но общие подходы к решению всех перечисленных проблем – предмет семейного законодательства.

Представляется также, что Общая часть Семейного кодекса, как и «общая часть» отрасли и науки семейного права, должны содержать все, независимо от отраслевой принадлежности, важнейшие характеристики сущности и статуса детей, родителей

¹⁰⁷ См. также: Косова О.Ю. Указ. соч. С. 78.

(особо – женщины-матери), понятийный аппарат¹⁰⁸, обозначающий основные семейные явления (семья, брак, фактический брак, родительство – биологическое и социальное, суррогатное материнство и донорство, родство и свойство, усыновление и иное попечение над детьми и т.д.), а также принципы регуляции и охраны данных объектов семейным и другим законодательством, гарантии семье, детям в области социального обеспечения, здравоохранения, образования, судебной защиты прав и интересов.

Должно, на наш взгляд, найтись место (и не только в Общей части, но и в Особенной) ряду традиционно гражданско-правовых вопросов с существенным семейным элементом. Так, на уровне принципов следует заявить о защите наследственных интересов пережившего супруга и несовершеннолетних детей, обеспечении жилищных интересов членов семьи. На уровне конкретных предписаний прописать, например, защиту права собственности (или, по крайней мере, право безвозмездного пожизненного пользования пережившим супругом долей умершего супруга на общесупружескую квартиру (дом), связав варианты защиты со сроком пребывания и поведением в браке, разумным размером жилого помещения, материальным положением супруга и насущными потребностями общих несовершеннолетних детей и других членов семьи, проживающих в этом помещении (недаром К. Маркс называл наследование по закону семейным правом наследования¹⁰⁹); конкретизировать некоторые сделки между супругами (это в свое время пытались сделать еще на уровне республиканских КоБС, например, в Эстонии¹¹⁰), статус долговых обязательств перед третьими лицами.

Таким образом, предмет семейно-правового регулирования составляют отношения «с семейным элементом»: брачное, супружеская собственность, родительское, усыновление и иное попечение над детьми, материальная поддержка нетрудоспо-

¹⁰⁸ Образцы подобного рода имеются. См., например, ст. 1 Закона Республики Казахстан «О браке и семье», где даны определения 18-ти понятиям Закона (от понятий «брак», «семья», «родство» до понятий «репродуктивное здоровье», «суррогатное материнство»).

¹⁰⁹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 16. С. 385.

¹¹⁰ См.: Ершова Н.М. Вопросы семьи в гражданском праве. М., 1977. С. 83–84.

собных нуждающихся членов семьи. Семейно-правовое пространство должно быть расширено за счет юридического признания фактического брака, всеобъемлющего присутствия отношений опеки и попечительства над несовершеннолетними детьми (а может быть, и другими членами семьи), систематической регуляции ситуаций, связанных с репродуктивным поведением, «захвата» некоторых кусочков гражданско-правового пространства, в котором функционирует супружеское имущество и/или защищаются жизненно важные интересы детей, членов семьи.

Еще более значительные перспективы могут ожидать систему семейного законодательства – за счет расширения и уточнения предмета семейно-правового регулирования, придания стратегического характера Общей части СК и других факторов, о которых мы упоминали, а также в связи с активизацией законодательной деятельности субъектов Российской Федерации¹¹¹.

Что касается возобновленной дискуссии о самостоятельности семейного права как отрасли российской системы права, то она, разумеется, будет продолжена. Линия «аргументального огня» за суверенность и против нее из века XIX через век XX продолжена в век XXI. Всякая разумная дискуссия – благодать. В том смысле, что безусловно способствует совершенствованию дискутируемого объекта, последовательному решению принципиальных и тактических задач семейного права и законодательства, а следовательно, больших и маленьких проблем всех и каждого в столь специфической и жизненно важной области бытия¹¹².

¹¹¹ Последний аспект нами специально не анализировался, поскольку система еще не развита, однако отдельные региональные решения рассматриваются нами в темах о браке, родительстве и детстве.

¹¹² Как отмечал Р.З. Лившиц, «выбор той или иной идеи в качестве основы права носит личностный, субъективный характер. Это отнюдь не недостаток, ибо позиция исследователя всегда субъективна; именно субъективность исследователей составляет основу плюрализма в подходах, без чего настоящая наука невозможна». (Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 65–66).

1.2. На долгом пути к гармонизации частноправовых и публично-правовых начал

Следствием особенностей объекта (предмета) семейно-правового регулирования значительным своеобразием отличается частноправовая сущность семейного права, а точнее, стратегия и тактика взаимодействия в его методологии **частного** и **публичного** начал. Как член цивилистической семьи, оно, безусловно, относится к сфере частного права. Однако этот очевидный «диагноз» имеет теоретический и практический смысл далеко не в плоскости прямолинейных позиций римских юристов по формуле: публичное право – это то, которое имеет в виду интересы государства как целого, а частное – то, которое имеет в виду интересы индивида как такового¹¹³. Подобный подход подвергся сомнению еще в конце XIX – начале XX в. Так, И.А. Покровский писал: «Разве такое или иное строение семьи, собственности или наследования безразлично для государства как целого? И тем не менее все это бесспорные институты гражданского права. Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публично-го»¹¹⁴.

Различия – в самой материи, отмечали некоторые цивилисты, в содержании регулируемых отношений: если имущественное, то – частное (Д. Мейер¹¹⁵ и др.). Различия – в форме, или «формальном моменте»: все зависит от того, кому принадлежит инициатива защиты права; если она исходит только от лица, чье право нарушено, то мы имеем дело с частным правом, если же нарушение вызывает инициативу государства, даже против воли потерпевшего лица, то мы находимся в области публичного права (Дювернуа и др.)¹¹⁶.

¹¹³ См., напр.: Новицкий И.Б. Римское право. М., 1993. С. 7.

¹¹⁴ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 37.

¹¹⁵ Несколько подробнее см. параграф первый очерка.

¹¹⁶ Подробное изложение и критику обеих концепций см., напр.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 2–5.

Опираясь на иное очевидное различие, а именно в способах регулирования отношений (две крайние позиции пары: веление как способ, исходящий от государства, и инициатива, исходящая от индивидов и юридических лиц), И.А. Покровский подчеркивает, что первый прием, именуемый им «юридической централизацией», составляет сущность публичного права как «системы субординации», а второй – «юридическая децентрализация» – сущность права частного как «системы координации»¹¹⁷.

Разумеется, граница публичного и частного размыта. Более того, можно постоянно наблюдать конвергенцию данных систем, причем в масштабах, подвергающих подчас опасности их и так относительную автономию. И.А. Покровский, в исследовательских целях доводя такую «диффузию» до предельной степени, полагает, что по началам публичного права может быть построена чуть ли не вся область семейственных отношений: какое-нибудь государство, «задавшись целью количественного или качественного улучшения прироста населения» может прийти к мысли о предписании всем здоровым мужчинам определенного возраста вступать в брак с женщинами, указанными властью предержавшим. Притом, что история, продолжает ученый, знавала-таки подобные экзотические случаи: в государстве перуанских инков достигшая половой зрелости молодежь ежегодно собиралась на площади, где представители власти соединяли между собой наиболее, на их взгляд, подходящие пары, а брачный закон римского императора Августа устанавливал обязанность мужчин от 25 до 50 лет и женщин от 20 до 45 лет состоять в браке и иметь детей...¹¹⁸

Если бы И.А. Покровский был знаком с юридической практикой ограничения рождаемости в КНР, запрета признания или судебного отыскания внебрачного отцовства с 1944 по 1968 гг. в СССР, «драконовской» процедурой развода в нашей же стране с 1944 по 1965 гг. (публикация в газете, двуступенчатость процесса и пр.), запретом аборт (в ряде стран – до настоящего времени) и другими примерами ближней законодательной истории, ему не пришлось бы искать аргументы в столь глубоких

¹¹⁷ См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 39–40.

¹¹⁸ Покровский И.А. Указ. соч. С. 43.

пластах прошлого и смущаться тому, что он их-таки обнаружил...

Более того, не только «экзотические» законодательные решения, но и самые обычные гражданские законы содержат в себе, как отмечает С.С. Алексеев, публично-правовые «вкрапления», по определению, ибо любой закон есть документ публичного характера, нормы которого обеспечены государственным принуждением¹¹⁹. Общественные отношения, если они не отрегулированы иными специальными нормами, подвергаются государственному контролю (различной степени жесткости) уже потому, что «общественные». Гражданские, трудовые и семейные правоотношения существуют в комплексе с административными, уголовными и другими правовыми отношениями классического публичного порядка, которые «сопровождают» первые¹²⁰. В любой частно-правовой норме-возможности есть элемент (большой или меньший) публичного долженствования, причинный от общественной (государственной) значимости любого частного интереса, а в любом публичном правиле-долженствовании присутствует тот или иной частный интерес, а нередко и диспозитивное начало. «В самом деле, – писал Г.Ф. Шершеневич, – где граница между частным и общественным интересом? Нельзя ли сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются с задачами общества? Охраняя интересы отдельного лица, право имеет своей целью в то же время охранение интересов всего общества»¹²¹.

Таким образом, и исследуемая проблема находится в неисчерпаемом мире противоречий – важно обнаружить «красную нить» разумной, адекватной состоянию конкретного общества (страны) тенденции взаимодействия публичного и частного.

В настоящее время в самом общем виде таковая, на взгляд С.С. Алексеева, может быть представлена триадой, состоящей из идеи «возрождения ценностей "чистого" частного права, призванного ... обеспечивать действительную свободу субъектов современного гражданского общества, идеи солидарности частного и публичного "во имя глубоких социальных начал" и

¹¹⁹ См.: Алексеев С.С. Частное право. М., 1999. С. 57.

¹²⁰ См.: Алексеев С.С. Частное право. С. 58.

¹²¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 2.

идеи приобретения "правами человека как феноменами естественного права непосредственного правового действия"¹²².

В то же время, по мнению ряда ученых, наблюдается неточная оценка природы связей между публичным и частным правом, с одной стороны, и вовлеченными в их притяжение отраслями права – с другой. Как отмечает С.В. Поленина, это ведет к законодательной «экспансии» гражданского права: «Исходя из посылки, что частное право должно доминировать в правовой системе нашей страны и представлять собой своего рода конституцию гражданского общества, создатели ГК РФ постарались, во-первых, максимально оградить гражданское право от любых ограничений, налагаемых во имя публично-правовых интересов (ст. 1 ГК), и, во-вторых, установить иерархическую связь между нормами ГК и нормами однородных с гражданским правом и даже неоднородных с ним отраслей права»¹²³ (п. 2 ст. 3 ГК РФ)¹²⁴. По мнению автора, данная норма представляет собой «попытку поставить легальный заслон на пути специализации не в цивилистическую (т.е. не частноправовую) сторону» ряда пограничных отраслей права, особенно их комплексных институтов. При этом если С.В. Поленина подчеркивает крайнюю опасность для устойчивости общественного развития как очередное проявление частноправовой «экспансии» коммерциализацию здравоохранения, образования, искусства, культуры, то «коммерциализация» семейного права как самостоятельной отрасли права опасений у автора не вызывает: появление брачного договора и широких возможностей заключения возмездных и безвозмездных соглашений не только между супругами, но и между любыми членами семьи находятся в рамках нормы присутствия частноправовых начал¹²⁵ в методологии семейно-правового регулирования и не ведет к поглощению семейного права правом гражданским. (Однако опасность такая существует, как мы неоднократно отмечали, и дело здесь не в угрозе престижному отраслевому ста-

¹²² Алексеев С.С. Гражданское право в современную эпоху. М., 1999. С. 14.

¹²³ Поленина С.В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. 1999. № 9. С. 9.

¹²⁴ Несколько подробнее об этом см. последний параграф очерка.

¹²⁵ См.: Поленина С.В. Указ. соч. С. 10.

тусу, а именно в неоправданной замене одних технологий правового регулирования другими¹²⁶.)

Все эти размышления, сомнения и аксиомы, как, впрочем, уже следовало из приведенных иллюстраций, в полной мере растворяются в семейно-правовом информационном пространстве, проникая далее в пространство юрисдикционное (административно-процессуальное, а главное – гражданско-процессуальное), которое всегда надстраивается над первым и, будучи автономным, вбирает в себя специфику предмета юрисдикции, в нашем случае – семейно-правового конфликта или иного семейного дела¹²⁷.

Итак, отрасль семейного права, одна из «самых чувствительных областей» цивилистики¹²⁸, где цели предельно специфичны, личный компонент доминирует над имущественным, отношения длительны, а их содержание пронизано господствующими в обществе этическими воззрениями о добре и зле, где двигателем развития является обозначенная нами ранее триада интересов, два из которых относятся к индивиду (потребность невмешательства в его личную жизнь и одновременное желание получить необходимую помощь в разрешении семейных проблем), а один – к государству и обществу (интерес в контроле своего воспроизводства), частная компонента тесно переплетена с публичной, императив с диспозитивом.

С одной стороны, субъекты семейных отношений равнопоставлены, могут заключать между собой соглашения о браке, брачном имуществе, воспитании ребенка, материальной поддержке, приемном родительстве, суррогатном материнстве и т.д., со значительной степенью усмотрения реализовывать свои брачные, родительские, другие субъективные семейные права и обязанности.

С другой стороны, во-первых, как мы уже отмечали, **равенство** юридически **не абсолютно** в отношениях между родителями и детьми (и других подобных), в алиментных обязательствах, колеблется льготированием женщины-матери в отношениях между супругами.

¹²⁶ Подробнее об этом см. далее, очерк первый, а также очерк второй и четвертый.

¹²⁷ Подробно об этом см. очерк шестой.

¹²⁸ См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 162.

Во-вторых, **свобода договора** существенно **ограничена** запретами вступления в брак, широтой сферы признания брака недействительным, масштабным контролем за реализацией соглашений со стороны компетентных органов государства, невозможностью прекратить соглашением сторон большинство семейных отношений (хотя бы локальная регуляция их содержания и была осуществлена договором: расторжение брака, прекращение воспитания, алиментирования и т.д.), ибо оно прекращение производится правоприменительным, в основном судебным, актом.

В-третьих, **реализация** субъективных семейных прав и обязанностей (прежде всего родительских) также находится под постоянным **«государевым оком»** – в лице органов опеки и попечительства, прокурора и т.п. носителей государственного контроля.

В-четвертых, специальные требования, как правило, совершенно не типичные для частно-правового режима, предъявляются к **субъектам** отношений: пол, разница в возрасте, отсутствие родства, не был ли ограничен в дееспособности или лишен родительских прав, достойно ли вел себя в семье и т.д.

В-пятых, своеобразно выстраивается система **санкций**: передача ребенка, ограничение в родительских правах, лишение родительских прав, отмена усыновления и т.п., запреты оспаривать определенные юридические факты (например, отцовство в браке при рождении ребенка с помощью применения репродуктивных технологий), санация недействительного акта (состояния), если этого требуют интересы одной из сторон или если последняя не согласна с недействительностью (условия признания недействительным брака с несовершеннолетним).

В-шестых, хотелось бы подчеркнуть **своеобразие** некоторых, но весьма существенных (системообразующих) **субъективных семейных прав**. Речь идет о так называемом единстве прав и обязанностей родителей в отношении детей. Среди аргументов специфичности семейного права указанный тезис Н.Д. Егоров, в присущей ему несколько резкой манере, квалифицирует как недоразумение¹²⁹.

¹²⁹ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 2007. С. 306–307.

И среди его обладателей, как всегда, оказываются известные цивилисты страны – О.С. Иоффе, В.А. Рясенцев, Е.М. Ворожейкин и

Тезис действительно спорный и идея противоречива. Ее основание, как и путь к разрешению (а может быть, к компромиссу), заложены в верном прочтении взаимодействия частных и публичных начал регулирования. Кроме того, идея не принадлежит исключительно теории семейного права, на что справедливо указывает Н.Д. Егоров. Поэтому как в силу спорности, так и в связи с ее «вкраплением» в другие отраслевые пространства мы не указывали ее в аргументации семейно-правовой суверенности¹³⁰. Однако, понятно, что и она (как идея и/или как факт) есть очевидное выражение публично-правовой энергетики.

Смещение методологических «стилей» продолжается далее **семейным законодательством**, которое, как никакое иное, вообрало в себя массивы норм публично-правовых отраслей (административного и гражданско-процессуального права) в единении с частноправовыми (семейного и субсидиарно-гражданского права), дополнительно зарядив данным противоречием и специальные гражданско-процессуальные нормы (при том, что в методе гражданско-процессуального права и без того сочетаются императивные начала, предписанные статусом суда, и диспозитивные, обусловленные предметом судебной деятельности – спором о праве гражданском).

Таким образом, личный характер семейных отношений и интерес государства и общества в нормальном, с их точки зрения, развертывании данных отношений (на регулятивном уровне) и оптимальном разрешении семейных конфликтов (на охранительном уровне) создают автономный тип взаимодействия в исследуемой сфере публично-правовых начал, рождают специфический набор технологий, то есть суверенно-отраслевой метод правового регулирования¹³¹.

др. Соответствующую библиографию и подробности см. в очерке третьем (тема о статусе родителей). (Надо признать, что и ваш покорный слуга до недавнего времени скромно замыкал столь блестящий ряд).

¹³⁰ Попытка осмыслить проблему, как мы уже отмечали, принята далее.

¹³¹ Конкретные его проявления см. во всех последующих очерках.

1.3. Семейное право: о «комплексности» и «социальном служении»

1.3.1. Несколько тезисов в стиле импрессионизма

В качестве предпосылки для свободного сочинения на заданную тему предлагаем «поговорочное» рассуждение о горшке и печке: как его ни назови, лишь бы в печку лез.

Мораль сего рассуждения для нашего случая достаточно проста. За отраслевую суверенность «ломаются копья» не по привычке следования традиции (которая когда-то явилась своей противоположностью – по сравнению с имперским гражданским правом и законодательством), не за престижный статус, не за самостоятельность учебной дисциплины по Госстандарту и т.п. Все перечисленное, разумеется, составляет некоторую приятность поверхностного толка. Дело в другом: и форма, и материал гражданско-правового «сосуда» таковы, что семейно-правовых «шей» в нем не сварить. Гражданское право (в лице его классических, по-своему изящных и эффективных методологий и технологий) принципиально не приспособлено регулировать отношения с личностным элементом, о чем и писали многие российские цивилисты империи и страны советов, его **нельзя слишком приближать к браку и семье** – не успеем оглянуться, как получим отношения гражданского оборота. Например, «выдали» в 1944 г. из семейно-правового пространства явление фактического брака – результат: имущественные проблемы фактических супругов решаются безразлично к ведению домашнего хозяйства, уходу и иной заботе о детях, больных и/или престарелых членах семьи и т.п., то есть по правилам гражданского закона о долях соразмерно доходам. Внедрили из гражданско-правового договорного сообщества в сообщество семейно-правовое брачный договор – результат: возможность полного отступления от начал семейного закона в части защиты интересов социально слабой стороны (во-первых, ребенка, а во-вторых, домашней хозяйки). Полагаем договор о приемном родительстве гражданско-правовым – результат: платите, приемные родители, подоходный налог с сумм, полученных от государства за «возмездное оказание услуг» в форме семейного попечения детей, оставшихся без родительской заботы. Та же участь может ожидать и новоявленный договор об опеке над

детьми (2008 г.). Охраняются гражданским наследственным законом имущественные (жизненно важные!) интересы пережившего супруга – результат: после смерти мужа жена-пенсионерка, имеющая после приватизации ½ долю однокомнатной «хрущевки», вторую половину должна делить с другими наследниками I очереди, которые обеспечены собственным жильем; спор может закончиться переездом пожилой дамы в «собачью конуру» или дом престарелых – на ее богатый и «справедливо» выстроенный выбор. Охраняются жилищные интересы ребенка и его матери-несобственника после развода – результат: известен. И т.д., и т.п.

Как нам представляется, зона взаимодействия семейного и гражданского права, интерференции разности их технологий **небезопасна** для обеспечения **приоритета ценности брака, семьи, родительства, попечения, детства**, индивидуально-личностного (ситуационного) их прочтения – перед стоимостным, эквивалентно-возмездным и аличностно-универсальным. Семейно-правовое «дитя» должно быть благодарным за хорошую наследственность и воспитание, но «мать» должна предоставлять ему относительную свободу поступков – отношения следуют строить не на уровне экспансии и сопротивления, а на уровне попытки взаимопонимания и мирного сосуществования.

1.3.2. Семейное право – комплексная отрасль?

Этот популярный ныне термин мы уже употребляли в связи с критическим размышлением Е.М. Ворожейкина о позиции Ю.К. Толстого¹³². Однако с тех пор позиция последнего была уточнена. Так, по поводу двух фундаментальных идей относительно системы права (идеи его деления на публичное и частное, «а все остальное от лукавого», и идеи о многомерности системы – существовании первичных, вторичных, третичных и прочих правовых образований¹³³) автор высказывается следующим образом: 1) «чистых» отраслей права не существует или почти не существует; 2) из тезиса о многомерности неслучайно следует вывод, что одни и те же отношения могут

¹³² См.: Ворожейкин Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права. С. 31 – 32.

¹³³ См.: Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство // Правоведение. 1998. № 2. С. 135.

входить в предмет не одной, а нескольких отраслей права; 3) взаимодействие таких отношений конкретной отрасли, «не изменяя их существа, придает им специфическую окраску, которую, разумеется, надлежит учитывать»¹³⁴. Например, нечто подобное и происходит с имущественными отношениями, регулируемые и гражданским, и семейным¹³⁵, и трудовым, и экологическим правом. В последних трех эта специфика, продолжает автор, объясняется выполняемыми им **общесоциальными** и **социализаторскими** функциями. Неслучайно Ю.А. Тихомиров, отмечая проникновение публично правовых начал в частные отрасли и частноправовых в публичные, склонен пойти еще дальше – расположить между публичным и частным правом подразделения **социального** права¹³⁶.

Одновременно Ю.К. Толстой отмечает, что в плане соотношения законодательств перечисленных отраслей разработчики ГК «перехитрили» тех, кто отстаивал их суверенные амбиции, включив «тихой сапой» в ст. 3 ГК «неприметное» положение, которое «широко открывает двери для применения норм Гражданского кодекса к отношениям, тяготеющим к предмету гражданского права, но урегулированным в актах иных отраслей законодательства». Да и в самом Кодексе допущено, продолжает автор, «широкое вторжение» в чужие области, например, в отношения опеки и попечительства; соответственно Семейный кодекс (впрочем, к удовлетворению Ю.К. Толстого) вынужден был в этих вопросах подчиниться¹³⁷.

«В то же время, – пишет Ю.К. Толстой, – мы не склонны отказывать ни трудовому, ни семейному, ни экологическому праву в том, что они занимают в системе права самостоятельное место, выступая в качестве комплексных правовых образований, выполняющих важные общесоциальные и социализатор-

¹³⁴ См.: Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство // Правоведение. 1998. № 2. С. 136.

¹³⁵ По мысли Ю.К. Толстого, имущественные отношения гражданского и семейного права входят в их предмет в «пакете» с личными неимущественными отношениями. (См.: Толстой Ю.К. Там же.)

¹³⁶ См.: Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство. // Правоведение. 1998. № 2. С. 136.

(См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995. С. 25, 26, 30, 340, 345.)

¹³⁷ См.: Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 147.

ские функции. ... ни трудовое, ни семейное, ни экологическое, ни жилищное¹³⁸ право с принятием части первой ГК отнюдь не поглощается ею и не утрачивает своей специфики...¹³⁹. Так что всем хватит места под солнцем!¹⁴⁰»

Следует заметить, что идея о комплексных отраслевых образованиях, отраслях права (законодательства?) принимается далеко не всеми учеными, хотя, разумеется, это неприятие мотивируется различным образом.

Так, С.С. Алексеев¹⁴¹, подчеркивая, что развитые правовые системы есть «сложный, спаянный жесткими закономерными связями организм, отличающийся многоуровневым характером, иерархическими зависимостями», в российской правовой системе видит комплекс профилирующих отраслей – ее ядро из пяти образований (государственное-административное-гражданское-уголовное право и процессуальные отрасли), комплекс основных отраслей¹⁴², функционирующих «на базе собственных видов общественных отношений» (трудовое-земельное-семейное-финансовое право и право социального обеспечения) и комплексные нормативные образования (морское-банковское-хозяйственное право и др.). Первые олицетворяют генеральные юридические режимы, отличаются «чистотой» норм, юридически первичны, имеют стройную архитектуру. Соответственно другие нормативные образования их не имеют.

Впрочем, С.С. Алексеев уточняет, что проблема комплексных образований порой вызывает полемику неоправданной остроты; между тем идея была выдвинута (В.К. Райхером) «на том уровне разработки системы права, когда только-только начало утверждаться положение о ее объективности», а толкуется и перетолковывается сейчас в разных контекстах; при этом единым знаменателем различных подходов «является мысль о мно-

¹³⁸ Прямо скажем, эта конструкция появилась в статье «без предупреждения»...

¹³⁹ Несмотря на сближение (и даже прямое применение) понятийного аппарата гражданского права.

¹⁴⁰ Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 148.

¹⁴¹ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., 2008. С. 172–183.

¹⁴² С.С. Алексеев именует их то «основными», то «комплексными», вторичными. Впрочем, на схеме стр. 174 они находятся между гражданским правом и гражданским процессом, занимают место «других основных отраслей».

гообразном и разноуровневом выражении юридических норм в различных элементах (слоях) правовой действительности»¹⁴³.

Полагая невозможным отнесение семейного права исключительно к праву частному или публичному, О.Ю. Ильина заключает, что характеристика его предмета и метода «сквозь призму интереса» дает основания говорить именно о комплексном характере отрасли семейного права, где частное и публичное присутствует в определенной пропорции, нормы иных отраслей гармонично сочетаются друг с другом и обладают определенным предметным единством и единством метода¹⁴⁴.

Однако в такой постановке вопроса, если доводить ее до логического предела, семейное право как отрасль права «исчезает», остается, к полному удовлетворению Р.З. Лившица¹⁴⁵, лишь отрасль семейного законодательства.

Как верно отмечает С.В. Поленина, в науке «распространены попытки искусственного привнесения в процесс структурирования системы права не присущего ей на уровне отраслей и подотраслей признака комплексности»¹⁴⁶. «"Комплексирование" не влечет "удвоения" отраслевой принадлежности, – пишет автор, – ... Применительно к гражданскому праву эта проблема решена четко: его нормы, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу (п. 2 ст. 3 ГК РФ). Если это требование будет соблюдаться, то не возникнет ни "удвоения бытия", ни "нерастворимого осадка" норм гражданского права»¹⁴⁷.

¹⁴³ Алексеев С.С. Указ. соч. С. 183–184.

Подробно о современном состоянии дискуссии и ее первичных предпосылках см., например: Байтин М.И., Петров Д.Е. Соотношение отрасли права и отрасли законодательства // Правоведение. 2004. № 4. С. 29–40.

¹⁴⁴ См.: Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007. С. 105–106.

¹⁴⁵ Его позиция будет рассмотрена позднее – в связи с участием семейного права в «социальном комплексе».

¹⁴⁶ Поленина С.В. Взаимодействие системы права ... С. 6.

¹⁴⁷ Общая теория государства и права. Академический курс / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. М., 2001. С. 344. (Автор главы – С.В. Поленина.)

Определенное «зло» в этом все же есть, так как неизбежен вопрос: а законодатели кто?.. 1. «Изобретения» ГК не всегда уместны

В то же время С.В. Поленина признает существование **комплексных** («пограничных») **институтов** на стыке однородных отраслей права, где возникает «подвижная предметно-регулятивная связь». В результате образуются «зоны, регламентирующие единое по существу общественное отношение, обладающее, однако, в определенных своих частях оттенками, модификациями, обусловленными спецификой той или иной отрасли», например, совместная собственность супругов и брачный договор. Этот «пограничный» институт может развиваться, отмечает автор, в нескольких направлениях: 1) с вектором в «материнскую» отрасль; 2) с вектором в «дочернюю» отрасль; 3) с вектором к длительному равновесию. В первых двух случаях он должен постепенно утратить комплексный характер, в третьем может произойти «мутация» и на ее основе создадутся предпосылки к появлению новой отрасли (для этого «клетки» должны достичь определенного качества и «критической массы», вызвать к жизни особые технологии, понятийный аппарат, принципы, т.е. Общую часть). Именно поэтому, подчеркивает С.В. Поленина, **признание явления комплексного института не идентично признанию комплексной отрасли**¹⁴⁸. (Нетрудно заметить, что автор представила нам в том числе изысканно срежиссированную картину появления семейного права.)

Р.З. Лившиц предложил вообще отойти от дихотомии «отрасль права – отрасль законодательства», поскольку ни предмет, ни метод, ни правовое положение субъектов надежно не обеспечивают «чистоты» даже так называемых профилирующих отраслей права; к тому же специальные отрасли «отрезают по куску» от их плоти, их предмет приобретает остаточный ха-

для семейных отношений. 2. И столь же не всегда можно с точностью сказать, что перед нами гражданско-правовая норма, хотя и с пропиской в СК (так же, как это происходит, например, с некоторыми специальными гражданско-процессуальными нормами СК РФ, «спаянными» с нормативистикой семейного права).

¹⁴⁸ См.: Поленина С.В. Взаимодействие системы права ... С. 7.

О комплексных институтах см. также: Сырых В.М. Комплексные институты как компоненты системы российского права // Журнал российского права. 2002. № 10. С. 22–27.

рактер и вовсе может исчезнуть¹⁴⁹. Если рассматривать право не нормативистски, продолжает автор, как систему правовых норм, а как систему идей, норм, отношений, то проблема указанной дихотомии отпадает сама собой – остается лишь отрасль законодательства (система правовых норм¹⁵⁰), которая, конечно же, и будет строиться на основе «двойного мандата» (предмета и метода) и оформится либо кодификационным актом, либо несколькими актами. При этом пересечения их пространств останутся, однако следует избегать не пересечений (они неизбежны), а противоречий между нормами разных отраслей законодательства¹⁵¹. Формирование этих отраслей, по мысли Р.З. Лившица, может происходить различными путями, в частности семейное законодательство родилось через накопление внутри других отраслей большого нормативного материала (что было обусловлено развитием общественных отношений) и автономной кодификации его¹⁵². При этом автор не опасается избыточного числа отраслей законодательства, так как более или менее это число будет отражать подробности общественной практики¹⁵³. Предлагается группировать их по блокам с учетом нацеленности правового регулирования (экономика, охрана природы, общественный порядок и т.д.). В частности, семейному праву отводится место в блоке отраслей **социального развития** (вместе с трудовым, социально-обеспечительным, жилищным, образовательным, здравоохранительным и др. законо-

¹⁴⁹ Что, конечно, вряд ли. Вспомним приведенное нами замечание Ю.К. Толстого про «тихую сапу» – норму п. 2 ст. 3 ГК РФ.

¹⁵⁰ Небольшой штрих к проблеме подмечает Е.А. Керимова: поскольку законодательство не является единственным источником права, не находится места, например, договорам с нормативным содержанием (добавим: и судебным актам обобщающего характера). См.: Керимова Е.А. О системообразующих критериях права РФ // Правоведение. 2002. № 5. С. 165.

¹⁵¹ См.: Лившиц Р.З. Указ. соч. С. 115–120.

¹⁵² Здесь следует, на наш взгляд, сделать уточнение об историческом феномене – революционном законодательном «всплеске» 1917–1918 гг., который весьма способствовал данному качественному «скачку».

¹⁵³ Это, конечно, «идилиида», ибо субъективный фактор в законодательстве весьма значителен.

дательством)¹⁵⁴. (Соответственно проблема предположения о **комплексной отрасли права** переводится в факт **комплексной отрасли законодательства**¹⁵⁵.)

Следует заметить, что «уход» от отрасли права предлагается и другими учеными. Так, С.П. Маврин подчеркивает неактуальность самой проблемы деления права на квазисамостоятельные отрасли, «поскольку ее решение не оказывает никакого практического воздействия на эффективность правотворчества и правоприменения»; нынешний российский законодатель исходя из практической целесообразности наполняет тексты нормативно-правовых актов нормами различных отраслей права, ориентируясь на такие критерии, как вид деятельности (1), объект отношений (2), их субъект (3) и др. (в результате появляются различные правовые «дивизионы», созданные отнюдь не по одному заранее определенному теории права признаку, – коммерческое право, таможенное право и др. (1); бюджетное право, налоговое право¹⁵⁶ и др. (2); профсоюзное право, предпринимательское право и др. (3); за рубежом – спортивное право, контрактное право, ювенальное право¹⁵⁷ и т.д.). Необходимо, продолжает автор, сместить и исследовательский, и практикующий аспекты в область оптимизации механизма правового регулирования¹⁵⁸.

В.Ф. Попондопуло, опираясь на идею о двух отраслях права (публичного и частного), предлагает группировать законодательство по сферам деятельности¹⁵⁹ и уже далее по отраслям, подотраслям, институтам права. В частности, семейному праву в этой системе, видимо¹⁶⁰, отводится место в блоке «Преиму-

¹⁵⁴ Лившиц Р.З. Указ. соч. С. 121–123.

¹⁵⁵ По этому поводу см. также: Байтин М.М., Петров Д.И. Соотношение отрасли права и отрасли законодательства. С. 30–39.

¹⁵⁶ Видимо, семейному праву место здесь.

¹⁵⁷ О ювенальном праве см. в очерке шестом.

¹⁵⁸ См.: Маврин С.П. Метод правового регулирования и позитивное право // Правоведение. 2003. № 1. С. 212–213.

¹⁵⁹ Здесь автор не смог не привести меткого выражения О.С. Иоффе по поводу размножения отраслей законодательства: «вплоть до банно-прачечного законодательства».

¹⁶⁰ Наша неуверенность обусловлена двумя причинами: 1) автор вообще не упоминает ни семейного права, ни семейного законода-

ственно частноправовые акты» (2.2.1.), подблоке «Социальное законодательство» (2.2.1.2.)¹⁶¹.

Не разделяя в полной мере точек зрения данных авторов¹⁶² об утрате отраслью права (в ее классическом понимании) практического значения и о фактической монополизации пространства нормативно-правовой системы отраслями законодательства, полагаем необходимым отметить одно из безусловных рациональных «зерен» данного подхода – право на нормативные объединения по практически важным критериям общественной практики. В частности, центростремительной энергетикой обладают **«социализаторские»**¹⁶³ отрасли (или отрасли **«социального служения»**¹⁶⁴, где заложена значительная **«социально обязывающая сила»**¹⁶⁵). Здесь возможны такие блоки, как «детское право»¹⁶⁶ (понятие о ребенке, общие начала регуляции, охраны и защиты его интересов, основные права – право на жизнь, индивидуальность, здоровье, образование, жилище, защиту и т.д., трудовая правовая статус, семейно-правовой статус, ювенально-правовые аспекты и т.д.) и др. Главная задача таких комплексов – обеспечить через научный и законодательно-практический анализ охрану и защиту значимых для общества интересов. Соответственно социальное право (весьма большая

тельства; 2) семейное право, с точки зрения ученых петербургской школы, есть часть гражданского.

¹⁶¹ См.: Попондопуло В.Ф. Система и правовые формы общественных отношений // Правоведение. 2003. № 1. С. 212–213.

¹⁶² В этом плане мы солидарны с теми учеными, которые, не отрицая определенных оснований для акцентирования значения отраслей законодательства (например, по Р.З. Лившицу), тем не менее, полагают, что конструкция предмета отрасли права не утратила своего эвристического значения и должна оставаться в инструментарии правовой науки. См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 346.

¹⁶³ Термин Ю.К. Толстого.

¹⁶⁴ Термин М.М. Агаркова. См.: Агарков М.М. Ценность частного права // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 71–72.

¹⁶⁵ Термин, употребляемый М.М. Агарковым в связи с анализом ряда немецких теорий. См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды. Т. 1. С. 337.

¹⁶⁶ Название условно, хотя идея не нова – ее высказывали ранее и автор и др. семейноведы.

область законодательства) должно пониматься существенно шире, нежели право социального обеспечения (отрасль права и отрасль законодательства) и по возможности исследоваться как один общий объект, включающий и только что поименованную отрасль, и законодательство о здравоохранении, образовании, труде, семье¹⁶⁷ – в той части, в которой эти правовые «массивы» не просто затрагивают социальное право и интересы граждан (не как обычных субъектов экономического оборота), а через «публичных агентов» обеспечивают, охраняют и защищают данные права и интересы. В этом смысле объемы понятий «социальная политика» и «социальная защита» также шире общепринятых (и даже «диверсифицированных»)¹⁶⁸. Возможно также, что в обсуждаемый Социальный кодекс¹⁶⁹ должна войти определенная часть норм семейного законодательства – та, что с публичным элементом (и прежде всего организация и контроль в сфере попечения над детьми)¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Блоки собственно семейного законодательства туда пока не предлагались.

¹⁶⁸ Подробнее об этом см. работы представителей науки трудового права и социального обеспечения: Филиппова М.В., Хохлов Е.Б. О понятии социального права // Российский ежегодник трудового права. 2005. № 1. СПб.: СПбГУ, 2006. С. 491–509; Миронова Т.К. Перспективы становления отрасли социального права // Журнал российского права. 2003. № 10. С. 67–74; Лушников А.М., Лушникова М.В., Барышникова Т.Ю. Теория права социального обеспечения: прошлое и настоящее. Ярославль, 2008. С. 108–137.

¹⁶⁹ См., например: Миронова Т.К. Указ. соч. С. 71.

¹⁷⁰ Соответственно в область социального права (как области законодательства) должна войти и часть норм административного права (как отрасли права, – разумеется, без полной идентификации последней с первой) как восприемника полицейского права Российской империи – с принятием на себя одного из назначений данного права – юридически оформлять воздействие различных общественных образований (и прежде всего государства) на общественные отношения в целях социального развития. С учетом конституционной характеристики нашего государства как социального проблема социального права (в том или ином объеме) является весьма актуальной. См.: Филиппова М.В., Хохлов Е.Б. Указ. соч. С. 508–509.

Очерк второй. Брак: на «волнах» российской истории и теории

2.1. Брачное право России. История вопроса

2.1.1. Брачные отношения в X – XVII вв.

Вязыческую эпоху, когда семейные отношения славянских племен (древлян, радимичей, вятичей, северян) регулировались обычным правом, первой и наиболее распространенной предпосылкой индивидуального брака было похищение, которое в обрядовой, «отголосковой» форме сохранялось, как известно, длительное время. При этом наряду с действительным похищением (например, у древлян) существовало и мнимое. Брак при похищении возникал с момента истечения определенной давности, точнее, с момента примирения сторон, признания факта фактического состояния и соглашения¹. Согласно летописным описаниям, славяне имели обычай похищать на игрищах тех невест, с которыми сговорились. В «Повести временных лет» сказывалось: «... И ту умыкаху жены себе, с нею же кто съвещашеся»².

Вторым способом заключения брака была покупка (впрочем, она могла быть и основой примирения при похищении)³. Передача купленной невесты уже в древние времена развилась в весьма сложные формы: запродажная сделка («сватовство», то есть осмотр предмета сделки – невесты – посторонними, и «рукобитье», то есть заключение сделки самими сторонами)⁴.

¹ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов-н/Д., 1995. С. 404–405. (Переиздание труда 1886 г.)

² Повесть временных лет / Под ред. В.П. Андриановой-Перетц. Ч. 1. М., 1950.

³ См., например: Загоровский А. О разводе по русскому праву. Харьков, 1884. С. 17.

⁴ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 406.

Третьим способом заключения брака (у полян) было приведение: не жених похищает или покупает невесту, а ее приводят к нему в дом с приданым⁵: «Поляне ... брачные обычаи имяху: не хожаше зять по невесту, но приводяху вечер, а завтра приношаху по ней, что владуче»⁶.

В.О. Ключевский выделял пять видов брака, которые сменяли друг друга, отражая процесс разрушения родовых связей: 1) умычка (умыкание); 2) умычка с последующей уплатой вена (откупа); 3) продажа невесты по взаимному соглашению сторон; 4) хождение за невестой с последующей уплатой вена; 5) «привод» невесты к жениху с получением вена или выдачей приданого⁷.

К.А. Неволин противопоставлял два вида брака, существовавших одновременно и принятых у различных славянских племен: для первого характерна инициатива самих сторон в выборе брачного партнера, для второго – инициатива третьих лиц, где «жених и невеста представляются в страдательном положении при заключении брака»⁸.

Ряд современных исследователей полагают, что расширение круга источников позволяет предположить более развернутую классификационную схему, включающую большее число способов возникновения брака: 1) наиболее архаичный – умыкание (в некоторых случаях насилие над личностью невесты было лишь формальным, в других – действительным); 2) заключение гражданско-правовой сделки; 3) принуждение женщины к сожителству (в отличие от умыкания, или «умычки», здесь отсутствовал ритуальный элемент); 4) приведение (от умыкания отличало наличие согласия родителей невесты и свидетельств соседей); 5) прелюбодеяние (в более широком смысле, нежели принято в настоящее время, то есть и в смысле брачного сожителства, перешедшего в супружество) – фактический брак, сожителство неженатого мужчины и незамужней

⁵ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 406.

⁶ Лаврентьевская летопись // Полное собрание русских летописей. Т. 1. СПб., 1846. С. 6.

⁷ См.: Ключевский В.О. Курс русской истории // Соч.: в 9 т. Т. 1. М., 1987. С. 135.

⁸ См.: Неволин К.А. История российских гражданских законов. Т. 1. СПб., 1851. С. 131.

женщины – без публичного оформления и с ограниченными взаимными обязательствами супругов⁹.

Содержание личных отношений, как полагают исследователи данного вопроса, в значительной степени зависело от способов возникновения (заключения) брачного союза: при похищении жена становилась собственностью мужа, при покупке и совершении брака с приданым власть мужа была несколько ограничена. При этом на Руси муж мог распоряжаться свободой жены, но не имел права ее жизни и смерти. Развод производился относительно свободно, в браке с приданым – даже по инициативе женщин¹⁰.

После принятия на Руси в 988 г. христианства брак устанавливается постепенно в течение столетий, представляя, как пишет М.Ф. Владимирский-Буданов, смешанный результат действий русского обычного права, рецепции византийских светских законов и церковного права¹¹. Начинает действовать Номоканон – собрание норм византийского семейного права, впоследствии дополненное постановлениями русских князей и получившее известное название Кормчей книги. Брак стал рассматриваться как таинство – «мужеви и жене сочетание и бытие во всей жизни божественныя же человеческия правды общение», целью которого являлось продолжение рода человеческого¹². Под влиянием византийского права, отмечал Г.Ф. Шершеневич, церковь православная ввела церковную форму брака, установила пределы свободы расторжения брачных уз, устранила многоженство¹³.

Однако действие христианских православных начал сказывалось медленно, сталкиваясь с вековым нравственным, хозяйствен-

⁹ Подробнее об этом см.: Оспенников Ю.В. О видах брачных связей в русском праве XII – XV вв. // Правоведение. 2004. № 5. С. 210–216.

¹⁰ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 44–45; Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. СПб., 2006. С. 12.

¹¹ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 407.

¹² Подробнее об этом см. далее.

¹³ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 588.

ным и юридическим бытом крестьянства, обычным правом¹⁴. Церковное венчание, введенное в XI в., практиковалось только в высших слоях общества, остальное население совершало браки по традиционным обрядам. По мнению исследователей народного обычного брачного права, брак был союзом гражданским, светским, первостепенное значение придавалось его общественному признанию (пока не отпразднована свадьба, пусть и отложенная, супружеских прав и обязанностей могло не возникнуть) и второстепенное значение – признанию религиозному, церковному венчанию¹⁵.

Минимальный брачный возраст, согласно Кормчей книге, устанавливался в 15 лет для мужчин и 12 лет для женщин. Однако браки совершались и в гораздо более раннем возрасте – соответственно в 11 и 10 лет и даже ранее: Святослав Игоревич в 1181 г. был возведен в супружество 10-ти лет от роду; дочь суздальского князя Всеволода Юрьевича Верхуслава в 1187 г. была выдана замуж за 14-летнего Ростислава Рюриковича «млада суще осьми лет»; Иван III был обручен («опутан») «девицею 5 лет»¹⁶. «Достаточно яблока и немного сахара, чтобы она оставалась спокойной», – записал свои впечатления один из

¹⁴ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 45; Нижник Н.С. Указ. соч. С. 15–16; Левшин Э.М. Становление и развитие брачно-семейного законодательства в дореволюционной России: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2003. С. 12.

¹⁵ См.: Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. М., 2003. С. 394. (Труды 1877 и 1879 гг.)

На значимость публичности совершения бракосочетания, присутствия при оном свидетелей-соседей указывал также М. Горчаков. См.: Горчаков М. О тайне супружества. СПб., 1880. С. 308.

Современные социологи также отмечают, что продвижение и адаптация христианской модели брачного и семейного поведения встретили серьезное сопротивление социальной среды. Элита воспринимала новые требования, а большинство населения «продолжало транслировать языческие традиции». По утверждения И.С. Кона, «растянувшийся на несколько процесс христианизации ... был во многом поверхностным, верхушечным. В народных верованиях, обрядах и обычаях христианские нормы не только соседствовали с язычниками, но зачастую перекрывались ими». (См.: Варламова С.Н., Носкова А.В., Седова Н.Н. Брачный договор в России: от прошлого к будущему // СоцИс. 2008. № 1. С. 51.)

¹⁶ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 16–17.

немцев-опричников в середине XVI в. о 9-летней невесте княгине Марии Старицкой 23-летнего герцога Магнуса¹⁷. В народной пословице говорилось: «Невеста родится – жених на коня садится». Правда, такие ранние браки, особенно со стороны девической, совершались в основном в княжеской среде. Подобные казусы не прекратились вовсе даже после запрета в XV в. Митрополита Фотия «венчать девочек менши пятнадцати лет». В крестьянской среде девушек старались выдавать замуж в несколько более старшем возрасте – часто к 16 – 18 годам, когда они становились способными самостоятельно выполнять нелегкие домашние обязанности по уходу за скотиной, готовке пищи и заготовке продуктов впрок¹⁸.

Верхний возрастной предел, а также разница в возрасте жениха и невесты формально не предусматривались. Священникам по этому вопросу давались лишь общие рекомендации. В инструкции поповским старостам 26 декабря 1697 г. патриарха Адриана приказывается писать в вечной памяти, чтобы попы «о женихах и невестах разыскивали, вдовцы мужи и жены не в престарелых ли летах»¹⁹. (Указание, как видим, напрямую касалось только вдовиц и вдовцов.) Обращалось также внимание на то, чтобы между вступающими в брак не было «великой разницы в летах»²⁰. Между тем не только женихи бывали намного старше невест, но нередко были случаи (в том числе в крестьянской среде), когда невеста в летах выходила замуж за жениха-ребенка²¹. (Так, например, даже в XVIII в. между однодворцами Белгородской и Воронежской епархий встречался «непотребный обычай, что они малолетних своих сыновей, лет 8, 10, 12 женят и берут за них девок по 20 и более, с которыми свекры их многие впадают в кровосмешение, за что несколько из них ... и к смерти приговорено»²².)

К числу классических церковных условий заключения брака относилось отсутствие определенных степеней родства и свойства: первое – до седьмой степени включительно, второе – до шес-

¹⁷ См.: Пушкарева Н.Л. Частная жизнь русской женщины: невеста, жена, любовница (X – начало XIX в.). М., 1997. С. 22.

¹⁸ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 21.

¹⁹ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 410.

²⁰ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 18.

²¹ См.: Пахман С. В. Указ. соч. С. 398.

²² См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 411.

той (это, впрочем, не всегда можно было установить, так как многие свойственники не поддерживали контактов между собой и могли не знать о браках друг друга). Имело значение и духовное родство. Крестный отец долженствовал крестника «к благодетелию наставляти ... и большей есть, нежели отец родивый его по плоти...». Духовное родство ставилось выше, чем родство через брак: «Понеже сродство по духу есть важнее союза по телу» (Кормчая книга, гл. 50). Запрещались браки между участниками отношений усыновления. На практике в разные времена глубина запретов несколько менялась, однако, судя по всему, не принципиально²³.

По общему правилу, обязательным условием объявлялось непереносное участие воли родителей (кроме случаев их нахождения не в здравом уме или в плену) или опекунов. В случае беспричинного сопротивления браку дети могли обратиться к гражданской власти, «вено» которой могло заменить согласие отца. В отдельные времена согласия не требовалось для эмансипированных детей (эмансипация дочери наступала в 25 лет). Свобода воли самих детей была желательна. Церковь боролась с родительским принуждением, однако на практике таких браков было немало²⁴. Сложившееся положение постоянно осуждалось высшим духовенством. Так, патриарх Адриан в 1693 г. указывал: «... чтоб отныне к венчанию приходящих жениха и невесту священником поособно истязовывати и накрепко допрашивати, по любви ли и согласию ... супружествуются, а не от насилия ли или неволи...»²⁵.

С другой стороны, источники свидетельствуют и об обратной тенденции. Так, договоры о помолвке (XII в.) включали условие о неустойке, если свадьба расстроится по вине ветреника-мужчины. С XVI в. появилась и формула о штрафе с родственников несогласной на брак невесты. Близкие родственники невесты, разумеется, старались не допустить таких инцидентов. Однако были и дошедшие до нас исключения: богатая бабушка Марфа (начало 1560-х гг.), любя внуку Авдотью, продала два села, чтобы выплатить штраф ее жениху, за которого, влюбившись в другого, внучка отказалась идти замуж. В «Повести о

²³ Нижник Н.С. Указ. соч. С. 18.

²⁴ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 413–414.

²⁵ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 27.

семи мудрецах» сказывалось: «Рече ей мати: "Кого хочещи любити?" – Она же отвеща: "Попа". – Мати же рече: "Лутчи ... дворянина, ино менши греха". – Она же рече: "Попа хощу"»²⁶. Больше возможности свободного волеизъявления имели дети, а также женщины, выходявшие замуж не в первый раз. Новгородка Ульяница (XIV в.) писала возлюбленному Миките: «Поди за мене. Яз тебе хоцю, а ты мене. А на то послухо Игнато...»²⁷

Поскольку на Руси, как мы уже отмечали, брак являлся с древних пор институтом не только личным и церковным, но и публичным, общественным, в той или иной форме и степени обязательности требовалось позволение начальства. Первоначально, отмечает М.Ф. Владимирский-Буданов, оно имело применение как для служилых, так и для неслужилых лиц: одобрение или прямое устройство брака князем; подарок, выкуп за девицу, получаемый местной властью «за потерю лица в обществе»²⁸. Впоследствии это условие стало применяться к людям «служилым» военного и гражданского ведомств²⁹.

В христианскую же эпоху русского семейного права образовалось и правило о «единоженстве», или отсутствии другого нерасторгнутого брака. В языческую пору господствовало многоженство, впрочем, не безграничное. В летописях сказывалось о самых нецивилизованных из славянских племен (радимичах, вятичах, северянах): «имяху же по две и по три жены». Князья эту норму могли превышать – у князя Владимира в язычестве было 6 жен и 800 наложниц (300 – в Вышгороде, 300 – в Белгороде, 200 – в сельце Берестовом)³⁰. Следы многоженства обнаруживались и в христианскую эпоху. Подтверждением тому, в частности, назидательные тексты из устава Ярослава: «Если две жены кто водит, то епископу 40 гривен, а которая подлегла, ту взять в церковный дом, а первую держать по закону...»³¹.

Регулировалась и повторность браков, а точнее, их последовательное количество. Лишь первый брак церковь признавала

²⁶ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 14–15.

²⁷ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 15.

²⁸ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 415–416.

²⁹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 597.

³⁰ См.: Российское законодательство X – XX веков / Под общей ред. О.И. Чистякова. М., 1984. Т. 1. С. 152.

³¹ Там же. С. 190.

тайнством, он получал венчание, а второй и третий – только благословение. Церковь признавала только гражданские последствия следующих браков. В Правилах Василия Великого указывалось: «На троебрачие нет закона: посему третий брак не составляется по закону. На таковые дела взираем, как на нечистоты в церкви: но всенародному осуждению оных не подвергаем, как лучших, нежели распутное любодеяние»³². Четвертый брак признавался недействительным. Вслед за Кормчей книгой в Стоглаве (1551 г.) объявлялось: «Первый брак – закон, второй – прощение, третий – законопреступление, четвертый – нечестие, понеже свинское есть житие» (гл. 23)³³. Однако жизнь противилась этому строгому канону, допуская и 4, 5, 6, 7-й браки (пример Ивана Грозного) и даже 10-й (у вятчан)³⁴. Часто терпимость к подобным союзам объяснялась необходимостью иметь потомство. Но в былинах и повестях приводились и иные мотивы: «...смотрячи на красоту ея, с умом смешался, и забыл свой первый брак, и взял ее за руку за правую, и целовал в уста сахарныя, и прижимал ее к сердцу ретивому...». Мотивация смены жен в этом тексте, отмечает Н.Л. Пушкарева, «настолько напоминает сегодняшний день, что не требует комментариев»³⁵. Первым светским законом, лишившим силы четвертые браки, стало Соборное Уложение царя Алексея Михайловича (1649 г.) и Указ «О недействительности четвертого брака» от 27 июня 1651 г.: вдова после четвертого брака и ее дети не получали наследства после смерти мужа и отца; Уложение запрещало жениться на четвертой жене, а указ – выходить замуж за четвертого мужа. Сила этого правила подтверждалась и последующими указами³⁶.

Для вдовиц устанавливался также траурный год – из понятных физиологических причин (для различения отца)³⁷.

Сохранение невинности невесты до брака церковный закон не рассматривал в качестве условия его заключения. Девственность требовалась только от будущих жен представителей клира,

³² Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 417.

³³ См.: Российское законодательство... М., 1985. Т. 2. С. 289.

³⁴ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 421.

³⁵ Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 15–16.

³⁶ См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 2. М., 2003. С. 32–33. (Публ. по изд. 1896 г.)

³⁷ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 420.

а с мирских людей предписывалось взимание штрафа, «если замуж пошла нечиста»³⁸. Тем не менее несоблюдение целомудрия почти повсюду обставлялось более или менее позорными для невесты и ее родных последствиями³⁹.

В этой связи следует упомянуть и о «теремном» бытии девиц (а также и жен). Как отмечает Н.Л. Пушкарева, в русских источниках понятие «женского терема» можно найти уже в былинах киевского цикла, но отличительной чертой жизни знатных московиток оно стало не ранее середины XVI в. «Среди причин возникновения такого специфического затворничества, – продолжает автор, – называют распространение вместе с православием византийской феминифобии с ее представлением о женщине как о "сосуде греха", который следует держать запертым во избежание соблазна»⁴⁰. Другая причина, видимо, коренится в том, что к середине XVI в. знатные девицы-московитки превратились в род весьма дорогого «товара», которым торговали родители, заключая династические союзы: сохранение целомудрия боярских и княжеских дочерей в недоступных взору и тем более общению теремах стало формой «семейно-матримониальной политики». («Держи деньги в темноте, а девку в тесноте», «В клетках птицы – в теремах девицы».) «Не эта ли лишенность "самых нежных чувств" заставляла княжон и боярынь мастерской Софьи Палеолог вышивать по краю цер-

³⁸ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 29.

³⁹ См.: Пахман С. В. Указ. соч. С. 392.

Н.Л. Пушкарева, в результате сравнительного анализа семьи и сексуальной морали в православии и католицизме, отмечала, что в первом наказании за несохранение девственности до замужества, различные приемы наслаждения супружеской эротике и прелюбодеяния были не столь суровы, как во втором. В православии санкции в основном сводились к посту (от нескольких дней до двух лет), многочисленным поклонам, чистосердечному раскаянию и покаянию. Разумеется, православие тоже требовало от прихожан сохранения непорочности, умерения страстей, разумных ограничений в супружеской сексуальной жизни, недопустимости адюльтера. См.: Пушкарева Н.Л. Семья, женщина, сексуальная этика в православии и католицизме: перспективы сравнительного подхода // Этнографическое обозрение. 1995. № 3. С. 55–59.

⁴⁰ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 45.

ковной пелены шелковую вязь: "Да молчит всякая плоть..." (1499 г.)?»⁴¹ ...

Формы совершения брака существенным образом зависели (и зависят) от различия понятий о самом браке. По римскому и византийскому праву брак есть договор. Соответственно форма его совершения была сродни форме совершения прочих гражданских сделок. Поскольку церковь полагала брак таинством, а не договором, единственной формой для совершения его явилось церковное венчание. Впрочем, исследователи полагают, что на практике это требование стало соблюдаться весьма постепенно и отнюдь не повсеместно и постратно. Так, правила митрополита Иоанна в XII в., отмечает М.Ф. Владимирский-Буданов, «засвидетельствовали, что в то время, то есть два века спустя после принятия христианства, не было на простых людях благословенного венчания, но бояре только и князья венчались. ... Строгие поучения духовенства против невенчанных браков доказывают, что в обычном праве такие браки были в употреблении не только в XII в., но и в XV и XVI»⁴². Нет сомнения, соглашается с ним К.П. Победоносцев, «что правила церковной формы брака, принесенные к нам восточною православною церковью, надолго еще оставались мертвою буквой для массы населения, продолжавшего заключать браки в диком, бесформенном виде»⁴³.

Тем не менее в Московском государстве церковь в конце концов провела в жизнь свое учение о браке как таинстве и венчании как единственной форме его совершения (кроме повторных браков, для которых, как мы уже отмечали, предусматривалось благословение).

Венчание предварялось обручением (сговором родителей жениха и невесты о браке и приданом). Оно оформлялось сговорной записью; на случай нарушения обещания устанавливалась неустойка – заряд. После вставал вопрос о смотринах невесты. Иногда такое разрешение не давалось – «от гордости» или от того, «что невеста была дурна собою». Чаше же разрешение следовало – и в дом смотрительницей являлась мать или родственница жениха. (Впрочем, и тогда не было гарантии «качества товара»: девицу могли подменить сестрой, служанкой.)

⁴¹ Пушкирева Н.Л. Указ. соч. С. 45, 51.

⁴² Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 422–423.

⁴³ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 57.

Сам жених, как правило, видеть невесту до брака права не имел. Отрицательный результат смотрин мог вести к расстройству брака⁴⁴. Знатным женихам делались исключения: на «общенародный смотр» великому князю Василию Ивановичу собрали 1 500 девиц⁴⁵; Ивану Грозному дворяне и дети боярские свозили своих дочерей отовсюду (нерасторопные отцы подвергались опале и казни); для выбора невесты к повторному браку царя Алексея Михайловича из знатного числа девиц были им (через окошко потаенной комнаты) выбраны три кандидатки, коих душевные и телесные достоинства освидетельствовали смотрительницы⁴⁶.

Получив уведомление родителей о желании заключить между их детьми брак, священник производил обыск – выяснял у родственников и других лиц, нет ли препятствий к браку. Далее производилось троекратное оглашение о нем в церкви, намечалась свадьба и выдавалась приходскому священнику епархиальным архиереем вечная память (знамена) – документ, в котором записывались имена брачующихся и сведения о результатах обыска. Венчание осуществлялось публично в приходском храме (по жительству жениха и/или невесты) при обязательных двух свидетелях. Затем следовало свадебное пиршество, сложнообрядность и живучесть которого подтверждали важность не только церковного, но и общественного признания союза.

Личные супружеские отношения в духе христианского учения строились на триаде – единой фамилии, общем месте жительства и принятии женой социального статуса мужа. Как правило, жена следовала за мужем. Однако в московском праве не было такого строгого императива – место жительства могло определяться и домицилием жены (в этом случае в некотором смысле муж как бы менялся ролью с женой – приносил ей приданое и т.д.)⁴⁷.

⁴⁴ См.: Подробнее об этом см.: Костомаров Н.И. Исторические монографии и исследования. Кн. 2. Т. 19. Очерк домашней жизни и нравов великорусского народа и старинные земские соборы. СПб., 1906. С. 128–129.

⁴⁵ См.: Забелин И. Домашний быт русских цариц в XVI и XVII ст. М., 1907. С. 208.

⁴⁶ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 32.

⁴⁷ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 436.

Социальный статус жены определялся социальным статусом мужа. Это следовало из Церковного устава Ярослава, Судебника Ивана IV, Уложения царя Алексея Михайловича и других актов⁴⁸. Так, Судебник 1550 г. исходным размером за бесчестье жены определял сумму, двукратную от предусмотренной за бесчестье мужа (ст. 26): «... а торговым гостем болшим пятдесят рублев, а женам их вдвое против их бесчестна; ... а христианину пашенному и непашенному бесчестна рубль, а жене его бесчестна два рубля...»⁴⁹. Дочь посадского, выйдя замуж за вольного человека, переставала находиться в черной слободе, и муж ее в тягло не записывался (ст. 21 Соборного Уложения 1649 г.); напротив, выходя замуж за старинного холопа, или кабального, или бобыля, она определялась с мужем к его владельцу (ст. 37). Однако бывали и исключения: например, вдова посадского записывала второго (вольного) мужа в посад (ст. 22)⁵⁰. Кстати, и в церковном, и в светском плане, отмечает Н.Л. Пушкарева, к мезальянсам также было отношение негативное. Церковные деятели устрашали женихов тезисом о том, что «жена от раб ведома есть зла и неистова». Мезальянс в виде женитьбы на рабыне как источник похолопления упомянут в «Русской Правде». Случаи благополучной семейной жизни князя и простолюдинки почти не нашли отображения⁵¹.

Однако основательной правовой регуляции личных отношений в эту эпоху не было. В древний период русской истории, отмечает Г.Ф. Шершеневич, семья, как и всюду, пользовалась автономией, законодательных определений о личных и имущественных отношениях супругов не было, указания на семейные права бедны⁵². Семья в тот период напоминала маленькое государство со своим главой и собственной публичной властью в лице мужа и отца⁵³. Власть мужа трактовалась как закон: «жене глава муж, мужу – князь, а князю – Бог». Права (без права, однако, на жизнь жены) власти осуществлялись непосредствен-

⁴⁸ См.: Неволин К.А. История российских гражданских законов. Ч. 1. М., 2005. С. 234–242.

⁴⁹ Российское законодательство X – XX веков. Т. 2. С. 101.

⁵⁰ Там же. Т. 3. М., 1985. С. 205, 214.

⁵¹ Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 17.

⁵² Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 612.

⁵³ См.: Петражицкий Л.И. Теории права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1910. Т. 2. С. 713.

ным принуждением без помощи иска или обращения к публичными властям⁵⁴.

Своеобразным социальным регулятором семейных, в том числе супружеских, отношений был Домострой (XVI в.) как один из самых известных назидательных сборников. Первая его редакция была составлена в Новгороде в конце XV – начале XVI в., вторая – значительно переработана новгородцем, впоследствии влиятельным советником молодого Ивана IV, протопопом Сильвестром. Этот «кодекс» состоял из трех частей – «духовного строения» (религиозные наставления в гл. 1 – 15), «мирского строения» (о семейных отношениях – в гл. 16 – 29) и «домовного строения» (хозяйственные рекомендации – в гл. 30 – 63)⁵⁵. С одной стороны, в Домострое показаны принижение женщины в домашнем быту, жесткость воспитания, личная несвобода человека, с другой – он значительно мягче в своих рекомендациях по отношению к женщине наставлений прежних лет, что соответствовало ее реальному положению в обществе данного времени⁵⁶. И.Е. Забелин писал: «Женщина поставлена здесь на видном месте, ее деятельность обширна ... мы не имеем никакого права упрекать Домострой в жестокости к женщине: у него нет приличных невинных удовольствий, которые бы он мог предложить ей, и потому он принужден отказать ей во всяком удовольствии, принужден требовать, чтобы она не имела минуты свободной, которая может породить в ней желание удовольствия неприличного или, что еще хуже, желание развлекать себя хмелем. Сколько женщин по доброй воле могло приближаться к идеалу, начертанному Домостроем, сколько надобно было заставлять приближаться к нему силою, сколько женщин предавалось названным неприличным удовольствиям? На этот вопрос мы отвечать не решимся»⁵⁷.

Церковные мотивы – взгляд на женщину как потенциальную пособницу дьявола – сохраняются. Но женщина – и хозяйка дома. «Права и обязанности хозяина и хозяйки, – отмечает В.В. Колесов, – находятся как бы в дополнительном распреде-

⁵⁴ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 48.

⁵⁵ См.: Домострой. М., 1990. Вступительная статья В.В. Колесова. С. 10.

⁵⁶ Там же. С. 13–14.

⁵⁷ Забелин И.Е. Домашний быт русских цариц. М., 1869. С. 48.

лении ... только совместно муж и жена составляют "дом". Без жены мужчина не является социально полноправным членом общества, он остается при другом (отцовском) "доме"... Другое дело – идеальные качества, которых требовал от женщины Домострой. В отличие от мужчин (он должен быть строг, справедлив и честен) от женщины требовались чистота и послушание. Такая специализация нравственного чувства также понятна в эпоху патриархального общества; в полной мере действует правило, упоминаемое еще Владимиром Мономахом: "Любите жену свою, но не дайте ей над собою власти"⁵⁸.

Так, в гл. 16 указывается: «Каждый день и каждый вечер, исправив духовные обязанности, и утром, по колокольному звону встав, и после молитвы, мужу с женою советоваться о домашнем хозяйстве, а на ком какая обязанность и кому какое дело велено вести...». Из гл. 18: «... Господину же о всяких делах домашних советоваться с женой...»; гл. 20: «Если дочь у кого родится, благоразумный отец... от всякой прибыли откладывает на дочь ... так дочь растет, страху божью и знаниям учится, а приданое ей все прибывает»; гл. 21: «... Не жалея младенца бия: если жезлом накажешь его, не умрет, но здоровее будет, ибо ты, казня его тело, душу его избавляешь от смерти»; гл. 22: «Чада, ... любите отца своего и мать свою и слушайтесь их, и повинуйтесь им божески во всем, и старость их чтите, и немощь их и страдание всякое от всей души на себя возложите, и благо вам будет...»; гл. 23: «Если подарит кому-то Бог жену хорошую – дороже это камня многоценного. Такой жены и при пущей выгоде грех лишиться: наладит мужу своему благополучную жизнь... Жена добрая, трудолюбивая, молчаливая – венец своему мужу...»; гл. 25: «Следует тебе самому, господину, жену и детей, и домочадцев учить не красть, не блудить, не лгать, не клеветать, не завидовать, не обижать ..., не бражничать...»; гл. 33: «... Да и сама хозяйка ни в коем случае и никогда, разве что занедужит или по просьбе мужа, без дела бы не сидела...»; гл. 39: «... а в гости ходить и к себе приглашать и пересылаться только с кем разрешит муж»; гл. 40: «А у жены решительно никогда никоим образом хмельного питья бы не было...»⁵⁹.

⁵⁸ Домострой. С. 14–15.

⁵⁹ Там же. С. 131–153.

Имущественные отношения супругов, в отличие от личных, строились на основе признания некоторой самостоятельности замужней женщины. Еще в дохристианский период жены на Руси имели свое имущество, то есть существовал принцип раздельной собственности. В подтверждение этого тезиса исследователи обычно ссылаются на пример княгини Ольги, коей принадлежал город Вышгород, село Ольжичи, звериные и птичьи ловли. Однако, по мнению М.Ф. Владимирского-Буданова и Г.Ф. Шершеневича, случай этот нетипичный: 1) из княжеского права, который не является источником частноправовых норм; 2) Ольга в то время была без мужа. Ссылки на «Русскую Правду» также не вполне основательны, так как все ее указания на этот счет сводятся к правам наследования, то есть к правам жены после прекращения брака, нисколько не проясняя вопроса об отношениях мужа к имуществу жены в период брака; но после смерти мужа жена или остается распорядительницей общесемейного имущества, или получает выдел наравне с сыновьями⁶⁰. Тем не менее свидетельства определенной самостоятельности женщин имеются: 1) признавались имуществом жены движимые вещи из приданого (одежды, украшения) и вещи, приобретенные ее личным трудом (не без участия, однако, прав мужа)⁶¹; 2) содержание жены в то время обеспечивалось дарением ей мужем или свекром имущества для обеспечения на случай вдовства⁶²; 3) значительной могла быть роль жены при управлении хозяйством дома и поместьем (постоянные «отлучки мужа на "государеву службу" объективно вынуждали "жен дворянских" подолгу выполнять функции управительниц поместий, показывая себя властными и расчетливыми домодержимицами»⁶³.)

Обобщая данные об имущественно-правовом статусе женщин, Н.С. Нижник выделяет два этапа развития данного института: 1) в X – начале XVI в. происходит медленное расширение дееспособности женщин всех социальных страт в части личного и общесемейного имущества; 2) с середины XVI до середины

⁶⁰ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 440–441; Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 613.

⁶¹ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 441–442.

⁶² См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 50.

⁶³ Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 34.

XVII в. наступает эпоха юридических ограничений соответствующих прав, запретов дворянкам владеть поместьями, вотчинникам – наследовать родовую собственность (с целью усиления государственного контроля за землями)⁶⁴.

По учению церкви супружество прекращается только физической смертью – и то не вполне, ибо только этим, по мнению М.Ф. Владимирского-Буданова, можно объяснить ее сопротивление допустить повторение брака⁶⁵. В Древней Руси развод был либо письменным договором между супругами, представленным светскому или духовному суду, либо односторонним актом – отпуском мужа жене. В Московском государстве постепенно утвердилось иное – развод давался епархиальной властью.

Однако между «автоматическим» прекращением брака смертью одного из супругов и расторжением одного издавна находилась процедура уничтожения незаконного союза – с установлением последствий, которые еще в римском праве именовались двусторонней реституцией. Так, нормы ст. 9, 17, 27 Устава князя Ярослава гласили: «Аще муж оженится иною женою, а с старою не роспустится, митрополиту вина, молодую пояти в дом церковный, а с старою жити. (Ст. 9.) ... Аще кто иметь две жены водити, митрополиту 20 гривен, а которая подлегла, тую пояти в дом церковный, а первую жену держати по закону. Иметь ли лихо ею держати, казнью казнити». (Ст. 9.) ... Аще два брата с единою женою, митрополиту 30 гривен, а женку пояти в дом церковный». (Ст. 27)⁶⁶.

Церковь без внешних колебаний шла на юридическое уничтожение семьи, хотя бы и с детьми и внуками. По версии ряда ученых, не все нарушения условия заключения брака квалифицировались в качестве оснований его уничтожения через признание недействительным (незаконным). М.К. Цатурова полагает, что к таковым относились: несоблюдение брачного возраста, наличие другого брака, нарушение запрета о близкой степени родства или свойства⁶⁷. Высказывались также предположения о та-

⁶⁴ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 54–55.

⁶⁵ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 427.

⁶⁶ См.: Устав князя Ярослава. Пространная редакция // Российское законодательство X – XX вв. Т. 1. С. 190 – 191.

⁶⁷ См.: Цатурова М.К. Русское семейное право XVI – XVIII вв. М., 1991. С. 90.

ких основаниях, как заключение брака «по насилию или в сумасшествии»... Однако основательных сведений на этот счет не обнаружено⁶⁸.

Разумеется, церковь была (и остается) противницей прекращения брачного союза путем его расторжения, но жизнь диктовала эту необходимость – и человеческой слабости следовало уступить.

В эпоху Устава князя Ярослава церковною практикой (на основе Кормчей книги) развод допускался: при недонесении женой или мужем о государственном заговоре, покушении на жизнь другого супруга, посещении женой корчмы, игрищ или домов посторонних людей без согласия мужа, неспособности супруга к брачному сожитию, длящейся три года, безвестном отсутствии в течение пяти лет, при совершении прелюбодеяния или в случае необоснованного обвинения жены в прелюбодеянии⁶⁹.

При этом основным поводом с древнейших времен считалось именно прелюбодеяние, но определялось оно гендерно различно. Муж считался изменником, если имел на стороне наложницу и детей от нее или длительную связь с женою другого. Жена полагалась «прелюбодеицей», если она только решалась на связь с другим мужчиной, на «чюжеложество» – с такой вероломной супругой муж был не только вправе, но и обязан развестись; прощение же жене греха измены рекомендовалось наказывать штрафом в пользу церкви⁷⁰. Встречалось, видимо, хотя и крайне редко, и не в течение всего исследуемого периода, в качестве «разводных» оснований: а) бездетность брака, в том числе импотенция мужчины (XII в.): «аще муж не лазит на жену свою, про то их разлучити»; б) невозможность главы семьи «держати» (материально содержать жену и детей); в) постриг в монастырь⁷¹; г) потеря невестой невинности до брака; д) различие вероисповеданий супругов (крещение на Руси при Влади-

⁶⁸ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 75.

⁶⁹ См.: Там же. С. 77.

⁷⁰ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 24.

⁷¹ Там же. С. 25.

Постриг мог быть и принудительным: известным фактом является история с Соломонией Сабуровой, женой великого князя Василия III (1526 г.), кою «не хотящу и не мыслящу о том», из-за «неплодия» ударив бичом, заставили принять постриг.

мире не было общерусским явлением)⁷²; е) обоюдное согласие супругов⁷³. При этом разнообразию применения поводов к разводу во времени в известной мере соответствовало и разнообразие их применения по месту: источники брачного права отличались разнородностью, ходили в списках, решения принимались епископами, обладавшими большой самостоятельностью⁷⁴.

2.1.2. Брачное законодательство XVIII в.

Реформаторская деятельность Петра I существенно затронула и брачное законодательство.

Венчальный брак окончательно стал основной формой заключения супружеских уз, хотя нецерковные замужества и браки «убегом» не исчезли вовсе (особенно в среде «простецов» из отдаленных губерний)⁷⁵. Как и ранее, при выборе спутника жизни большое значение имела воля родителей.

Брак без родительского благословения (и прежде всего материнского), особенно в крестьянской среде, не считался добropорядочным. При этом матери, наставляя дочерей, призывали их повиноваться воле мужей: «Ты уж не от меня будешь зависеть, а от мужа и от свекрови, которым ты должна беспредельным повиновением и истинною любовью...»⁷⁶. Дела о браках без согласия родных оставались подсудны духовным судам (в различное время различным). Позже они стали влечь не столько церковные взыскания, сколько высокую конфликтность «молодых» со «старыми», превращая «радужные перспективы» влюбленных в «надгробный памятник» браку ослушников традиций⁷⁷.

И все же обычай приоритета родительского решения вступил в Петровскую эпоху в противоречие с прогрессивными социальными побуждениями. Это привело к замене сговора о браке между родителями жениха и невесты обручением за шесть недель, с правом отказа жениха или невесты от брачного союза при

⁷² См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 81, 89.

⁷³ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. Одесса, 1909. С. 138.

⁷⁴ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 110.

⁷⁵ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 148.

⁷⁶ Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 150.

⁷⁷ Там же. С. 150.

обнаружении у нее (него) физических недостатков или плохого здоровья⁷⁸. Обручение способствовало сближению жениха и невесты, давало им возможность узнать друг друга. Впрочем, последнюю функцию в крестьянской среде обеспечивал общий, нередко совместный труд, а в купеческой и дворянской среде с 1718 г. – ассамблеи и прочие увеселения. С декабря 1701 г. просторные наряды княгинь и боярынь, предполагавшие «полную свободу раздаваться в толщину» сменились на «немецкие женские портища», то есть платья с корсетом и юбками до щиколоток, дамам предписывалось в обязательном порядке в оных одеждах европейского кроя участвовать в «собраниях не только для забавы, но и для дела, куда всем кому вольно прийти, как мужскому полу, так и женскому», оставаться на балах до утра и танцевать «без разбору»; любой мог пригласить на танец и знатную даму, и государыню, и царевен Анну и Елизавету⁷⁹. По словам М.Ф. Владимирского-Буданова, в XVIII в., после Петра, «общество впало в противоположную крайность – дошло до общественной распущенности; уже нечего было заботиться, что молодые люди до брака могут не знать друг друга в лицо»⁸⁰.

Перед венчанием по-прежнему производились обыск и оглашение («троекратная публикация» в церкви), требовались «вечная память», взималась вечная пошлина (коя была отменена Екатериной II в 1765 г.).

Брак свершался только в приходской церкви и при личном присутствии жениха и невесты – с соответствующей записью в метрическую книгу (впрочем, последние, как прежде, велись не всегда и не вполне аккуратно). Исключение из этого правила было сделано в 1796 г. для особ императорского дома при заключении их брака с иностранными принцессами. В таких случаях осуществлялось представительство доверенного лица⁸¹.

В XVIII в. появились три своеобразные формы гражданского (светского) брака, без церковного венчания – супружеские союзы православной с христианином другой конфессии, браки раскольников и супружество нехристиан⁸².

⁷⁸ См.: Законодательство Петра I. М., 1997. С. 718.

⁷⁹ См.: Пушкирева Н.П. Указ. соч. С. 144–145.

⁸⁰ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 409.

⁸¹ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 116.

⁸² Подробнее об этом см. далее в очерке втором.

Брачный возраст Указом о единонаследии («О порядке наследования в движимых и недвижимых имуществах» от 23 марта 1714 г.) был определен в 20 и 17 лет: «и дабы кадеты обоих полов каким образом не были притеснены в молодых летах, того для невольню в брак вступать ранее, мужского пола до дватцати, а женского до семнатцати лет» (ст. 5)⁸³.

Впрочем, это отнюдь не предотвратило ранние браки – петровское новшество оказалось нежизнеспособным, осталось как бы незамеченным. Синод продолжал руководствоваться Кормчей книгой и предписывал брачный возраст соответственно с 15 и 13 лет⁸⁴. Лишь в 1830 г. Указом Синода, чтобы не допустить, по возможности, вредные последствия браков между несовершеннолетними, принято было за благо определить возрастной ценз в 18 и 16 лет⁸⁵. (Указом учитывались и национальные традиции: жителям Закавказья брак разрешался соответственно с 15 и 13 лет, для кочевых инородцев Восточной Сибири – с 16 и 14, для жителей Финляндии – с 21 и 15 лет⁸⁶.)

Интересы государственной казны в воспроизводстве населения (в части непривилегированных сословий) заключены были в указах 1722, 1758 и 1796 гг., которыми брачная жизнь крепостных регулировалась на основе лишь рациональных соображений. В частности, помещики обязывались выдавать крепостных девушек замуж пораньше, чтобы не «засиживались в девках до 20 лет». Конкретизируя официальное законодательство применительно к своим вотчинным правам, помещики поступали различным образом: А.П. Волынский действовал методом поощрения («давать от двух до пяти рублей, дабы женихи таких девок лучше охотилися брать»); Н.П. Шереметев указал посылать крепостных девок, коим минет 17 лет, «а замуж не пойдут», на жнитво и молотьбу казенного хлеба сверх обычных работ; в имениях А.Б. Куракина разрешалось штрафовать «девок», не вступивших в брак к 13 – 15 годам – из расчета до 5

⁸³ Российское законодательство X – XX веков. Т. 4. М., 1986. С. 297.

⁸⁴ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 121.

⁸⁵ Полное собрание законов Российской империи: Собрание 2-е. СПб., 1830 – 1884. Т. 5. № 3807; Суворов Н. Учебник церковного права. Т. 2. Ярославль, 1890. С. 270.

⁸⁶ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 122; Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 590–591.

рублей в год; с военной прямотой решал этот вопрос А.В. Суворов, самочинно понизив брачный возраст «девок» до 15 лет, невзирая на жалобы крестьян, что «все будут женаты не по любви, а по неволе». (Разумеется, подобная практика принималась за норму не всеми: ее осуждали А.Н. Радищев, М.В. Ломоносов («Где любви нет – ненадежно и плодородие»)⁸⁷.)

Верхний возрастной предел («перезрелости») был определен лишь постановлением 1844 г. Поводами для дискуссий по данному вопросу более всего послужили браки Никиты Зотова, учителя Петра I, который на 70-м году жизни женился на вдове капитана Стремоухова и 82-летнего действительного статского советника Григория Ергольского и вдовы Прасковьи Десятой. Если первый супружеский союз был-таки заключен, да еще при содействии Петра, то второй – признан Синодом недействительным («... брак установлен... для умножения рода человеческого, чего от имеющего за 80 лет надеяться весьма отчаянно». Был сделан также вывод, что вдова склонила старца «не для сожития и призрения... но видя его в крайней старости, желая конца его и получить имение»)⁸⁸. По вопросам о пропорциональности лет жениха и невесты узаконений установлено не было, хотя правительство и обращало на это внимание в 1758, 1765 и 1766 гг.⁸⁹

Была предпринята и попытка обеспечения свободы воли при вступлении в брак. Петр I запретил специальными указами (1700, 1702 и 1724 гг.) насильственную выдачу замуж и женитьбу. Н.Л. Пушкарева предполагает, что к такому решению побудил Петра его «собственный "фальстарт" – неудачный первый брак с Евдокией Лопухиной, навязанный будущему императору родственниками». Формирование «свободной воли» в определенной степени обеспечивалось и не менее чем шестинедельным сроком обручения, о котором уже упоминалось: ежели «жених невесты взять не похочет или невеста за жениха замуж идти не похочет же: и в том быть свободе...»⁹⁰. В действ-

⁸⁷ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 152–153.

⁸⁸ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 411; Нижник Н.С. Указ. соч. С. 123–124.

⁸⁹ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 411.

⁹⁰ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 151. См. также: Законодательство Петра I. С. 718.

ность своих распоряжений о ненасильственности брака император не слишком верил. Незадолго до смерти (1724 г.) Петр дополнил церемонию бракосочетания новой формальностью – клятвенным подтверждением родителей, что выдают свою дочь замуж не по «неволею». Однако вскоре после смерти императора решение о «тяжком штрафовании» за оное принуждение забылось и «неволесвободные» браки продолжали оставаться весьма распространенными во всех сословиях⁹¹.

Добрые предположения и законодательные попытки о свободе воли жениха и невесты весьма сложно было соотносить с каноническими условиями о согласии на брак родителей жениха и невесты. Если священник узнавал об отсутствии благословения, то он должен был увещевать желающего вступить в брак покориться родительской воле сначала сам, а затем при содействии благочинного; при безуспешности же увещевания испросить разрешения епархиального архиерея⁹².

Вторая предпосылка свободного брачного волеизъявления и «нормальности» брака заключалась в запрете «дуракам» жениться. Указом от 6 апреля 1722 г. «О свидетельствовании дураков в Сенате» повелено: «... и буде по свидетельству явятся таковые, которые ни в науку, ни в службу не годились, и впредь не годятся, отнюдь жениться и замуж идти не допускать и вечных памятей не давать»⁹³. («Этот указ, – отмечает К.А. Неволин, – был непрямо подтвержден Высочайшим указом 1762 апреля 20». Действие его «относится собственно к людям, не имеющим здравого рассудка с самого их рождения»⁹⁴.)

Отсутствие между брачующимися родства и свойства по-прежнему относилось к важным условиям его действительности, однако глубина запрета определялась не светским, а церковным правом. При этом безусловная строгость в данном вопросе (до восьмой степени родства) постепенно смягчалась (до четвертой степени и менее). Смягчение это особенно наблюдалось по отношению к родству духовному⁹⁵.

⁹¹ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 151–152.

⁹² См.: Суворов Н. Учебник церковного права. М., 1908. С. 334; Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 17.

⁹³ Полное собрание законодательства. Т. 6. № 3949.

⁹⁴ См.: Неволин К.А. Указ. соч. С. 313. (Издание по Т. 3 сочинений автора 1857 г.)

⁹⁵ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 422.

Разумеется, обязательным условием было единобрачие, которое, впрочем, продолжало нарушаться. Одной из причин, полагает Н.С. Нижник, являлись неустойчивые формы совершения и расторжения брака. В 1767 г. Синод констатировал: «В епархиях обыватели многие от живых жен, а жены от живых мужей в брак вступают»⁹⁶.

Значимыми оставались ограничения по количеству браков (четвертый – преступление) и разности вероисповедания. В последнем вопросе при Петре I произошли важные изменения. Поводом стало обращение военнопленных шведов, направленных на горные промыслы Сибири, о разрешении жениться на православных, не меняя своей религии, а «своей веры жен достать там не можно». По представлению Берг-коллегии указом Святейшего Синода (от 16 августа 1720 г.) последовало соответствующее решение: «... шведским пленникам, которые имеют искусство в рудных делах и в торгах, и в службу государеву идти пожелают: и таким в женитьбе оной на русских девках, без перемены их закона позволение дать надлежит: понеже в чужих краях в рудных делах гораздо искусных людей достать трудно...». Обязательным условием жениху повелевалось «взять сказку за рукою под штрафом жестокого истязания, что ему, по сочетании брака, жену свою во всю свою жизнь ни прельщением, ни угрозами, и никакими видами в веру своего исповедания не приводить... . И от которых будут родиться дети мужеска и женска пола, и их крестить в православную веру российскийского исповедания»⁹⁷.

Специальным условием бракосочетания оставалось разрешение на брак гражданским и военным чиновникам от их начальства. Толковалось это и необходимостью подчинить личные интересы подданных служебным, и опекой над служилым людом, возможность которого содержать семью – жену и детей – возникала не сразу, а с определенного возраста и должностного положения. Первоначально ограничения касались воинских чинов: с 1722 г. – гардемарин (в 1765 г. оно было дополнено возрастным цензом в 25 лет), поэтапно в течение XVIII в.

⁹⁶ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 172.

⁹⁷ См.: Законодательство Петра I. С. 719–722.

условие о согласии начальства распространялось на всех военнослужащих⁹⁸.

Петром I была сделана попытка ввести также брачный образовательный ценз для дворян: перед венчанием предписывалось предъявление архиерею свидетельства о знании арифметики и геометрии и других предметов; попытка окончилась неудачей – внедрена в церковную практику не была, оставшись лишь оригинальным фактом истории⁹⁹.

Личные супружеские правоотношения строились в целом по прежней схеме. Муж, как и в допетровские времена, «сообщал» жене свое состояние. Это основательно обеспечивалось «равными» браками. Несмотря на то что сам Петр I женился на неразведенной жене шведского солдата, женщине с сомнительным прошлым, все его указы 1702 – 1723 гг. преследовали цель привязать подданных к своим сословиям. Это обеспечивало, по крайней мере, в дворянской среде относительное имущественное равенство супругов. Неравные браки приобретали законную силу лишь в исключительных случаях. Союзы, подобные браку графа Шереметева со своей крепостной актрисой Прасковьей Ковалевой-Жемчуговой, были редкостью. Обратная ситуация – женитьба дворянина небольшого чина и небогатого на обладательнице большого состояния (да еще красавице) – встречалась еще реже. Дворянка, выйдя замуж за простолюдина, теряла свой статус (это правило отменила лишь Екатерина II, уточнив, правда, что дворянство не могло быть передано ни мужу, ни детям). Брак дворянина с представительницей купеческого сословия также почитался мезальянсом; в 1742 г. был издан даже запрещающий указ. (Президент двух академий княгиня Е.Р. Дашкова крайне тяжело переживала брак своего сына с купеческой дочкой.) В городовом положении Екатерины II было прямо указано, что мещанин сообщает мещанское состояние жене своей, буде она породы равной или низшей. То же касалось и положения «свободных сельских обывателей»¹⁰⁰. Крепостное состояние сообщалось от жены к мужу, однако за правило принималось, что в случае приобретения мужем свободы она

⁹⁸ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 132.

⁹⁹ См.: Там же. С. 134.

¹⁰⁰ См.: Неволин К.А. Указ. соч. С. 236.

приобретается и для жены¹⁰¹. При этом крестьянские девушки, как правило, выдавались замуж за женихов из семей, равных по достатку и статусу¹⁰².

Семья оставалась «государством в государстве». Власть по-прежнему принадлежала мужу как господину жены и детей. При Екатерине II Уставом благочиния предписывалось: «Жена да пребывает в любви, почтении и послушании к своему мужу»¹⁰³. Место жительства супругов определялось местом жительства мужа. Исключения делались для жен ссыльных и солдаток. Жена получала право требовать судебного разлучения в случае жестокого с ней обращения¹⁰⁴. И наоборот, были распространены случаи водворения жен к мужьям. Так, в 1766 г. коллежский асессор Ф. Шахов подал в московскую консисторию прошение о доставке ему жены Матрены «под караулом... для отдачи ему в супружество». Купец-раскольник Монин добился в Синоде возврата сбежавшей к любовнику жены, хотя по раскольническому обычаю этот брак не был венчан («не пет») в церкви¹⁰⁵. Женщины пользовались некоторыми правами в строгом соответствии с рангами и чинами мужей: даже выезд позволялся жене по статусу мужа, экипаж не по рангу влек для теще-славной дамы штраф¹⁰⁶.

Приданое жены стало рассматриваться как ее раздельное имущество¹⁰⁷. По мнению М.Ф. Владимирского-Буданова, в полном смысле понятие об отдельном имуществе жены установилось указом от 17 марта 1731 г., что, впрочем, не вело к ее бесспорному праву оным имуществом распоряжаться при жизни мужа без его согласия. Лишь в 1753 г. сенатом этот вопрос был разрешен положительно – путем создания прецедента по делу Головиной. Дискутировался также принцип свободы сделок между супругами, который восторжествовал в первой трети

¹⁰¹ Неволин К.А. Указ. соч. С. 238.

¹⁰² См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 164–167.

¹⁰³ См.: Законодательство Екатерины II / Под. ред. О.И. Чистяковой, Т.Е. Новицкой. М., 2007. С. 445–446.

¹⁰⁴ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 136–139.

¹⁰⁵ См.: Законодательство Екатерины II. С. 455.

¹⁰⁶ См.: Законодательство Екатерины II. С. 456. (Автор главы 5.2. – П.Л. Полянский).

¹⁰⁷ См.: Российское законодательство X – XX веков. Т. 4. С. 298, 306.

XVIII в. (государь написал резолюцию: «...быть по мнению большинства членов сената»)¹⁰⁸.

Смерть одного из супругов вела, как, впрочем, и во все иные времена, к прекращению брака. С XVIII веком связаны существенные изменения в институте вдовства. С 1714 г. ликвидировались все различия в землевладениях, вдовы получили право на часть недвижимости, что не исключало «вдовьего пенсионна». Во времена Анны Иоанновны вдов стали принимать в монастыри без вклада – при определенных условиях: «не ниже 50 лет, или увечные, или собственного пропитания не имеют»¹⁰⁹.

Меняется процедура расторжения брака. С Петра Великого, отмечал А.И. Загоровский, «замечается явственно новое течение в области нашего бракоразводного права. Это течение вызвано было мерами этого государя, направленными на поднятие значения личности русской женщины в обществе, и в особенности в семье...»¹¹⁰.

С 1722 г. дела о расторжении брака стали подведомственны Синоду – для окончательного вердикта, а с 1744 г. разводы «знатных персон» восходили «на Высочайшее усмотрение». В XVIII в. русские государи, и в особенности государыни, принимали самое энергичное участие в разрешении брачных дел. Бракоразводный процесс «незнатных персон» был руководим судами духовных консисторий и имел смешанный состязательно-розыскной характер¹¹¹.

Поводом к разводу оставался уход в монастырь. Однако в XVIII в. он стал рассматриваться как посягательство на святость супружеских уз; вводятся ограничения: возрастной ценз 50 – 60 лет, совершеннолетие детей, разрешение Синода. «Опасения в том, что за пострижением людей, "не вошедших в возраст" старости, – отмечает Н.Л. Пушкарева, – стоят какие-то расчеты, причем (как правило) расчеты мужчин в ущерб интересам женщин, были нередко справедливы». Дабы избежать злоупотреблений на этой почве, ввели запрет на женитьбу (замужество) оставшегося в миру супруга, но исполнялся он не

¹⁰⁸ См.: М.Ф. Владимирский-Буданов. Указ. соч. С. 447–448.

¹⁰⁹ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 235.

¹¹⁰ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 139.

¹¹¹ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 160–163.

всеми – специальным разрешением Синода его можно было обойти. Тем не менее число монастырей в XVIII в. сократилось, а пострижение туда юной девицы стало редким исключением¹¹².

Иностранцы, прибывавшие в Россию в начале XVIII в. из католических стран, где развод был категорически запрещен, с удивлением писали, что последнее в России – дело обыкновенное¹¹³. Это было, конечно, явным преувеличением, хотя и с их католической точки зрения извинительным.

Основным поводом к разводу, как и ранее, было прелюбодеяние, однако в гендерном аспекте существенно выравненное. Кроме «прелюбодеяния», под понятие супружеской измены Синодом подводились «побеги или самовольные друг от друга отлучки», «посягательство жен в отсутствие мужей за других» и «такоже мужех в подобных тому винах являющихся». Большое количество «беззаконных сожителств» и измен наблюдалось в среде столичной аристократии, что дало основания некоторым историкам и мемуаристам XVIII в. писать о «повреждении нравов в России»¹¹⁴.

Поводами к разводу были двоебрачие (А.И. Загоровский приводит казус с неким Иваном Филатовым, который в течение одного года последовательно женился на пяти женах¹¹⁵), неспособность к брачному сожитию мужа или жены, безвестное отсутствие не менее 5 лет, каторга или ссылка за преступление, принятие монашества (о чем уже писалось), близкое родство и некоторые другие. Бывали и разводы по обоюдному согласию: «некоторые люди с женами своими, не ходя к правильному суду, самовольно между собою разводятся и к таким разводным прикладывают руки их духовные отцы...»¹¹⁶.

Н.Л. Пушкарева отмечает, что бракоразводные реалии в недворянских сословиях с трудом прослеживаются по источникам XVIII – начала XIX в. «Вне сомнения, – подчеркивает автор, – крестьянский уклад жизни предполагал большую строгость, однако и там – в том случае, когда к разводу была осно-

¹¹² См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 235–236.

¹¹³ Там же. С. 237.

¹¹⁴ Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 240.

¹¹⁵ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 139.

¹¹⁶ Там же. С. 139–141.

вательная причина... – крестьянский мир разрешал супругам жить врозь». Брак считался прекращенным, и бывшие супруги могли «начинать жизнь сначала». Впрочем, подобные случаи все же не были типичными¹¹⁷.

2.1.3. Брачный закон в XIX в. Сущность и доктринальное толкование

Брачное законодательство XIX в. не отличалось реформаторством – преемственность с установлениями XVIII в. была значительной¹¹⁸. Однако с середины XIX в., а особенно в конце его, начала активно развиваться цивилистическая наука и, следовательно, появилась системная аналитика сущности супружеского союза и подходов законодателя к его регулированию – от возникновения до прекращения. (Поскольку понятию брака посвящается отдельный параграф, в данном разделе остановимся на характеристике условий его заключения, статуса супругов и начал их супружеских отношений.)

К. Кавелин отмечал, что по свойству и характеру элементов, определяющих брак как общественное, гражданское учреждение, все условия, как положительные, так и отрицательные, вступления в этот союз классифицируются в три группы: 1) физиологические; 2) психические или нравственные, духовные; 3) гражданские (общественные). К первым относятся пол, возраст, родство и свойство, неспособность к брачному сожителству, сумасшествие. Ко вторым – ограничения по количеству браков, духовное родство, обет священства и монашества, различия вероисповеданий, единобрачие. К третьим – взаимное согласие на брак, дозволение третьих лиц, гражданское родство (усыновление) или отношения опеки, совершение некоторых преступлений, траурный срок¹¹⁹.

Несмотря на то что большинство цивилистов XIX в. начинали исследование вопроса с условия о свободе воли (взаимном

¹¹⁷ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 243–244.

¹¹⁸ При этом, как отмечает А.Г. Волков, в России вплоть до конца XIX в. браки были всеобщими: к возрасту 45 – 49 лет лишь 4% мужчин и 5% женщин оставались соответственно неженатыми и незамужними. См.: Волков А.Г. Семья – объект демографии. М., 1986. С. 108.

¹¹⁹ См.: Кавелин К. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. СПб., 1884. С. 12–29.

согласии) брачующихся, «алгоритм» К. Кавелина вполне приемлем по содержанию, а по объему исчерпывающ, поэтому полагаем возможным ему следовать.

Итак, классической и аксиоматичной констатацией (которая в конце XX в. подверглась некоторому сомнению) является единение в супружестве лиц разного пола – мужчины и женщины.

Из цели брака и договорного его характера, подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, обнаруживается также необходимость брачного возраста, «в который приобретается и не утрачивается еще половая способность и сознание совершаемого акта». В начале XIX в., отмечал автор, были весьма нередки случаи браков взрослых мужчин с девочками, продолжавшими и в замужестве играть в куклы, и взрослых женщин с мальчиками; полагая такое явление ненормальным, в 1830 г. был установлен начальный возраст супружества в 18 лет для мужчин и 16 лет для женщин, что не совпадало с общегражданским совершеннолетием (21 год). Впрочем, эта норма могла бы быть с успехом повышена, если не ввиду неполного физического развития, «то нравственного уяснения столь важного акта»¹²⁰. Епархиальным архиереям было предоставлено право разрешать более ранние браки (на полгода моложе установленного)¹²¹.

Д.И. Мейер, не соглашаясь с Г.Ф. Шершеневичем, полагал, что брачный возраст вполне достаточен и для физического, и для умственного развития брачующихся, чтобы «они могли составить понятие о важности заключения союза, тем более что все мы вырастаем в понятиях уважения к этому союзу, в сознании его силы и крепости». Для значительного большинства российского населения, особенно сельского, отмечал автор, «весьма важно рано вступать в брак, чтобы иметь помощницу в хозяйстве и к зрелым летам воспитать помощников в лице детей»¹²². Это подтверждалось и исследованиями в области обычного гражданского права С.В. Пахмана¹²³.

¹²⁰ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 590–591.

¹²¹ См., например: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 37.

¹²² См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. С. 351. (По изд. 1902 г.).

¹²³ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 397–398. (По изд. 1877–1879 гг.).

Для жителей Закавказья, «ввиду раннего наступления зрелости», норма была понижена на 3 года¹²⁴. Однако вопросом, который вытекал из такого решения логически и «по умолчанию», – о более ранней умственной и нравственной зрелости этих нравов – никто из авторов не задается, норма принимается как данность.

Значение имели и преклонные лета. Старше 80 лет в брак вступать не дозволялось (запрет гендерно симметричен). Это положение, считал Д.И. Мейер, явилось как бы отражением античного воззрения на супружество как учреждение, имеющее целью рождение детей¹²⁵. Впрочем, как верно отмечал Н.С. Суворов, данный мотив не оправдывал и разрешение брака 80-летнему; кроме того, цель брака «состоит не только в умножении рода человеческого, но и в том, чтобы соединять сочетавшихся в неразрывный союз любви, дружества и взаимной помощи, а также устранить опасность греха блудодеяния»¹²⁶.

Продолжая свои размышления о недопущении брака с престарелым, Д.И. Мейер подчеркивал: если даже цель брака видеть в дополнении себя личностью другого, то и здесь нет взаимности, ибо лицо старческого возраста, нуждаясь в заботе и попечении, само уже не в состоянии составить опору другой личности, «а без такой взаимности и брак не соответствует своей идее»; при этом ближайшим поводом для ограничения послужили различные злоупотребления, например стремление лица молодых лет воспользоваться имением старого супруга при жизни его или после смерти¹²⁷.

По церковным законам наибольший возраст для брака был установлен в 60 лет, посему, как отмечал К.П. Победоносцев, «когда вступают в брак позже 60 лет, то, хотя это не противно гражданскому закону, для венчания требуется разрешение архиерея»¹²⁸.

Российское законодательство не восприняло западную норму об установлении известного соотношения в возрасте жениха и не-

¹²⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 591.

¹²⁵ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 351.

¹²⁶ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 324. (По изд. 1908 г.)

¹²⁷ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 351–352.

¹²⁸ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 37. См. также: Законы гражданские. Кн. 1 / Сост. И.М. Тютрюмов. М., 2004. С. 76.

весты, исходившую из предположения, что большая разница между ними также противоречит идее брака (хотя имело достаточно оснований в синодских указах прошлого столетия)¹²⁹. Таким образом, возможен был брак между 79-летним и 16-летней. В низших слоях общества «возрастные мезальянсы» встречались редко: крестьянин вступал в брак в молодых годах и брал молодую жену, а если в зрелых, то и жену более или менее зрелого возраста; напротив, в средних и высших кругах сие являлось делом обыкновенным¹³⁰.

Законное кровное родство до четвертой степени оставалось основанием запрещения брака. Законодательство не давало ответа на вопрос о близком родстве, вытекающем из внебрачных рождений¹³¹. Тем не менее, как полагал К. Кавелин, по всем вероятностям не мог быть допущен брак между матерью и ее незаконнорожденным сыном, между последним и его сестрами и, напротив, не было препятствий по линии «отец и незаконнорожденная», «хотя бы он был всем известен и сам не отрицал своей кровной связи». Таким образом, продолжал автор, «полное игнорирование естественной семьи может повлечь за собою полное и очевидное нарушение по существу закона, установленного церковью и государством в видах поддержания породы, и предупреждения ухудшения ее через браки в ближайшем круге родства»¹³².

Запрет браков между близкими свойственниками физиологическими причинами объяснен быть не мог – он восходил к церковным традициям¹³³.

Неспособность к супружескому сожитию являлась одним из оснований расторжения брака, однако последняя могла стать и препятствием к браку: для лица, разведенного судом по этой причине, начинал действовать запрет к вступлению в новый брак. Физическая неспособность понималась как неспособность

¹²⁹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 591.

¹³⁰ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 352–353.

¹³¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 595.

¹³² См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 15.

¹³³ См.: Там же. Подробнее о запрете по свойству см.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 36.

к совокуплению, а не к деторождению, и притом как неспособность добрачная, а не возникшая во время брака¹³⁴.

Запрет брака с «безумными и сумасшедшими», по мысли К. Кавелина, относится к условиям и физиологическим (нездоровье, наследственная болезнь), и гражданским (невозможность «разумного и сознательного вступления в брак»)¹³⁵.

Правило об ограничении количества браков православных верующих осталось прежним. Безусловно одобрительным являлся только первый брак, заключение второго и третьего допускалось из снисхождения к слабости человеческой природы (хотя на вступающего в третий брак налагалась епитимия – по указу Синода от 5 апреля 1871 г.¹³⁶). В счет полагались лишь браки, заключенные по принятии христианства¹³⁷. При этом церковь не допускала повторения брака для лиц, облеченных в священнослужительский сан, ибо, по крайней мере, им должно сохранять идею брака как таинства во всей ее чистоте¹³⁸.

Духовное родство, образованное «через восприятие от крещения», являлось препятствием к браку лишь в первой своей степени (крестный – крестница)¹³⁹.

Отрицательным условием являлось монашество и духовный сан – иерейский и дьяконский (на период пребывания в нем)¹⁴⁰.

Безусловно запрещались браки с нехристианами, правоверных с раскольниками – не иначе, как по возвращении их к правоверию; разрешая брак православных с христианами-иноверцами, закон обязывал последних не укорять своих супругов за православие, не склонять к перемене веры и воспитывать детей в православии¹⁴¹ (как мы уже отмечали, прецедент

¹³⁴ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 324. (По изд. 1908 г.); Кавелин К. Указ. соч. С. 16; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 38.

¹³⁵ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 16–17; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 24; Мейер Д.И. Указ. соч. С. 350.

¹³⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 593.

¹³⁷ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 33.

¹³⁸ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 357–358.

¹³⁹ Подробнее см.: Кавелин К. Указ. соч. С. 18; Суворов Н.С. Указ. соч. С. 331–332.

¹⁴⁰ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. С. 335.

¹⁴¹ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 17–18.

был создан при Петре I – в отношении браков военнопленных шведов с россиянками).

Существенным условием брака являлась его исключительность: брак – союз одного мужа и одной жены, свободных от иных брачных уз (двоеженство квалифицировалось как преступление и, разумеется, основанием признания второго брака недействительным)¹⁴². Полигамия допускалась для магометан. К. Кавелин и Д.И. Мейер отмечали, что единобрачие, возникшее еще в Греции и Риме, находится не только и не столько в теснейшей связи с различием вероучений, сколько с развитием культуры рода человеческого, при котором преобладание половых инстинктов и униженное положение женщины малопомалу заменяются «общением всего быта и жизни и признанием личности женщины»¹⁴³.

Д.И. Мейер также утверждал, что из отрицательного в полигамии следует говорить не только о перевесе чувственного над духовной природой, – рабское положение женщины губительно для всего общества, деморализует его; да и народонаселение возрастает медленнее, нежели при моногамии, хотя могло бы казаться наоборот. (Кстати, по его сведениям, например, в Казани в многотысячном магометанском обществе лишь немногие магометане имели по две и три жены¹⁴⁴.)

К важнейшим условиям законного брака относилось со времен Петра I свободное согласие обеих сторон. «Условие, само по себе простое, – писал К.П. Победоносцев, – но, глядя по состоянию общественного и семейного быта, оно усложняется. Понятие о принуждении, как всякое человеческое понятие, относительно». «Где воля подвластного безмолвствует и не протестует даже внутренне, – продолжал автор, – там невозможно видеть и насилие, ибо насилие и принуждение предполагается там, где есть противодействующая или способная к противодействию среда»¹⁴⁵. В отношениях крепостного права бывало ранее, а в отношениях семейных и продолжало часто быть, что помещик выбирал своему крепостному, а отец – сыну своему

¹⁴² См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 30–31.

¹⁴³ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 19. См. также: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 358.

¹⁴⁴ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 358.

¹⁴⁵ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 20–21.

невесту. В общем смысле здесь предполагается принуждение воли; в частном смысле могло и не быть насилия чужой воле, а, напротив, могло быть естественное, согласное с условиями быта явление. В толковании принуждения, отмечал К. Кавелин, следует быть весьма осторожным, относя к таковому только ситуации, имеющие все признаки насилия; «в противном случае, принуждением может показаться всякое нравственное влияние, всякое убеждение, всякая уступка чужому авторитету...»¹⁴⁶. К значимому принуждению автор относил обман, физическое насилие, устрашение, похищение, реальную угрозу (принуждение к браку под страхом лишения пищи, изгнания из дома)¹⁴⁷.

В крестьянской среде, где выбор невесты определялся прежде всего материальными соображениями (жена – помощница по хозяйству), свобода выбора по нравственной склонности была чаще всего общественно безразлична, хотя согласие брачующихся на союз испрашивалось¹⁴⁸.

Иски о принуждении могли быть начаты не позже 6 месяцев с того времени, как появлялась возможность подать жалобу заинтересованному лицу, при этом насилие подлежало гражданскому суду, а суждение о действительности брака – церковному¹⁴⁹.

По своду законов, при общей свободе брачного выбора, требовались различные «дозволения» на супружеский союз, обусловленные соображениями общественного, административного и политического характера¹⁵⁰. В первую очередь – это согласие родителей (или опекунов, попечителей), которое вытекало из права родительской власти. Оно, впрочем, относилось к препятствиям, не «разрывающим» брак, то есть не влекущим его недействительности. Обвенчавшиеся без родительского благословения могли быть подвергнуты ответственности по Уложению о наказаниях (заключению в тюрьме или монастыре от 4 до 8 месяцев и лишению наследства, позже – аресту), а священник – дисциплинарной ответственности, если знал о родительском запрещении. При этом письменного оформления

¹⁴⁶ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 20.

¹⁴⁷ См.: Там же. С. 20–21.

¹⁴⁸ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 402–404.

¹⁴⁹ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 24.

¹⁵⁰ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 23.

дозволения не требовалось. Браки членов императорской фамилии должны были совершаться с высочайшего соизволения царствующего императора – иначе союзы признавались незаконными, то есть данное препятствие имело «разрывающую» силу¹⁵¹.

Дозволение начальства оставалось условием заключения брака (из числа «неразрывающих») и в XIX в. было конкретизировано и расширено: а) разрешение на брак дипломатического чиновника с иностранкой (с подпиской невесты о продаже имения в чужих краях, дабы чиновник не был связан материальными соображениями со страной, где он представляет российскую сторону)¹⁵²; б) офицеры могли вступать в брак не ранее 23 лет, с 23 до 28 лет – еще и с имущественным обеспечением (в виде недвижимости, процентных бумаг – с чистым доходом не менее 250 рублей в год), нижним чинам браки не дозволялись¹⁵³. Разрешение на брак чиновникам различных гражданских ведомств также требовалось, но было, по мнению Д.И. Мейера, чисто формальным и, разумеется, недействительности союза не влекло (чиновник, правда, наказывался выговором со внесением в послужной список¹⁵⁴.)

Правоотношения усыновления полагались гражданским родством и, казалось бы, должны были служить препятствием к браку. Однако это имело значение только для лиц римско-католического и протестантского исповедания¹⁵⁵.

Существовали ограничения, связанные с различными правонарушениями, в том числе преступлениями: а) двоеженство; б) нахождение в арестантских ротах, в ссылке, на каторге¹⁵⁶. Траурный срок для вдовы по российскому закону, в отличие от прусского и французского, установлен не был¹⁵⁷.

Личные отношения супругов строились по традиционной схеме, главные начала которой составляла триада: муж и же-

¹⁵¹ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 334. (По изданию 1908 г.).

¹⁵² См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 25–26.

¹⁵³ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 597–598.

¹⁵⁴ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 354–355.

¹⁵⁵ См.: Законы гражданские. С. 84; Кавелин К. Указ. соч. С. 27.

¹⁵⁶ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 28–29.

¹⁵⁷ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 30–31.

на – одно тело; муж – глава жены; жена от мужа не отлучается¹⁵⁸.

При этом, как вполне основательно отмечал Д.И. Мейер, данные отношения «в такой степени подчинены влиянию религиозных и нравственных правил, что юридическим определениям тут уже очень мало места. ... Если по закону религиозному супруги должны быть едины духом, плотью, а по закону нравственному жена должна быть подругой мужа, его советницей и помощницей, то странно говорить о каком-либо праве мужа по отношению к жене, и наоборот». Применение юридических начал в брачном деле указывает на упадок семейного быта; «горе тому обществу, в котором мужья во имя закона требуют от жен исполнения их обязанностей». Но поскольку «болезненные случаи» все же встречаются, юриспруденции приходится подключать свои ресурсы¹⁵⁹.

Размышляя о судебной власти, наиболее основательной и формализованной разновидности таковых ресурсов, А. Боровиковский писал: «Всякому понятно, что суд, вооруженный только силою внешнего принуждения, не может претендовать на роль охранителя и восстановителя семейного мира. Мир семьи зиждется на любовном единодушии и сознании долга; внешний авторитет здесь бессилен. ... Исполнительный лист не явится в семью "веткой мира"; напротив, он закрепит вражду казенною печатью»¹⁶⁰.

Тем не менее, по смыслу закона, власть мужа над женой ставилась выше родительской власти и предполагала обязанность жены подчиняться мужу, жить с ним совместно, следовать за ним по его указанию, хранить верность (впрочем, формально данная обязанность, в отличие от ряда европейских законодательств, была гендерно симметрична), выдача жене паспорта осуществлялась с его разрешения, допускались и удовлетворялись судебные иски о выдворении жен к мужьям¹⁶¹. (На практике, правда, они приводили нередко к весьма своеобразным результатам. А. Боровиковский описывал как забавный анекдот процедуру исполнения решений по таким искам: ответчица, объект иска, являлась с су-

¹⁵⁸ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 110.

¹⁵⁹ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 363.

¹⁶⁰ Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1892. С. 213.

¹⁶¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 615–617.

дебным приставом в дом мужа; пристав делал на исполнительном листе надпись, что решение исполнено, и уходил; и вслед за ним уходила и ответчица; муж снова обращался к судебному приставу, но тот отвечал, что исполнение решения уже исчерпано, а вторичному исполнению решение не подлежит¹⁶².) Во второй половине XIX в. были сделаны некоторые послабления из правил о следовании жены за мужем при лишении его всех прав состояния за преступление, принудительном переселении, ссылке¹⁶³.

Статус жены, как и ранее, определялся статусом мужа: муж высшего звания сообщал жене своей его преимущества; наоборот, жена не сообщала мужу своего высшего звания, хотя и не теряла его. Мужа при этом запрещалось принимать в монашество при живой жене, если не пожелают постричься оба¹⁶⁴.

Имущественные правоотношения сводились к обязательству мужа содержать жену и к праву каждого супруга по смерти другого, без завещания, получить известную часть его имущества¹⁶⁵. При раздельном проживании обязанность содержания была обусловлена: а) отсутствием в том вины жены; б) ее нуждаемостью в помощи (А. Боровиковский отмечал, что это не есть жалованье: принцип «раздельности имуществ супругов смешно было бы доводить до признания за женою права свой хлеб прятать, а требовать хлеба от мужа»); в) возможностью мужа выплачивать содержание (причем суд исходил из презумпции способности мужа зарабатывать и для себя, и для жены)¹⁶⁶.

Основное начало гражданского права XIX в. относительно супружеской собственности сводилось к отсутствию специфических имущественных отношений между супругами, они были «точно так же чужды друг другу по имуществу, как лица, совершенно посторонние»¹⁶⁷.

И.А. Покровский, анализируя состояние европейского гражданского права конца XIX в., в том числе в семейно-правовой

¹⁶² См.: Боровиковский А. Указ. соч. С. 221–222.

¹⁶³ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 111–112; Загоровский А.И. Семейное право. Одесса, 1902. С. 169.

¹⁶⁴ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 110.

¹⁶⁵ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 364.

¹⁶⁶ См.: Боровиковский А. Указ. соч. С. 236–237. См. также: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 620–620.

¹⁶⁷ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 364.

имущественной сфере, подчеркивал: «По счастливой исторической случайности наше русское право... в этом вопросе стоит в передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что "браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность" (ст. 109 ч. I т. X Свода Законов)... Когда и каким образом установили у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный и спорный; но важно во всяком случае то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше»¹⁶⁸.

К традиционным особенностям статуса женщины в русской семье, отмечает Н.Л. Пушкарева, относятся в первую очередь ее сравнительно широкие имущественные права на владение движимым и недвижимым имуществом, наследование родовых вотчин при наличии наследников по мужской линии (что не прослеживается в Европе), опекуновство (особенно при вдовстве), право на владение приданым, право женщин привилегированного класса на фиксированную часть наследства¹⁶⁹.

Еще Петр I много способствовал освобождению русской женщины. «Весь XVIII век, несмотря на отдельные примеры противоположного свойства, – подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, – представляет собою последовательный ход развития личности женщины». Споры и колебания в имущественном вопросе XVIII в., продолжал автор, «в XIX столетии разрешаются признанием полной самостоятельности женщины»¹⁷⁰.

Ряд историков и цивилистов объясняют это в том числе влиянием русских императриц, которые «приняли к сердцу» положение женщины¹⁷¹. Елизавета и Екатерина II, «сочувствуя интересам своего пола, – писал Д.И. Мейер, – желали оградить имущество жен от власти мужей и, воспользовавшись неопределенностью нашего древнего права насчет имущественных отношений между супругами, положили начало разъединению имущественных прав

¹⁶⁸ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 188.

¹⁶⁹ См.: Пушкарева Н.Л. Женщина в российской семье: традиции и современность // Семья, гендер, культура: Материалы международных конференций 1994 и 1995 гг. / Под ред. В.А. Тишкова. М., 1997. С. 187–188.

¹⁷⁰ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 614.

¹⁷¹ Там же.

супругов». Впрочем, автор одновременно подчеркивал, что это не есть причина сохранения данной позиции в действующем праве – не сохранился же закон Петра Великого о единонаследии и, напротив, отчего же начало разъединения имущества супругов, установленное императрицами, сохранилось..., несмотря на то, что понятия действительности расходятся с этим началом и в то же время оно не соответствует сущности личного права мужа по отношению к жене?¹⁷². Когда брак соответствует своей идее, супруги de facto считают свое имущество общим, продолжал свои размышления Д.И. Мейер, а где право власти выступает существенно резко, имущественные отношения также de facto подчиняются власти мужа (например, в купеческой среде); но иногда идея брака на деле не осуществляется: муж не только не ограждает интересов жены, но предается кутежу, проматывает свое и женино состояние, или наоборот – жена берет перевес над мужем и, увлекаясь требованиями моды, разоряет его – при таких отношениях разъединение имущественных прав супругов «оказывается благодеянием со стороны законодательства»¹⁷³. (Д.И. Мейер отмечал, что противоположная идея – общность имущества супругов – признается германским началом, и «немецкие юристы чрезвычайно хвалятся им, считают его одной из самых светлых сторон германского юридического быта», и это справедливо для нормальных отношений, но не вполне разумно, когда идея брака не осуществляется¹⁷⁴.)

Тенденции законодательства XIX в. относительно прекращения брака находились в определенном противоречии со смягчением общественных взглядов на развод.

Хотя по учению церкви «совместное сожителство, соединенное с браком, устанавливается на всю жизнь», с нравственной стороны, писал Г.Ф. Шершеневич, если нарушается его идея о полном физическом и духовном общении, брак становится тяжелым бременем¹⁷⁵. (Притом что даже «сама церковь делает уступку потребностям гражданской жизни», допуская его прекращение разводом¹⁷⁶.) «Мира, согласия семейной жизни»

¹⁷² См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 364–365.

¹⁷³ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 365–366.

¹⁷⁴ Там же. С. 367.

¹⁷⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 601–602.

¹⁷⁶ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 369.

ни, – отмечал К. Кавелин, – нельзя создать крайним затруднением разводов и разлучением супругов...»¹⁷⁷.

Тем не менее в России в «прежние времена» развод допускался в более широком объеме, чем в рассматриваемый период. С XVIII в. обнаружилась противоположная тенденция, а Указ 1850 г. ее окончательно закрепил, установив исчерпывающие основания прекращения брака путем его расторжения¹⁷⁸.

Первым и главным основанием осталось прелюбодеяние («половое сношение одного из супругов с посторонним лицом»). В этом случае брак расторгался при условии: а) предъявления иска оскорбленным супругом; б) доказанности измены (признания было недостаточно, так как супруг мог ложно сознаться в прелюбодеянии, лишь бы добиться прекращения брака)¹⁷⁹. Развод по данному основанию влек за собою пожизненное безбрачие для виновной стороны.

Вторым основанием являлась неспособность к брачному сожитию, которая должна была быть природною или, по крайней мере, возникшей до брака. Право на иск возникало не ранее чем через 3 года по совершении брака. Неспособность подтверждалась освидетельствованием во врачебном отделении губернского правления¹⁸⁰.

По мысли Д.И. Мейера, ограничения по сроку наступления данного состояния объяснялись законодателем, вероятно, тем, что неспособность какого-либо супруга к брачному сожительству, открывшаяся во время брака, должна считаться несчастием, которое следует переносить с терпением, с сознанием святости брака. Условие же о трехлетии, возможно, объяснялось необходимостью прибегнуть для излечения болезненного состояния к «врачебному искусству»¹⁸¹.

Третье основание – лишение всех прав состояния одного из супругов: а) невиновным супругам, «как скоро они не желают следовать за осужденным в место ссылки и желают вступить в новый брак», – просить развода непосредственно после вступления приговора в законную силу; б) виновным – во время на-

¹⁷⁷ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 76.

¹⁷⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 603.

¹⁷⁹ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 371–372.

¹⁸⁰ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 604.

¹⁸¹ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 371.

хождения в месте ссылки, если супруги за ними не последовали, для совершения нового брака, но через 1 – 2 года (в зависимости от разряда ссыльнокаторжан и ссыльнопоселенцев)¹⁸².

Четвертым поводом служило безвестное отсутствие супруга («потеря всякого следа с места его нахождения» не менее 5 лет). Консистория после подачи прошения о разводе производила как бы «всероссийский розыск»: рассылала через полицию повестки родителям и родственникам супругов, а равно и другим лицам, могущим иметь необходимые сведения, наводила справки «административным порядком», публиковала в «Церковных ведомостях» «сообщения» о возбужденном иске¹⁸³.

Для бездетных супругов существовала возможность расторжения брака поступлением обоих в монашество.

Браки католиков расторжению не подлежали. Наибольшая легкость развода существовала для лиц евангелического вероисповедания (лютеран): дополнительными основаниями признавались «неизлечимая прилипчивая и крайне отвратительная болезнь», сумасшествие, развратная жизнь и противоестественные пороки, жестокое и угрожающее опасностью обхождение, намерение лишить супруга чести, свободы или ремесла. Для нехристиан сверх поводов, допускаящихся их верою, основанием к разводу служило присоединение одного из супругов к христианству¹⁸⁴.

Нарушение условий заключения брака о взаимном согласии, единобрачии, близком родстве, возрасте, запрете четвертого брака вели к признанию такого союза недействительным.

2.1.4. Брачное право XX в.

В начале XX в. более активно формировались предпосылки для изменения традиционных представлений о брачном праве на основе научных дискуссий и общественного мнения второй половины XIX в. Так, некоторые представители православного духовенства предлагали передать светским органам (например, нотариусам), по крайней мере, функцию проверки условий

¹⁸² См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 354. Подробнее об этом см. также: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 96–98.

¹⁸³ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 605.

¹⁸⁴ См.: Там же. С. 606–607.

вступления в брак, если уж не самую функцию совершения последнего¹⁸⁵.

Развивалась идея гражданского брака. Еще 19 апреля 1874 г. был принят закон о браке раскольников. Последний приобретал законную силу посредством записи его в метрическую книгу. Метрические книги о рождении, браке и смерти раскольников велись в городах и уездах местными полицейскими управлениями, а в столицах – участковыми и частными приставами¹⁸⁶. 17 апреля 1905 г. Указом «Об укреплении начал веротерпимости» стали допускаться браки православных со старообрядцами и сектантами¹⁸⁷.

Еще одна тенденция, по мнению П.Л. Полянского, состояла в постепенном «расшатывании» взаимных личных прав и обязанностей супругов, в частности идеи об обязательном совместном жительстве. Поскольку мужа зачастую не только не содержали своих жен «по состоянию и возможности», как предписывал Устав Благочиния, но и не предоставляли даже самого необходимого, выявлялись случаи заражения жен венерическими заболеваниями и другие обстоятельства, делавшие совместное проживание крайне тяжелым (если не невозможным), законом от 12 марта 1914 г. было позволено проживать супругам раздельно. Жены получили возможность при таком проживании наниматься на работу, поступать в частную, общественную и правительственную службу и учебные заведения без согласия мужей¹⁸⁸.

Произошли некоторые либеральные подвижки в бракоразводном процессе. Высочайшим соизволением, закрепленным указом Синода, 28 мая 1904 г. было отменено пожизненное безбрачие супруга, уличенного в первый раз в прелюбодеянии. 1 мая 1917 г. определением Синода была упрощена бракоразводная процедура¹⁸⁹. Временное правительство в мае 1917 г.

¹⁸⁵ См.: Полянский П.Л. Личные права и обязанности супругов в советском семейном праве // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2006. № 5. С. 51.

¹⁸⁶ См.: Суворов Н.С. Гражданский брак // Юридическая библиотека. 1896. № 11. Подробнее о гражданском браке см. далее (в теме о фактическом браке).

¹⁸⁷ См.: Полянский П.Л. Указ. соч. С. 51.

¹⁸⁸ Там же.

¹⁸⁹ Там же. С. 52.

создало особое совещание из крупнейших юристов для подготовки закона «О поводах к разводу»¹⁹⁰.

Таким образом, предпосылки для принципиального поворота брачно-семейного законодательства в направлении либерализации были созданы, и законодатели 1917 г. ими воспользовались в полной мере.

Кардинальные изменения брачного и семейного права после государственного и общественного переворота 1917 г. базировались на идеях светского (гражданского) брака, свободы развода и равноправия в браке мужчины и женщины¹⁹¹. (К ключевым решениям в семейно-правовой сфере относилось также положение о равенстве прав детей, независимо от обстоятельств их рождения, однако оно не составляет базиса права брачного, поэтому нами не рассматривается.)

В декабре 1917 г. в «Газете Временного рабочего и крестьянского правительства» были опубликованы два исторических декрета: «О гражданском браке, о детях и о ведении книг актов гражданского состояния» (от 18 декабря) и «О расторжении брака» (от 19 декабря) – соответственно в № 57 и 36¹⁹².

Вводился гражданский брак – церковный объявлялся «частным делом брачующихся», упрощались брачные условия (в сторону очевидной демократизации и равенства от вероисповедания, имущественного положения, родительской власти и др.), для выбора общей фамилии устанавливались три возможности – или фамилия мужа, или жены, или соединение обеих фамилий; уравнивались в правах дети – независимо от обстоятельств их рождения (в браке, вне брака); развод также становился гражданским учреждением – бракоразводные дела изымались из компетенции судов духовных консисторий в пользу местных судов общей юрисдикции, вопросы о детях и алиментах бывшей жене могли решаться путем соглашений, а при разногласиях – судом; при взаимном согласии на прекращение брака предусматривалась внесудебная процедура (через органы ЗАГС).

«Дело декретов» было вскоре продолжено принятием 16 сентября 1918 г. ВЦИК 5-го созыва Кодекса законов РСФСР

¹⁹⁰ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 62.

¹⁹¹ Более подробные акценты в этом вопросе см. очерк пятый.

¹⁹² См.: СУ РСФСР. 1917. № 10 (ст. 152), № 11 (ст. 160).

об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве (далее – Кодекс 1918 г.)¹⁹³. Именно семья явилась первым объектом кодифицированного регулирования (справедливости ради следует, впрочем, заметить, что его первенство перед другими кодексами объясняется комплексом объективных и субъективных причин – не во всем позитивного свойства).

Кодекс 1918 г. систематизировал и публично закрепил: 1) свободу выбора места жительства, сохранения своего гражданства, альтернативность в определении брачной фамилии; 2) раздельность имущества с правом любых «межсупружеских» имущественных договоров, не умаляющих, однако, статуса супругов; 3) взаимные обязательства по алиментированию; 4) равные родительские права при равенности статуса «брачных» и «внебрачных» детей¹⁹⁴.

Таким образом, были отменены нормы о повиновении жены воле супруга (ст. 108 т. X ч. 1 Свода законов Российской империи), в связи с упразднением сословного строя – норма о сообщении мужем жене своего состояния (ст. 100), правило о следовании жены за мужем и совместном с ним жительстве (ст. 103).

«Материальные» условия вступления в брак сводились к следующим: а) брачный возраст: для женщин – 16 лет, мужчин – 18 лет; б) здравость ума; в) единобрачие; г) отсутствие родства (по прямой восходящей и нисходящей линии и боковой первой степени – между полнородными и неполнородными братьями и сестрами (архилиберальный запрет, принципиально отличавшийся от глубины прежнего запрета по родству, свойству и духовному родству); д) взаимное согласие; е) разное верие, монашество, состояние в иерейском или дьяконском сане, обет безбрачия – не препятствуют супружескому союзу (ст. 66–73). Несоблюдение указанных правил влекло судебное признание его

¹⁹³ Отечественное законодательство XI – XX веков. Ч. 2. М., 1999. С. 56–64.

¹⁹⁴ Следует заметить, что изменения семейного законодательства, происшедшие в России за столь короткий период времени (и при том в начале XX в.), по своему качеству сопоставимы с соответствующими реформами начала второй половины XX в. в Европе. См.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Л.Н. Завадской. М., 2001. С. 101. (Автор главы – О.А. Хазова.)

недействительности (ст. 74 – 84). Единственным основанием развода объявлялось «как обоюдное согласие обоих супругов, так и желание одного из них развестись» (ст. 87). «Бесспорный развод производится судом или органом ЗАГС – по выбору супругов» (ст. 91).

Супруги имели право выбора фамилии – общей (мужа или жены) или соединенной (ст. 100). Брак, как и ранее по императорскому законодательству, не создавал общности имущества (ст. 105). Нуждающийся нетрудоспособный супруг (все до 18 лет; женщины с 50 лет, мужчины с 55 лет) имел право на алименты, о чем подавал заявление в отдел социального обеспечения для принятия решения – с правом обжалования в суд (ст. 107 – 118).

Как мы уже отмечали ранее, Д.И. Курский в своем докладе «О браке, семье и опеке» на 2-й сессии ВЦИК XII созыва 17 октября 1925 г. подчеркивал международный резонанс данного акта и, в частности, приводил пример подобного рода: директор института сравнительного правоведения в Лионе Ламбер издал по этому поводу книгу, где отметил, что «Советский кодекс осуществляет полностью программу феминистов ... Он строит союз тела и душ вместо союза имущества, каковым является буржуазный брак, ... уничтожает право мужчины навязывать женщине свою фамилию, навязывать свою волю в вопросах воспитания детей, он уравнивает ее имущественные права и, таким образом, производит коренной переворот в этом деле»¹⁹⁵.

В 1924 г. за месяц, взятый произвольно, было совершено браков по церковному обряду 704, а в Московском отделе загса – 1 812 (71%). Разумеется, в губерниях пропорции пока были другими. Тем не менее и там к Кодексу 1918 г. обращались достаточно часто. Так, в одной из самых глухих волостей Костромской губернии, взятой для обследования, из 78 дел около половины «портфеля народного судьи» занимали дела семейные: 16 – о разводе, 3 – об алиментах, 14 – о семейных разделах¹⁹⁶.

В отличие от многих других отраслей, семейное законодательство еще некоторое время продолжало развиваться в про-

¹⁹⁵ См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 243–244.

¹⁹⁶ Там же. С. 242–243.

грессивном направлении. Была начата подготовка проекта нового кодекса, положения которого активно обсуждались общественностью.

Наибольшее внимание привлек к себе вопрос о значении регистрации брака, а следовательно, о его юридическом признании фактического супружеского союза. Первая была объявлена явлением временным – способом борьбы с церковным браком, второй – сущностно сопоставимым с «законным» браком, а защита его – необходимостью обеспечения интересов все еще нередко угнетенной стороны – женщины¹⁹⁷. Это требовало правовой охраны фактических брачных отношений¹⁹⁸, что и было осуществлено Кодексом законов о браке, семье и опеке 1926 г. (КЗоБСО)¹⁹⁹. Статус фактических супругов (не состоящих в зарегистрированном браке) был в целом приравнен к «законному» браку (ст. 12)²⁰⁰. Кодекс 1926 г. ввел также режим общности имущества супругов, нажитого в браке (ст. 10), так как выяснилось, что норма Кодекса 1918 г. о раздельном режиме, направленная против неравноправия женщины и главенства мужа в семейной экономике, не защищает интересы женщины, и особенно женщины – домашней хозяйки²⁰¹.

Через 10 лет после принятия Кодекса, одного из самых либеральных семейных законов России (а в мировом масштабе и в те времена – архилиберального), идеология и методология семейно-правового регулирования стала кардинально меняться: возобладали публично-правовые начала и содержательная жесткость нормативных предписаний²⁰².

В условиях усиливающейся реакции в «книгу жизни» в духе Дж. Оруэлла продолжали вписываться новые страницы и среди них ярчайшая по своей негативной энергетике – Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. – с названием, отражающим лишь незначительную, пусть и важную, часть его со-

¹⁹⁷ Подробнее об этом см. в параграфе о фактическом браке.

¹⁹⁸ См.: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 72.

¹⁹⁹ СУ РСФСР. 1926. № 82. Ст. 611.

²⁰⁰ Подробно о дискуссии при подготовке КЗоБСО 1926 г. см. далее.

²⁰¹ Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 75–76; Курский Д.И. Указ. соч. С. 262, 270 – 271.

²⁰² Начало этому было положено введением запрета абортов.

Подробнее об этом см. очерк пятый.

держания: «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении почетного звания "Мать-героиня" и учреждении ордена "Материнская слава" и медали "Медаль материнства"»²⁰³.

По точной характеристике М.В. Антокольской, указ мгновенно отбросил наше законодательство на столетие назад²⁰⁴, его негативные последствия сказались на многих поколениях²⁰⁵. В категорическом негативе оказалась триада: брак, развод, внебрачное родительство.

Во-первых, за скобки правовой защиты был выведен фактический брак. В юридической литературе звучали мотивы о государственном подходе к браку²⁰⁶. Так, Н.В. Рабинович писала, что «брак есть не частное дело людей, а правовой институт, который имеет крупнейшее общественное значение» и потому не может «происходить без участия государственной власти»; к тому же «культурное развитие женщины и рост ее материальной самостоятельности устраняет потребность в особой охране ее на случай вступления в незарегистрированные брачные отношения»²⁰⁷. В.И. Бошко также полагал, что общественно-политическое значение указа трудно переоценить: изданный «в сложной обстановке войны, он с новой силой и предельной ясностью выразил исключительную заботу Советского государства об укреплении семьи, о детях и матерях...»²⁰⁸.

Во-вторых, кроме осуждения незарегистрированных союзов (их участников, кстати, «любезно» пригласили к регистрации, хотя многие из них воевали на фронтах...), была подвергнута «вживисекции» и свобода развода: введена исключительная судебная процедура в два этапа (примирение в районном народном суде и решение по существу – в вышестоящем) – с предварительной публикацией в местной газете о возбуждении дела, повышена госпошлина, введена публичность процедуры.

²⁰³ Ведомости Верховного Совета СССР. 1944. № 37.

²⁰⁴ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 77.

²⁰⁵ См.: Нечаева А.М. Семейное право. М., 1998. С. 79

²⁰⁶ См.: Полянский П.Л. Указ. соч. С. 74.

²⁰⁷ Рабинович Н.В. Спорные вопросы советского социалистического семейного права // Ученые записки ВЮЗИ. М., 1948. С. 60–61.

²⁰⁸ См.: Бошко В.И. Очерки советского семейного права. Киев, 1952. С. 69.

П.Л. Полянский сравнивает положение данного указа о разводе с бракоразводной процедурой до 1917 г.: роль, которую до октября 1917 г. играла духовная консистория, теперь досталась народному суду²⁰⁹. В Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 сентября 1949 г. № 12/81/У предписывалось, что расторжение супружеского союза допустимо, если заявление «вызвано глубоко продуманными и обоснованными причинами и... дальнейшее сохранение брака будет противоречить принципам коммунистической морали...»²¹⁰. Одностороннее или даже обоюдное желание прекратить брак не являлось с точки зрения Верховного Суда 1940 – 50-х гг. достаточным основанием для положительного решения. Если суд приходил к выводу, что для расторжения брака нет оснований, он должен был разъяснить супругам неосновательность мотивов, на которые они ссылаются, «помочь им прийти к примирению и тем самым сохранить семью». При несоблюдении народным судом правил по примирительному производству вышестоящий суд отменял его определение и возвращал дело для выполнения всех мер к примирению супругов. При рассмотрении дела о расторжении брака по существу областные (краевые, республиканские) суды не должны были ограничиваться материалами народных судов, а были обязаны по собственной инициативе выяснить действительные мотивы развода²¹¹. Однако П.Л. Полянский подчеркивает, что все же за внешним сходством подходов к исключительности развода скрывались совершенно разные основания: задачей канонического права являлось поддержание своеобразной «половой дисциплины», обеспечение священности супружества или божественного таинства²¹²; истоком «реабилитации» брака в 1940-е гг. являлось «желание советского государства укрепить семейные связи»²¹³.

Истинно «драконовской» мерой явились и положения указа о внебрачных детях – не допускалось ни добровольного, ни су-

²⁰⁹ См.: Полянский П.Л. Указ. соч. С. 74.

²¹⁰ Судебная практика Верховного Суда СССР. 1949. № 11. С. 1–4.

²¹¹ См.: Постатейные материалы. Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР. М., 1953. С. 43.

²¹² Подробнее об этом см. далее.

²¹³ Полянский П.Л. Указ. соч. С. 75–77.

дебного признания отцовства, в графе «отец» ставился прочерк²¹⁴.

Поставить точку в вопросе о сущности брака, исключительности развода, лично-правовом и имущественно-правовом статусе супругов должны были Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье, проекты которых в духе 1930 – 40-х гг. были разработаны еще при жизни И.В. Сталина. Однако его смерть, события XX съезда КПСС, временное упразднение Минюста (1956 г.) и другие обстоятельства оттянули принятие Основ до 1968 г.²¹⁵.

Перед кодификацией 1968 – 1969 гг. Указом Президиума Верховного Совета СССР от 10 декабря 1965 г. «О некотором изменении порядка рассмотрения в судах дел о расторжении брака»²¹⁶ были отменены правила о публикации в газете информации о разводе и двустадийность бракоразводного процесса. Следует заметить, что за 1 год данной либерализации разводимость резко возросла. Так, в 1940 г. на 1 000 человек населения мы имели 1,1 развода, в 1950 г. (через 5 лет после принятия Указа 1944 г.) – 0,4, в 1960 г. – 1,3 (то есть больше, чем до Указа), в 1966 г. – 2,8. Резкий скачок 1966 г. объяснялся прежде всего тем, что были расторгнуты браки, фактически распавшиеся ранее²¹⁷, что еще раз подтверждает аксиому о невозможности достижения стабильного эффекта семейно-правовыми регуляторами жесткого типа. Эта тенденция продолжалась еще несколько лет. Затем разводимость несколько снизилась, но в конце 1970-х гг. снова начала расти. Однако причины были уже другие: разводы перестали осуждаться обществом, рос уровень жизни, развивалось самосознание женщин (в 65 – 70% случаев они были инициаторами прекращения брака²¹⁸).

В Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье²¹⁹ были заложены базисные предпосыл-

²¹⁴ Подробнее об этом см., например: Лушников А.М., Лушников М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 52–54.

²¹⁵ См.: Полянский П.Л. Указ. соч. С. 80.

²¹⁶ Ведомости Верховного Совета СССР. 1965. № 49. Ст. 725.

²¹⁷ См.: Чечот Д.М. Брак, семья, закон. Л., 1984. С. 164–165; Харчев А.Г. Указ. соч. С. 221–222.

²¹⁸ См.: Чечот Д.М. Социология брака и развода. Л., 1973. С. 13.

²¹⁹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 27. Ст. 241.

ки, в том числе брачного права, как для прямого их применения, так и в качестве «векторов» для 15 республиканских кодексов о браке и семье: признание браком только супружеского союза, зарегистрированного в органах ЗАГС, условия его действительности (недействительности), взаимосвязь супружеских и родительских правоотношений (вопросы воспитания детей и другие вопросы жизни семьи решаются супругами совместно), вариативность способов расторжения брака (административный, судебный), обеспечение интересов детей при разводе. Взаимосвязь супружеских и семейных отношений была подчеркнута и более поздними нормативными актами. Так, Закон СССР от 22 мая 1990 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты СССР по вопросам, касающимся женщин, семьи и детства»²²⁰, изменил редакцию ч. 3 ст. 14 Основ 1968 г., обязав суд при рассмотрении дела о расторжении брака принимать меры не только к примирению супругов, но и к оздоровлению семейной обстановки.

Третий систематизированный акт – Кодекс РСФСР о браке и семье 1969 г.²²¹ Он явился конкретизацией для России указанных Основ и был средоточием императивных и диспозитивных начал регуляции в общем прогрессивном контексте с некоторым, впрочем, уклоном в обеспечение публичных интересов. К числу его демократических начал следует отнести: упрощение бракоразводной процедуры (возврат к альтернативе – загс или суд), расширение согласительной сферы (соглашение об алиментах, о месте проживания ребенка и порядке общения с ним второго родителя, разделе имущества), защиту социально слабого при разделе общесупружеской собственности (жизненно важных интересов детей и одного из супругов), равный статус детей, возможность добровольного признания отцовства и судебного его оспаривания или установления²²².

Кодекс 1969 г., дополненный в конце 1980-х – начале 90-х гг., «продержался» до 1995 г. После принятия части I ГК РФ (1994 г.), в которой были отражены результаты всесторон-

²²⁰ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1990. № 23. Ст. 422.

²²¹ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1969. № 32. Ст. 1086.

²²² Более подробные сравнительные характеристики КоБС РСФСР 1969 г. и Семейного кодекса 1969 г. будут даны в соответствующих параграфах, посвященных современному брачному праву.

него реформирования российского общества, назрела острая необходимость его замены более либеральным, современным, «рыночным» законом.

2.2. Сущность брака. Цивилистические концепции

Природа брака объяснялась и объясняется по-разному. Не углубляясь в пласты архидревнейшей общественной практики, в которой отношения мужчины и женщины эволюционировали от промискуитета, неупорядоченного общения полов, через агамный запрет полового общения внутри рода к групповому браку, парному браку, боровшемуся с родьей – союзом брата, сестры и детей сестры, патриархическому и, наконец, эгалитарному²²³, отметим лишь классические взгляды на брак – в пределах относительно ближней юридической истории, их современных прочтений и версий, а также теоретических новелл сегодняшнего дня.

Брак (у народа культурного), писал А.И. Загоровский, включает в себе несколько элементов: 1) элемент естественный (физический) – вложенное природой в человека наряду с другими животными физическое влечение особей разного пола друг к другу; 2) элемент этический, заключающийся во взаимной нравственной привязанности супругов, в общении их внутреннего, духовного миров; 3) элемент экономический, порождающий хозяйственную связь, в силу которой возникает общее хозяйство мужа и жены; 4) элемент юридический, в силу которого брак является источником определенного юридического положения (статуса) лиц, связанных супружеством, и порождает для них взаимные права и обязанности; 5) элемент религиозный, подчиняющий брак правилам религии: ни одна религия не относится безразлично к браку²²⁴.

Классические доминанты в вопросе о главной сущности брака, в коей эти пять элементов взаимодействуют друг с другом с разной силой и значением, сводятся к триаде: брак – таинство

²²³ Подробно об этом см., например: Семенов Ю.И. Происхождение брака и семьи. М., 1974.

²²⁴ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 5.

(1), договор (2), институт особого рода (3). Аргюги следует высказать предположение, что эти три концептуальных взгляда на исследуемое явление совершенно не исключали друг друга в историческом контексте и не вполне исключают в современном бытии супружеского союза – степень взаимопроникновения этих «сущностей» зависит от изменчивого набора субъективных и объективных факторов. Что касается собственно юридической природы брака и соответственно его правовой дефиниции, то разногласия в определениях – вплоть до утверждения о невозможности дать необходимое и достаточное закрепление его сущности в законе – происходили и происходят преимущественно оттого, что в юридическом определении исследователи не довольствуются, как бы следовало, указанием лишь тех признаков, которыми супружеский союз отличается от других видов правовых отношений, стремясь уловить и исчерпать самую сущность брака²²⁵.

Перекидывая «мостик» к сегодняшнему дню, М.В. Антокольская совершенно справедливо отмечает, что для современного плюралистического общества тем более невозможно навязывание всем его членам единых представлений о браке – право должно охватывать лишь ту сферу брачных отношений, которая в принципе поддается правовому регулированию и нуждается в нем²²⁶.

2.2.1. Брак – таинство

Брак есть «целый, органический союз, – отмечал К.П. Победоносцев, – и идея его коренится в основном законе природы: приведение к единству и целостности раздвоенной на два пола природы человека. Неудивительно поэтому, что идеал брака, отличаясь и возвышаясь в понятиях человечества, получил, наконец, в христианском мире значение таинства. Какое значение ни придавать этому слову таинство – в общем ли смысле или в смысле церковном, во всяком случае едва ли кто, верующий в цельное бытие души человеческой и в жизнь духовную, станет отвергать, что в этом союзе, отменно от всех

²²⁵ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 133.

²²⁶ См.: Антокольская М.В. Семейное право. С. 110–111.

прочих договорных союзов, есть великая тайна глубочайшего и полнейшего духовного и телесного соединения»²²⁷.

Христианская церковь, полагая брак таинством, соединяющим мужа и жену для «полного неделимого общения жизни» и низводящим «на них дары Божьей благодати», неодинаково, подчеркивал Н.С. Суворов, развивала эту идею на Западе и Востоке. По католическому учению, «материю» таинства брака составляет «взаимная передача двух лиц разного пола друг другу», а форму – «те слова, действия и знаки, которыми в момент передачи выражается взаимное согласие на вступление в брак». В этом смысле формальное участие духовного лица в заключении брака несущественно – «совершители таинства суть сами супруги». Священник же, наряду со свидетелями, удостоверяет волеизъявление²²⁸. В развитие этого европейскими законодательствами, особенно французским (и за ним последовавшими), брак не признавался прямо таинством, а лишь рассматривался как гражданский акт²²⁹. (Недаром, видимо, светская форма брака на Западе была внедрена в начале XIX в., в России же – только в 1917 г., одновременно с «атеизацией» государства и общества.)

Церковная власть в конце концов уступила Гражданскому кодексу Наполеона и другим актам светской власти. Однако, как отмечал К.П. Победоносцев, совершенного согласия даже в тех странах, где возгосподствовала система гражданского брака, не достигнуто: неизбежно определенное смешение церковных и го-

²²⁷ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 13–14.

Как мы уже отмечали, глубинное смысловое содержание брака трансформировалось с распространением христианства, став одним из семи таинств. Социологи подчеркивают: христианство принесло с собой новый взгляд на сущность любви и сексуальных отношений между мужчиной и женщиной; на смену языческому представлению о сексуальности как космическом начале и ее естественном физическом проявлении пришла жесткая нормативная регуляция данных отношений; базовым элементом стала христианская любовь, зиждущаяся на духовном, а не плотском начале. См.: Варламова С.Н., Носкова А.В., Седова Н.Н. Брачный договор в России: от прошлого к будущему. С. 50.

²²⁸ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 319.

²²⁹ См.: Унгер И. Брак в его всемирно-историческом развитии. СПб., 1885. С. 147.

сударственных понятий о браке – совершенного согласия между ними и быть не может: «где вопрос о благословлении брака церковного составляет свободный вопрос совести каждого, там возникают соблазнительные столкновения в общественных понятиях о браке, ибо может случиться, что один и тот же брак будет действителен с церковной точки зрения и недействителен с гражданской, и наоборот»²³⁰.

Почти повсеместное установление в Европе XIX в. различия брака церковного и гражданского привело к тому, подчеркивал К. Кавелин, что от всякого стало зависеть, сообразовываться ли, смотря по его внутреннему убеждению, с церковными правилами во все продолжение брачного союза и при его расторжении, однако всякий при этом обязан был в точности сообразовываться с правилами, предписанными светским законом²³¹.

Следуя православной линии христианства, российское законодательство не только в древние и средние века, но и в конце XIX – начале XX в. признавало таинство сутью супружеского союза: согласно § 116 Свода законов «брак есть таинство, совершенное законным соединением двух лиц различного пола, благодаря чему эти лица получают взаимное право на самые интимные брачные отношения»²³².

Комментируя определение брака в Кормчей книге, исследователи выделяют три их компонента: а) установление тайны; б) ее материю и форму; в) содержание и цель супружеского союза. Их соединение рождало следующее понятие о браке: «Брак есть установленное Христом Богом таинство, в котором мужчина и женщина (материя), вследствие выраженного ими пред священником и церковью взаимного согласия быть супругами (форма), вступают в нерасторжимый союз любви и дружества для взаимной помощи, для избежания греха любодеяния и для рождения детей к славе Божией» (содержание и цель брака)²³³.

²³⁰ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 19.

²³¹ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 34–35.

²³² См.: Унгер И. Указ. соч.

²³³ См.: Сивохина С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2006. С. 68. См. также: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 320.

В новейшей русской теологии, отмечал Н.С. Суворов, получил господство взгляд, что «не самый брак, как союз, есть таинство, а церковное священнодействие»²³⁴. Отсюда были неизбежны выводы о непризнании таинством браков раскольников, браков нехристиан и т.д. В то же время в число дозволенных последовательно трех браков включались и те, которые впоследствии признавались недействительными. С этой идеей, с точки зрения автора, было трудно примириться: брак с сумасшедшим, с близким родственником, с другой женой при наличии первой – может ли быть церковным таинством, изображающим союз Христа с церковью на том основании, что брак был обвенчан?²³⁵ Не без противоречий являлся нам с XVIII в. в этом смысле и «решительный перевес в политическом отношении над церковью» государства – с принятием ее в свою опеку как подчиненного учреждения. Именно с этого времени российское государство начало «поставлять свои законы» о браке, обязательные и для церкви. Брак оставался подлежащим ведомству церковному как таинство: совершение брака, признание его законности и расторжение. Договорная сторона брака подлежала ведомству светской власти²³⁶.

Религиозные и нравственные сущности брака рассматривались многими цивилистами старой российской школы, как право, в единстве. «С точки зрения религии, – писал Д.И. Мейер, – брак представляется учреждением, состоящим под покровительством божества; по учению же православной церкви – даже учреждением, совершаемым с его участием, – таинством. Равным образом и закон нравственный, – продолжал автор, – независимо от религии, принимает в свою область учреждение брака и признает его союзом двух лиц разного пола, основанным на чувстве любви, который имеет своим назначением восполнить личность отдельного человека, неполную в самой себе, личностью лица другого пола»²³⁷. Поэтому явление брака, находящееся под влиянием религиозных и этических понятий, не вошло сполна в среду права, подчинилось не только светскому законодательству, но и законодательству церковно-

²³⁴ Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 320.

²³⁵ Суворов Н.С. Там же.

²³⁶ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 19–20.

²³⁷ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 348.

му, а также внушению нравственного закона. (Именно эту-то смешанную природу брака подчеркивает общеизвестное определение римского юриста Модестина, перешедшее в Кормчую книгу, где оно выражено так: «Брак есть мужев и жене сочетание, событие во всей жизни, божественныя и человеческия правды общение»²³⁸.)

В.С. Соловьев отмечал: «В нашей материальной среде нельзя сохранить истинную любовь, если не понять и не принять ее как нравственный подвиг. Недаром православная церковь в своем чине брака поминает святых мучеников и к их венцам приравнивает венцы супружеские»²³⁹.

Отец Сергей Булгаков подчеркивает единение духовного, нравственного и естественного начал, утверждает, что полнота образа Божия связана с двуполостью человека и что «полный образ человека есть мужчина и женщина в соединении в духовно-телесном браке, девственное соединение любви и супружества есть "внутреннее задание христианского брака"»²⁴⁰.

Современные исследователи-правоведы отмечают, что постижение смысла брака как одного из христианских таинств без глубокой веры в Бога крайне затруднительно (если не невозможно). С учетом того, что «современная наука не может ни доказать, ни опровергнуть его существования, даже в границах агностического или атеистического мировоззрения кажется очевидным, что брак как взаимопроникновение души, гармоничное единение, символизирующее союз Христа и Церкви, располагается скорее в среде должного, нежели сущего»²⁴¹.

В той своей части, которая лежит в религиозно-этической или просто этической среде, справедливо замечает М.В. Антокольская, брак может рассматриваться «как таинство, как мистический союз, как союз, предполагающий наиболее полное общение» – все это находится за границами права и составляет сугубо личное дело каждой супружеской пары²⁴².

²³⁸ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 348–349.

²³⁹ Цит. по: Кудрина С.А., Филькин А.Н. Мужчина – женщина – любовь: печать греха или тайна вечности? Ярославль, 1997. С. 74.

²⁴⁰ Там же. С. 53, 55.

²⁴¹ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 70.

²⁴² См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 111.

2.2.2. Брак – договор

Терминологическая близость конструкций «брак как договор» и «брачный договор» (а в странах романской филологии и совпадение) отнюдь не ведет ни к смешению, ни к противопоставлению понятий и обозначаемых ими явлений, хотя и предполагает общность их природы²⁴³. Первый воспринимается как правоотношение преимущественно лично-правового порядка, второй – имущественно-правового. И тут, и там присутствуют элементы «согласительности». Кроме того, рядом находится и третья конструкция – договор, соглашение о заключении брака (сговор, выкуп за невесту, обручение, помолвка и т.д.).

Теория брака как договора берет свое начало в Древнем Риме. В римском праве классического периода все основные формы брака являлись гражданскими сделками (консенсуальной сделкой двух индивидов разного пола без обязательной огласки, влекущей гражданско-правовые последствия). Долгое время, правда, сосуществовали две существенно отличные формы брака – *matrimonium cum manu* (с установлением власти мужа над личностью жены) и *matrimonium sine manu* (без такой власти – свободный брак, зиждущийся на свободном соглашении мужа и жены, – свободном прекращении желанием обоих или одного из супругов) и ставший преобладающим в классический период Римской республики²⁴⁴. (Исследуя именно брак *sine manu*, И. Унгер отмечал, что «единственным успехом женского пола в римском мире был успех равенства»²⁴⁵.)

Новую энергетику концепция брака как договора получила при секуляризации брака, то есть отделении гражданского акта бракосочетания от церковной процедуры бракосочетания и канонического права и распространении на супружеские отношения норм гражданского права. Хотя, как мы уже отмечали, окончательно это произошло в Европе начала XIX в., первая светская форма брака была введена в Голландских Штатах в 1580 г.: господствующим вероисповеданием стало реформатор-

²⁴³ См., например: Сивохина С. В. Указ. соч. С. 12.

²⁴⁴ См.: Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 452–453; Римское частное право / Под. ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2006. С. 104–106; Франчози Дж. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 168.

²⁴⁵ См.: Унгер И. Указ. соч. С. 76.

ское, которое проявляло к религиозным «диссидентам» недостаточно терпимости, принуждая их венчаться по реформаторскому обряду, – для не желавших подчиняться правительство разрешило в конце концов регистрировать брак у государственного чиновника (А.И. Загоровский называл его «вынужденным» гражданским браком²⁴⁶). В Англии гражданский брак впервые был введен законом от 24 августа 1653 г., в правление Кромвеля (довольно сложная процедура завершалась утверждением союза мировым судьей), однако был отменен после вступления на престол Карла II. Лишь в 1837 г. законодательно регистрация рождений, браков и смерти была изъята у духовенства и подчинена светским чиновникам. Во Франции предварительные и противоречивые попытки узаконить браки «диссидентов», прежде всего протестантов-гугенотов, наблюдались с конца XVI в. (например, путем заявления о союзе перед нотариусом). Окончательное тяготение французского законодательства к гражданскому браку наметилось законом Людовика XVI (1787 г.). А.И. Загоровский подчеркивал последовательность соответствующих рассуждений: если авторитет церкви несомненен над браком как таинством, то столь же несомненен авторитет государства над браком как договором. Французская Конституция 14 сентября 1791 г. провозгласила, что «закон не рассматривает брак иначе, как гражданский договор» (ст. 7). В 1792 г. был издан соответствующий закон²⁴⁷. И наконец, положения о гражданской форме брака и его договорной сущности вошли в Гражданский кодекс 1804 г. (именуемый «Кодексом Наполеона») – с минимумом требований к условиям его заключения, типичными обязательственными элементами и возможностью расторжения по взаимному согласию (впрочем, отнюдь не на основе равноправия супругов). Брак стал рассматриваться как «в чистом виде гражданско-правовая сделка», что было воспринято европейской теорией права и цивилистическими доктринами многих европейских государств²⁴⁸.

Договорная концепция базируется прежде всего на трех постулатах, создающих образ брака-договора: требованиях к его форме и условиях действительности, возможности получения

²⁴⁶ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 30.

²⁴⁷ Подробнее об этом см.: Там же. С. 31.

²⁴⁸ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 26–30.

возмещения убытков в результате расторжения брака по вине одного из супругов, а также праве уйти от законного имущественного режима и предусмотреть режим договорный²⁴⁹. Однако и среди классиков концепции, на наш взгляд, полной уверенности в тождестве брака и договора нет. Так, Л. Жюллио де ла Морандьер определяет брак как «заключаемый в установленной законом форме гражданский договор, который соединяет мужчину и женщину для совместной жизни...». И далее отмечает, что перед нами договор-предпосылка, заключаемый свободно, но имеющий императивные последствия, устанавливающие гражданское состояние не только для супругов, но и других лиц – детей, родственников, посторонних, то есть договор, имеющий абсолютную силу²⁵⁰.

Л. Жоссеран определял брак как официально заключенный в соответствии с гражданским законодательством союз мужчины и женщины. Из этого следовало, что: 1) брак есть договор; 2) этот договор заключается в официальном торжественном порядке; 3) рассматривается как общность лиц; 4) отнесен к ведению гражданского закона. Ж. Юбрехт и Ж. Вермель, толкуя ст. 13 Французского гражданского кодекса, отмечают, что брак есть гражданский договор и торжественный акт, посредством которого мужчина и женщина объединяются, чтобы жить вместе и создать семью, которой они обеспечат совместную моральную и материальную поддержку²⁵¹. (Нетрудно заметить, что, в отличие от позиции Л. Жоссерана, последнее суждение не сводится в полной мере к трактовке супружеского союза как гражданско-правового договора – скорее речь идет о брачном соглашении как предпосылке брачного правоотношения.)

В российском брачном праве идеи о договорной природе супружеского союза с установлением гражданского брака связаны не были, хотя, как мы отмечали ранее, браки раскольников и относились к его разновидностям.

Оговорки о договорной природе брака делались либо в связи с одним из важнейших его условий – взаимном согласии сторон («в основании брака лежит согласие...»; «участники

²⁴⁹ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.А. Васильева. М., 2005. С. 517–518.

²⁵⁰ Жюллио де ла Морандьер Л. Гражданское право Франции. М., 1958. С. 323.

²⁵¹ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 41–42.

брачного договора должны быть лица разного пола...») ²⁵², либо в связи с примерами из обычного гражданского права. Однако были и прямые сторонники данной теории. Так, И.Г. Оршанский утверждал, что крестьянский брак – не таинство, а договор двух семей типа купли-продажи ²⁵³. В принципе на это указывал и К. Кавелин ²⁵⁴. (Впрочем, корни подобного представления мы находим еще у древних славян ²⁵⁵.) П. Ефименко категорически подчеркивал, что крестьянская семья – это своего рода хозяйственная ассоциация, поэтому и брак у крестьян составляет не более как имущественную сделку, сопровождаемую обрядовыми действиями ²⁵⁶. Существо брака как имущественной сделки доказывалось И.Г. Оршанским следующими аргументами: 1) брак производит перемещение ценности – рабочей силы женщины – из рук родителей в руки жениха; 2) это, как правило, предшествуется или сопровождается соглашением об имущественных взносах на хозяйство; 3) браки устраиваются родителями, где жених и невеста, особенно последняя, – предмет покупной сделки ²⁵⁷.

С.В. Пахман, категорически не согласившийся с подобной трактовкой брака на примере крестьянского супружеского союза, наиболее основательно в российской цивилистике конца XIX в. подверг ее критике.

Во-первых, значение имущественной сделки, писал автор, может быть придано только различным предбрачным условиям (имущественным взносам жениха и невесты – «кладке», «приданому» и т.п.), равно как и условиям об обеспечении брачного соглашения. Но это условие по поводу брака, а не о самом браке. Взгляда на невесту и вообще на женщину как на вещь не встречается у большинства населения – более или менее ясно, что соглашение касается личности, а не вещи. Несмотря на то что многие браки устраиваются по воле родителей, согласие невесты

²⁵² См., например: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 586–587.

²⁵³ См.: Оршанский И.Г. Исследования по русскому праву обычному и брачному. СПб., 1879. С. 285.

²⁵⁴ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 40.

²⁵⁵ См. § 1 гл. I.

²⁵⁶ См.: Ефименко П. Семья архангельского крестьянина по обычному праву // Судебный журнал. 1873. Кн. 4. С. 33.

²⁵⁷ См.: Оршанский И.Г. Народный суд и народное право // Журнал гражданского и уголовного права. 1875. № 3. С. 131–133.

очень часто имеет значение. Более того, суды при отказе невесты от брака решают вопрос о возмещении убытков, но не о принуждении к союзу.

В подтверждение вещного значения невесты приводились обыкновенно соображения, что при ее выборе основное внимание обращается не на ее склонность к суженому и привлекательность, а на состояние и трудолюбие (годность рабочей силы), что любовь и вообще нравственные чувства почти не играют роли в брачном союзе крестьян²⁵⁸. Нет сомнения, отмечал С.В. Пахман, что хозяйственный расчет в крестьянских браках, как, впрочем, и у других сословий, – дело не последнее, однако есть немало сведений о значимости и наружности невесты, и склонности ее к жениху! По мнению автора, и требование целомудрия (а затем – верности) вряд ли характеризует женщину как вещь (если только не объяснять это свойством вещного права – исключительным обладанием предметом собственности)²⁵⁹.

Во-вторых, полагал ученый, при «всей шаткости нашей юридической терминологии не было бы до известной степени ничего противного существу дела, если бы под сделкой разумелось вообще соглашение». Если брак – это договор, обязательство, то он должен исполняться в определенный срок. Между тем брак – союз постоянный, в принципе пожизненный (несмотря на случаи «расхода» или «развода»). Брак есть правоотношение особого рода, основа для классической, желаемой для общества семьи²⁶⁰.

Из этого вытекает, в-третьих, что супружеский союз – не дело исключительно частное. Это видно, во-первых, из обрядовой стороны брака – в бракосочетании и свадебном пиру («общественном признании брака») вправе участвовать все, весь «мир», званый и незваный, и, во-вторых, из его поддержки обществом – материальной и советами. В жизни крестьянина брак составляет «один из самых крупных общественных фактов», это столь важная перемена в его положении, что о ней сложилась «целая отрасль народной поэзии...: существует ли что-

²⁵⁸ См.: Ефименко А. Крестьянская женщина // Дело. 1873. № 3. С. 77.

²⁵⁹ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 390–392.

²⁶⁰ См.: Там же. С. 392–393.

либо подобное по отношению к договору купли-продажи, найму и другим частным сделкам?»²⁶¹.

По мнению С.В. Пахмана, «брак, и по понятиям крестьянства, есть не имущественная сделка, а особое юридическое состояние двух лиц разного пола, приобретаемое хотя и под условиями предварительного соглашения, но не на срок, а на всю жизнь, и скрепляемое санкцией общественного признания»²⁶².

«Народ наш, – продолжал автор, – при всей его неразвитости, весьма толково сознает различие правоотношений, в которые приходится ему вступать..., например, к союзу брачному он всегда применяет выражение "состоять в законе", чего он никогда не скажет о всякой иной форме отношений между лицами двух полов, а тем менее о том отношении, в которое вступает приобретатель покупаемой лошади»²⁶³.

В заключение своих размышлений С.В. Пахман подчеркивал, что недоразумения относительно юридической сущности брачного союза происходят: 1) от смешения ряда целей брака, пусть и важных, с самим его существом (хозяйственный интерес несомненен, но из этого не следует, что брак – только хозяйственный союз); 2) от смешения понятий о договоре как сделке имущественной с соглашением о самом браке как праве личном; 3) от смешения юридической природы брака с формой его совершения. Если брак – особое правоотношение, непременно требующее общественного признания, то очевидно, что его юридическое существо не зависит напрямую от формы такого признания (венчание, санкция-регистрация как акта прав состояния и т.д.)²⁶⁴.

Таким образом, С.В. Пахман не сводил сущность брака к договору, для него он был гражданским (с учетом несuverенности семейного права в этот период) правоотношением особого рода, хотя в качестве предпосылки (юридического факта) его возникновения, безусловно, выступало соглашение – особая разновидность гражданско-правового договора.

В современной российской цивилистике наиболее радикальную, последовательную позицию с договорным вектором

²⁶¹ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 394–395.

²⁶² Там же. С. 395.

²⁶³ Там же.

²⁶⁴ Там же.

занимает М.В. Антокольская. В принципе склоняются к договорной теории брака и авторы одного из классических учебников по гражданскому праву²⁶⁵. Однако изложение и аналитику их взглядов целесообразнее включить в общий контекст представлений о сущности брака в российском семейном праве, то есть в § 4 настоящей главы.

2.2.3. Брак – институт особого рода

«Брак, – писал Гегель, – есть правовая нравственная любовь»²⁶⁶.

Договор, утверждал И. Кант, не может порождать брак, так как всегда имеет некую временную цель, при достижении которой себя исчерпывает, брак же охватывает всю человеческую жизнь и прекращается не достижением определенной цели, а только смертью людей, состоявших в брачном общении²⁶⁷.

Придавая данной позиции юридическую форму, А.И. Загоровский подчеркивал, что брак «в происхождении своем заключает элементы договорного соглашения, но в содержании своем и в прекращении далек от природы договора; как содержание брака, так и его расторжение не зависят от произвола супругов. Поэтому брачный институт следует причислить не к области договорного права, а к разряду институтов особого рода (*suī generis*)». При этом особенности русского законодательства состоят в том, продолжал автор, что оно, относя брак к институтам семейного права, смотрит на него как на акт по преимуществу религиозный (относительно условий заключения и расторжения), взаимодействующий, однако, со светским правом. Это, с одной стороны, облегчает задачи законодателя «при нормировании столь важного и столь трудно регулируемого правом института», но, с другой стороны, и создает немало затруднений: вносит в брачное право разнородность начал, стесняет свободу совести, затрудняет реформирование брачного

²⁶⁵ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 111–114; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. Т. 3. С. 317.

²⁶⁶ Подробнее см.: Гегель. Философия права // Соч. М.; Л., 1934. Т. 7. С. 191–205.

²⁶⁷ Подробнее см.: Кант И. Метафизика нравов: В 2 ч. // Соч. М., 1965. Т. 4.4.2. С. 191–197.

права вследствие «совершенно понятной неподатливости религиозных правил на изменения»²⁶⁸.

(Как не вспомнить уже приводимое в главе I суждение А. Боровиковского: любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный и юридически безразличный, но далеко не празден вопрос, любят ли друг друга муж и жена, ибо здесь любовь есть самое содержание отношений²⁶⁹.)

Г.Ф. Шершеневич четко разграничивал соглашение о браке как предпосылку возникновения брачного правоотношения и само брачное правоотношение. «С точки зрения юридической, – писал ученый, – брак есть союз мужчины и женщины, с целью сожительства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме... В основании брака лежит соглашение между сочетающимися – брак не может быть законно совершен без взаимного и непринужденного согласия сочетающихся лиц. Как и всякий договор, брак предполагает свободу воли и сознания». Однако, поскольку цель брака – совместное сожительство в физическом и нравственном смысле («сочетание событие во всей жизни, божественная же и человеческая правды общение»), с этой стороны «обнаруживается различие между браком и обязательством, которые оба могут быть основаны на договоре. Когда договор направлен на исполнение одного или нескольких определенных действий, то последствием его будет обязательственное отношение, например, в товариществе. Брачное же соглашение не имеет в виду определенных действий, но как общение на всю жизнь оно имеет по идее нравственное, а не экономическое содержание»²⁷⁰.

При этом необходимо отметить, справедливо уточняет С.В. Сивохина, что А.И. Загоровский и Г.Ф. Шершеневич, как и подавляющее большинство ученых дооктябрьского периода, причисляли семейное право к гражданскому праву, следова-

²⁶⁸ Загоровский А.И. Указ. соч. С. 5.

Как учреждение особого рода брак многие сотни лет обладал монополией на регулирование сексуальных отношений и воспроизводство детей. См.: Голод С.И. Прокреация, плюральность эротического ландшафта: история и современное состояние // СоцИс. 2008. № 12. С. 83.

²⁶⁹ Полный текст см. в гл. I. (Боровиковский А. Отчет судьи. С. 212–214.

²⁷⁰ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 586–587.

тельно, их выводы о браке как институте особого рода означают – гражданско-правовом институте особого рода²⁷¹. (Впрочем, законодательство той поры и не создавало сколько-нибудь основательной предпосылки считать иначе, хотя А. Боровиковский неоднократно подчеркивал, что обычные гражданские установления для семейной тяжбы совершенно не годятся; «юридический строй семьи... придает этому институту такие черты *sui generis*, которые уже вовсе не ладят с принципами, составляющими основные устои частного права»²⁷².)

С.В. Пахман писал, что брачный союз – не обязательство, соглашение о браке – не обычный имущественный договор, а соглашение о вступлении в правоотношение особого рода, каким является брачное состояние лиц²⁷³.

Как видим, в определенном смысле концепция брака – института особого рода – является дуалистической. Соглашение вступающих в брак (договор) и собственно брачное состояние (не договор) – идея, которая прослеживается в трудах многих цивилистов: В.И. Синайского и И.М. Тютрюмова («брак» и «брачный союз»)²⁷⁴, П.М. Бромли («the act of marrying» и «the state of being married»), М. Планьоля, Ш. Бёдан и др.²⁷⁵ Японские цивилисты Сакаэ Вагацума и Тору Ариндзуми отмечают: «Брак заключается частноправовым договором сторон пожизненного характера»²⁷⁶.

М. Планьоля подчеркивал, что, несмотря на взаимно волевой характер брачного акта, имеются серьезные затруднения выводить из этого договорную природу супружеского союза: 1) брак или пожизнен, или может быть расторгнут лишь разводом посредством вмешательства судебной власти; 2) договор создает модель обязательств сторон – бракосочетание создает супружеское состояние, правила которого обязательны для всех; 3) брак создает семью. Идея брака-договора, утверждал Ж. Бо-

²⁷¹ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 71.

²⁷² Боровиковский А. Указ. соч. С. 263, 264, 267, 271–273.

²⁷³ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 393. Подробно взгляды С.В. Пахмана изложены в предыдущем параграфе.

²⁷⁴ См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 485; Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 394.

²⁷⁵ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 72.

²⁷⁶ Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. М., 1983. С. 181.

некас, настолько противоречит природе вещей, что законодатель 1804 г. не применял ее на практике – кодекс Наполеона не сделал из брака контракт, так как он не соответствовал положениям о сущности классического гражданско-правового договора, привычная терминология для брака явно неудовлетворительна. Необходимо различать три разных термина и три разные вещи: брак – установление, институт; брачный акт – юридическая сделка, которая приводит в движение это установление; брачный договор – соглашение об имуществе. Брак – это «установление, делающее комплекс правовых норм императивными по существу, цель которых – придание половому союзу, коим является семья, социальной и духовной организации, соответствующей одновременно духу времени и неизменной природе человека...»²⁷⁷.

Некоторые современные последователи этой концепции именуют такой институт особого рода «статусом», который приобретает субъектом в результате совершения предписанных законом действий и придает ему качество женатого семейного человека. При этом оба сочетавшихся браком субъекта приобретают права и принимают на себя обязанности, строго определенные законом, и не могут их изменить (отменить) по своей воле. Сторонники договорной теории полагают, что это не подрывает их доводов, так как и в гражданско-правовом договоре существуют обязательные условия, предусмотренные законом императивно. С другой стороны, и участники брачного правоотношения не лишены возможности договориться об установлении других правоотношений, отойти от прямой законной регуляции, заключив, например, брачный договор. Кроме того, приобрести брачный статус субъекты могут лишь на основании соглашения, а не одностороннего волевого акта²⁷⁸.

Не отрицая последнего утверждения (это было бы бессмысленно, так как оно соответствует и закону, и практике, о чем еще писали С.В. Пахман и другие цивилисты), подчеркнем лишь, что договор об имущественных отношениях (брачный договор) есть самостоятельный вид соглашения, хоть и тесно связанный с брачным правоотношением.

²⁷⁷ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 73–76.

²⁷⁸ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 517–519.

Вариацией на тему «брак – учреждение особого рода» являются также преимущественно социологические представления о браке как о партнерстве²⁷⁹, толчком к которым в том числе послужили эмансипация женщин и эгалитаризация на этом основании брачного союза. Однако в юридическом плане это не является эффективной попыткой «откреститься» от договора, так как использованный термин в узком смысле адекватен договору простого товарищества, в широком – соглашению вообще.

В российской цивилистической науке сторонники данной концепции составляют большинство. Их взгляды будут изложены в следующем параграфе.

2.2.4. Брак: взгляды советских и российских цивилистов и законодателей

2.2.4.1. Об определении брака

Большинство советских и российских цивилистов рассматривали и рассматривают брак как учреждение особого рода. Концепция брака как таинства не нашла своих сторонников ввиду исключительно светского характера брака и многолетней атеистической доминанты нашего общества. Отрицание договорной теории было связано с идеологическим противостоянием социалистической и буржуазной научной, философской, политической и юридической мысли. Социалистический (будущий коммунистический) брак не мог быть сделкой – он должен был стать свободным от материальных расчетов, а впоследствии – и от правовых регламентов.

«В нашем обществе, – писал в 1960-е гг. Н.Г. Юркевич, – брак, как правило, заключается по любви и взаимной склонности. ... честный советский человек располагает только тем, что он заработал. Это само по себе подорвало основу для торга при вступлении в брак»²⁸⁰. В другой своей работе автор отмечал, что «между гражданским договором и браком в СССР имеется принципиальная разница. Взаимное соглашение мужчины и женщины

²⁷⁹ Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 519.

²⁸⁰ Юркевич Н.Г. Советская семья. Минск, 1970. С. 91. См. также: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 9.

относительно вступления в брак как по мотивам, так и по содержанию, коренным образом отличается от соглашения при заключении договора, опосредствующего отношения в гражданском обороте»²⁸¹. (Впрочем, если убрать идеологический флер, которого не могло не быть в науке в то время, то последнее утверждение вполне можно принять.)

В некоторой степени активное противопоставление буржуазного брака-сделки и советского брака-несделки было обусловлено и суверенностью советского семейного права и законодательства: стратегическое изменение принципов построения семейного права, «слом» дооктябрьских постулатов о браке и семье также неизбежно вели к такому противостоянию, к поиску новой, в том числе правовой, сущности социалистического брака.

Несмотря на доминирование теории брака как учреждения особого рода, внутри нее, разумеется, были и наблюдаются в настоящее время различия.

Так, дефиниции до 1960-х гг. (некоторые и позже), как правило, имели налет «романтизма», где наряду с формально-определенными, сугубо нормативными формулировками присутствовали утверждения совершенно иного рода – о пожизненности союза, его ориентированности на взаимную любовь и уважение, непременно – на равноправие (последнее, впрочем, вполне объяснимо, так как безусловным достижением «послеоктябрьского» права был принцип гендерного равенства, что какое-то время следовало всячески подчеркивать, в том числе в целях правового воспитания).

Например, А.И. Пергамент определяла брак как заключенный в органах ЗАГС «свободный пожизненный союз между мужчиной и женщиной, основанный на полном равноправии, на взаимной любви и уважении сторон, целью которого является образование семьи»²⁸².

На признак «пожизненности» союза в свое время также указывали Е.М. Ворожейкин, А.М. Белякова, В.И. Бошко и

²⁸¹ Юркевич Н.Г. Заключение брака по советскому праву. Минск, 1965. С. 4.

²⁸² Советское гражданское право. Т. 2. М., 1951. С. 384. См. также: Денисов А.И. Теория государства и права. М., 1948. С. 423.

другие²⁸³. Между тем очевидно, что праву на брак соответствует право на его расторжение (притом вытекающее из принципа свободы развода), поэтому данный признак не уместен ни в юридическом, ни даже в этическом плане, ибо, когда брак мертв, продолжать его, как известно, безнравственно (за исключением чрезвычайных случаев). Недаром некоторые цивилисты, например В.А. Рясенцев, допускали оговорку «в принципе пожизненный»²⁸⁴, а Г.М. Свердлов в суперидеологизированные и жесткие 1950-е гг. вовсе не упоминал указанного признака в определении брака²⁸⁵, хотя далее, в главе о его прекращении, и писал, что брак в Советском государстве, как правило, представляет собой пожизненный союз – таким он одобряется и поощряется советским обществом и социалистической моралью, таким он видится тем, кто вступает в брак²⁸⁶. (Впрочем, включить характеристику в дефиницию понятия и использовать ее при его толковании – не одно и то же.)

«Взаимные любовь и уважение» (О.С. Иоффе, А.И. Пергамент, Н.Г. Юркевич и другие²⁸⁷) также, безусловно, составляют основу многих браков (и должного «идеального» супружеского союза), однако столь же не обязательны, не относятся к конститутивным признакам брака. В то же время определенная логика в суждениях ученых есть. Так, среди основных начал КоБС РСФСР 1969 г. (ст. 1) закреплял принцип построения «семейных отношений на добровольном брачном союзе женщины и мужчины, на свободных от материальных расчетов чувствах взаимной любви, дружбы и уважения всех членов семьи». Почти аналогичная декларация содержится в ст. 1 Семейного кодекса РФ 1996 г., а норма п. 3 ст. 31 СК РФ предписывает супругам «строить свои отношения в семье на основе взаимоважания и взаимопомощи». Очевидно, что принципам отрасли должны соответствовать принципы института (брака) и

²⁸³ См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Советское семейное право. М., 1974. С. 87; Бошко В.И. Указ. соч. С. 104.

²⁸⁴ См.: Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1967. С. 55.

²⁸⁵ См.: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 96.

²⁸⁶ Там же. С. 129.

²⁸⁷ См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 187; Пергамент А.И. К вопросу о правовом положении несовершеннолетних // Ученые записки ВИЮН. Вып. 3. М., 1955. С. 384; Юркевич Н.Г. Советская семья. С. 17.

конкретные нормы о сущности брачного союза. Во многих случаях, как известно, «утрата чувства любви» объявляется сторонами бракоразводного процесса поводом к расторжению брака, а судьей признается доказательственным фактом невозможности сохранения семьи. Однако поскольку без любви и уважения иные браки начинаются, иные в таковые превращаются – и вопроса об их прекращении на этом основании заинтересованными лицами не ставится, то есть «категорического императива» здесь нет, санкции не предусмотрены, постольку, видимо, данные характеристики не составляют юридической сущности брака. (Еще Г.Ф. Шершеневич отмечал: «К семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишенные санкции, – право имеет дело только с внешним миром, но не с душевным»²⁸⁸). Тем не менее приведенные нами нормы-декларации относятся к основным началам современного брачно-семейного законодательства – это факт юридической действительности, пусть и особого рода, не создающий конкретных субъективных прав и юридических обязанностей. Думается, что методологическое влияние данных положений в науке семейного права исследовано недостаточно.)

Дополнительно к перечисленным А.М. Белякова, Е.М. Ворожейкин и другие авторы включают в характеристику брака цель – рождение и воспитание детей, что тем более неприемлемо: до 20% супружеских пар бесплодны («стерильные» браки²⁸⁹), не запрещено заключение брака между людьми пожилого возраста, да и решение иметь и воспитывать ребенка относится к сугубо личным актам каждого человека или совместного – супругов. Объективная же заинтересованность государства и общества в браках, где имеются дети (впрочем, как известно, не всякого: мировая практика знает случаи официального ограничения рождаемости), должна проявлять себя не через соответствующие предписания брачующимся, а путем социального и экономического поощрения супругов (и несупругов) заводить потомство, усыновлять детей или принимать их в семью на основе иных форм попечения.

²⁸⁸ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 584.

²⁸⁹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 518.

Имеются и дефиниции экспериментального типа. Так, Н.Г. Юркевич и М.Т. Оридорога возражают относительно термина «союз», который допускает «опасные» аналогии брака со сделкой, договором. Первый автор в качестве родовых использует два понятия («отношение» и «общение»): брак – правовое отношение, содержание которого составляют права и обязанности, «опосредствующие в установленных законом пределах общение сторон в интересах их самих, детей (если таковые имеются) и общества»²⁹⁰.

Второй автор, чтобы избежать указанной аналогии (или даже тождества) с гражданско-правовой сделкой, определяет исследуемое явление как юридически признанную духовную и физическую общность мужчины и женщины²⁹¹. Однако, как верно заметила Н.В. Орлова, М.Т. Оридорога в своей позиции таким образом «просто обходит вопрос о том, что же служит основанием возникновения этой общности»²⁹².

Замена термина «союз» на предложенные не только не отрицает, что в основе таковых лежит-таки некое соглашение о вступлении в «отношение-общение» или «общность», но и вводит в оборот понятия, также нуждающиеся в дефиниции, к тому же являющиеся для теории юриспруденции «новоязами» (впрочем, это не запретительно, если основательно). Кроме того, эти термины вполне сопоставимы с термином «партнерство», что и приближает брак к явлениям договоров специального вида, чего данные авторы пытаются как раз избегнуть.

Многими цивилистами вводятся также такие характеристики, как «равноправие» (Г.М. Свердлов, В.А. Рясенцев, Н.В. Орлова, А.М. Нечаева, Г.К. Матвеев, О.А. Хазова и др.²⁹³), «добровольность», как вариант – «свободный союз»

²⁹⁰ См.: Юркевич Н.Г. Брак и его правовое регулирование: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967. С. 11.

²⁹¹ См.: Оридорога М.Т. Брак и его форма // Правовые вопросы семьи и воспитания детей. М., 1968. С. 44.

²⁹² Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 23.

²⁹³ Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 96; Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 55; Орлова Н.В. Указ. соч. С. 19; Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 90; Матвеев Г.К. Советское семейное право. М., 1985. С. 45; Хазова О.А. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. М., 2003. С. 33.

(Г.М. Свердлов, В.А. Рясенцев, Н.В. Орлова, А.М. Нечаева, Г.К. Матвеев, О.А. Хазова²⁹⁴, А.М. Белякова, Е.М. Ворожейкин²⁹⁵, Л.М. Пчелинцева²⁹⁶ и др.). Имеются указания в определении брака и на условие о моногамности²⁹⁷.

Полагаем, что при конкретизации конститутивных признаков брака данные характеристики и их комментариев возможны и даже необходимы. Однако в строго нормативном определении не нужны, так как эти положения закреплены в Конституции РФ и общих началах СК РФ применительно ко всем правоотношениям соответствующего типа и распространяются на каждую их разновидность «по умолчанию» (не употребляем же мы, например, в определении договора эпитеты «добровольный», «свободный», «равноправный»).

Сохранение всех перечисленных атрибутов в определении брачного союза, на наш взгляд, есть скорее дань традиции, сложившейся в первые годы после октябрьского переворота – традиции борьбы за женское равноправие, против принуждения к браку со стороны родителей и т.п. факторов.

В.П. Шахматов и Б.Л. Хаскельберг справедливо отмечают, что признание добровольности, равноправности и пожизненности союза «не дают ответа на вопрос, что такое брак, а лишь характеризуют такие свойства брака, которые отвечают на вопрос, каким является (или должен являться) брак»²⁹⁸.

Другой традиционный взгляд на исследуемую проблему связан с **негативным отношением к законодательной дефиниции брака**. Так, Н.В. Орлова, констатирует, что во время обсуждения Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (далее – Основ) выдвигались предложения дать в их тексте или в республиканских кодексах определения основных понятий семейного права, прежде всего брака и семьи. Предложения не были приняты. Автор полагает, что попытка их сформулировать в кодексах привела бы к расхождениям в этих базовых

²⁹⁴ Хазова О.А. Комментарий к Семейному кодексу... С. 33.

²⁹⁵ См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 87.

²⁹⁶ См.: Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 86–87.

²⁹⁷ См., например: Хазова О.А. Комментарий к Семейному кодексу... С. 33.

²⁹⁸ См.: Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. Томск, 1970. С. 19.

вых правовых конструкциях, которые должны быть едины во всех республиках СССР. Однако и попытка дать дефиниции в Основах была бы бесплодной ввиду комплексного характера институтов брака и семьи, сложности, многогранности этих явлений. Юридическое определение брака, пишет Н.В. Орлова, «неизбежно было бы неполным, ибо оно не могло бы охватить существенные признаки брака, лежащие за пределами права»²⁹⁹. (С Н.В. Орловой солидарны многие цивилисты³⁰⁰. Это подтверждается и отсутствием дефиниции брака во всех российских кодифицированных актах послеоктябрьского периода. Как мы уже отмечали, в Своде законов Российской империи таковая присутствовала – в рамках, однако, концепции брака-тайнства.)

Эти аргументы, на наш взгляд, не могут быть приняты. Во-первых, в тот исторический момент не было нужды передавать эту функцию в кодексы – Основы как раз и предназначались для решения базисных вопросов отрасли и обеспечения одинакового к ним подхода в республиках. При этом, как показала законодательная практика, в кодексах и не наблюдалось принципиальных отличий даже там, где допускалась вариативность.

Во-вторых, невозможность дать законную дефиницию в принципе из-за комплексного характера предмета и наличия у него признаков за границами права также неубедительна. Удовлетворять «амбиции» всех наук, исследующих то или иное явление с разных сторон, не нужно – в противном случае мы должны были бы лишиться многих определений. Так, в норме п. 1 ст. 54 СК РФ предпринята весьма скромная по результату, даже формально-юридическому, попытка дать определение ребенку: «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)». Юридическая неточность заключается в отсутствии указания на исключаящее обстоятельство – эмансипацию, которое делается в международно-правовых документах. Социально-психологические портреты явления и вовсе отсутствуют. Тем не менее определение дано – и на общественном, и на международно-правовом уровне. Или: «Доказательствами по делу являются полученные в предусмотр-

²⁹⁹ См.: Орлова Н.В. Указ. соч. С. 19.

³⁰⁰ См., например: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 87; Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. Тверь, 2005. С. 10; и др.

ренном порядке сведения о фактах...» (п. 1 ст. 55 ГПК РФ). (Сравните определение этого понятия в логике: «Доказательство – логическое действие, в процессе которого истинность какой-либо мысли обосновывается с помощью других мыслей»³⁰¹.) Весьма условными с точки зрения все того же комплексного подхода представляются и определения различных уголовно наказуемых деяний (см. УК РФ). Все, что находится за пределами правовой сущности явления, и не должно включаться, по общему правилу, в юридическую дефиницию.

При этом констатация исключительного разнообразия определений брака в цивилистике – явное преувеличение. Во-первых, если изъять перечисленные ранее эпитеты, большинство дефиниций по существу совпадет. Во-вторых, определения брака предлагаются всеми цивилистами. Надо полагать, авторы убеждены в их правильности... В-третьих, в различные периоды истории цивилистики и в настоящее время всегда находились и находятся ученые, чьи определения почти текстуально совпадают, ибо они носят формально-юридический характер.

(Любопытно, что авторы одного из уже упоминавшихся учебников по гражданскому праву полагают, что российское законодательство «не дает определения брака, используя этот термин как общеизвестный»³⁰². Если последнее верно, то тем больше «лукавства» в аргументации невозможности дать законную дефиницию брака...)

Так, Г.Ф. Шершеневич определял брак как «союз мужчины и женщины с целью сожителства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме»³⁰³. Д.И. Мейеру брак, несмотря на последующие комментарии религиозного и этического порядка, представлялся «союзом лиц разного пола, удовлетворяющим известным юридическим условиям и дающим известные гражданские последствия»³⁰⁴. В.П. Шахматову – союзом мужчины и женщины, имеющим целью создание семьи, заключенным с соблюдением предусмотренных законом условий и

³⁰¹ См.: Кондаков Н.И. Логический словарь. М., 1971. С. 138.

³⁰² См.: Гражданское право / Под. ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 263.

³⁰³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 586.

³⁰⁴ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 348.

оформленным в установленном правом порядке³⁰⁵. О.Ю. Косова считает браком «союз мужчины и женщины, направленный на создание семьи, оформленный в установленном законом порядке и порождающий их взаимные права и обязанности»³⁰⁶ и т.д., и т.п.

Таким образом, собственно юридические определения, включая и авторское, данное в предыдущих работах³⁰⁷, вполне могут быть приняты в качестве проекта законной дефиниции³⁰⁸. Все их констатации так или иначе закреплены в СК РФ. Так, в норме п. 3 ст. 1 употребляется формула «союз мужчины и женщины». Правилами п. 2 ст. 10 подчеркивается конститутивное значение государственной регистрации брака, правилами ст. 12 – 14, п. 3 ст. 15 рассматриваются условия его действительности. Норма п. 1 ст. 27 императивно объявляет цель данного союза – намерение создать семью (пусть и «методом от противного» – путем противопоставления фиктивного брака «правильному» супружескому союзу). Правовые последствия брака фиксированы в разделе III СК РФ «Права и обязанности супругов».

Как видим, набор признаков брака в семейном законе идентичен суммарному набору таковых признаков в теоретических определениях «нормативного толка». Сведенные воедино, они представляют собой следующий вариант дефиниции: брак есть юридически оформленный союз мужчины и женщины, имеющий целью создание и поддержание семейных отношений и порождающий права и обязанности супругов.

(Почти тождественное определение содержится в Кодексе Республики Беларусь о браке и семье (ст. 12): «Брак – это добровольный союз мужчины и женщины, который заключается в

³⁰⁵ Шахматов В.П. Новое законодательство о браке и семье. Ч. 1. Томск, 1969. С. 24.

³⁰⁶ Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М., 2001. С. 72.

³⁰⁷ См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 47; Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 64.

³⁰⁸ Ш.Д. Чиквашвили также полагает, что серьезных препятствий к этому нет. См.: Спорные проблемы семейного законодательства // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 39.

порядке, на условиях и с соблюдением требований, определенных законом, направлен на создание семьи и порождает для сторон взаимные права и обязанности»³⁰⁹. Тенденции закрепления основных понятий в семейном законе просматриваются также в Казахстане, Грузии³¹⁰.)

Рассмотрим его конститутивные составляющие.

2.2.4.2 Брак – разновидность семейно-правового договора

Первый терминологический и сущностный элемент определения брака – союз. Н.В. Орлова полагает, что последний имеет больше значений, чем «договор»³¹¹, поэтому наименование брака «союзом» не означает введения его в систему договорного права. Думается, что для юриспруденции это весьма спорное утверждение: где бы мы ни встречали термин «союз», всюду смысловое значение данной конструкции отождествляется с соглашением, договором. Уточнение, которое делается А.М. Нечаевой: под договором всегда понимается соглашение, а союз – это объединение³¹², также не представляется убедительным, ибо последний, без суммы воле его участников, без целеполагания, без прав и обязанностей есть юридическое ничто, а в единении этих компонентов суть соглашение.

На самом деле противникам теории брака как гражданско-правового договора и семейного права как подотрасли гражданского права не следует, на наш взгляд, сторониться собственно самого термина³¹³.

³⁰⁹ Кодекс Республики Беларусь о браке и семье. От 9 июля 1999 г. № 278 – 3 (с последними изменениями по состоянию на 20.07.06 г. № 164 – 3) // СПС КонсультантПлюс.

³¹⁰ См., например: Смолина Л.А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 8.

³¹¹ См.: Орлова Н.В. Указ. соч. С. 23.

³¹² См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 43–44.

³¹³ В этой связи представляет определенный интерес дефиниция брака, предложенная Л.А. Смолиной, кстати, в качестве проекта соответствующей нормы семейного закона: «Брак – это добровольный и равноправный союз мужчины и женщины, заключенный с соблюдением установленного законом порядка, основанный на семейно-

С одной стороны, действительно, теоретическое признание брака договором и законное явление брачного договора, как мы неоднократно отмечали, явились в конце 90-х гг. XX в. важным аргументом «огражданствления» института брака и десувенинизации семейного права в целом, то есть утраты им статуса отрасли права и возвращения институционального гражданско-правового положения³¹⁴. С другой стороны, с той же мерой действительности, брак как брачное правоотношение возникает из соглашения жениха и невесты о заключении супружеского союза, создании супружеской (брачной, семейной) общности (состояния). Содержание этого правоотношения составляет пребывание в указанной общности, поддержание семейного состояния обоими супругами³¹⁵ – с определенным набором личных прав и обязанностей. Его прекращение основано на принципе свободы договора, разумеется, с существенными ограничениями, которые, впрочем, характеризуют в большей (реже) или меньшей (чаще) степени и классические договоры гражданского права.

Подробно об общем и особенном в явлении договора и месте его семейно-правовых разновидностей в общетеоретической и нормативно-правовой системах договоров мы размышляем в соответствующем разделе книги, поэтому здесь ограничимся лишь частной задачей посмотреть, пусть и в первом приближении, на брак с указанной точки зрения.

Характерное для **брака-договора свободное согласование воли и волеизъявления** традиционно и с определенной долей успеха фиксировано в семейном законодательстве (п. 1 ст. 12

правом договоре, имеющий целью создание семьи и порождающий права и обязанности супругов». Относительно излишних эпитетов, употребленных автором и характеризующих термин «союз», мы уже писали. Однако хотелось бы подчеркнуть неясность соотношения конструкций «брак – союз» и «союз, основанный на семейно-правом договоре», что не дает нам оснований безоговорочно принять эту версию определения.

³¹⁴ Подробно об этом см. очерк первый.

³¹⁵ В этой связи представляет интерес ряд положений СК Украины: 1) жена и муж обязаны совместно заботиться о материальном обеспечении семьи (п. 4 ст. 55); 2) жена и муж имеют право принимать меры, не запрещенные законом и не противоречащие моральным основам общества, по поддержанию брачных отношений (п. 2 ст. 56).

СК РФ), а порочности воли придано юридическое значение (п. 1 ст. 27, абз. 2 п. 1 ст. 28 СК РФ): принуждение, обман, заблуждение, фиктивность – односторонняя и двусторонняя. Разумеется, к указанным ситуациям применимы общие положения о действительности и недействительности гражданско-правовых сделок. Однако преувеличивать их влияние нельзя. Под рассматриваемым углом зрения в брачно-правовой сфере много специфичного: почти нет значимых вариантов заблуждения, кроме не отработанной ни законом, ни практикой факта смены пола или двойной сексуальной ориентации (да и это должно квалифицироваться как особого рода заблуждение в субъекте³¹⁶); обман имеет значение только в форме сокрытия ВИЧ-инфекции или вензаболевания, что составляет самостоятельную «композицию» п. 3 ст. 15 СК РФ, либо в образе односторонне фиктивного брака, что также относится к автономному основанию порочности союза – его фиктивности (п. 1 ст. 27 СК РФ). Последующий анализ семейного закона и практики его применения позволяет высказать предположение о необходимости конкретизации указанных семейно-правовых норм, так как традиционная трактовка сходных явлений с гражданско-правовых позиций, как правило, неприемлема из-за существенного значения личностных факторов рассматриваемой порочности.

Специальной регламентации подвергаются и требования к субъектам брака-договора: разнополость, достижение брачного возраста (с возможностью его снижения по основаниям сугубо личного порядка), отсутствие между претендентами близкого родства или правоотношений усыновления, а также другой брачно-правовой связи³¹⁷. Единственным общецивилистическим правилом среди этого «брачно-правового многоцветья» является условие о дееспособности.

Конститутивным признаком брака является его **государственная регистрация**. С одной стороны, это вроде бы сближает его с гражданско-правовой требовательностью к форме особо значимых договоров. Но, во-первых, в цивилистике многие авторы склоняются к иной квалификации значения акта госреги-

³¹⁶ Подробнее об условиях заключения брака и основаниях его недействительности см. соответствующие параграфы.

³¹⁷ Подробно см. далее.

страции сделок³¹⁸. Во-вторых, сама регистрационная брачная процедура содержательно и по форме (в том числе с элементами торжественности – по желанию брачующихся) не имеет ничего общего с гражданско-правовой регистрацией³¹⁹.

Цель брака-договора, заключающаяся в создании и поддержании состояния супружества, семейной общности (п. 3 ст. 31, п. 1 ст. 27 СК РФ), также не способствует «огражданствлению» данного института. То же следует заметить и о его содержании как договорного правоотношения (абз. 2 п. 1, п. 3 ст. 1, ст. 31 СК РФ)³²⁰.

О.С. Иоффе отмечал, что сходство супружеского союза со сделкой действительно очевидно, так как брак возникает на основании юридического акта, совершенного с намерением породить правовые последствия. Однако его социальное содержание и эти самые правовые последствия исключают квалификацию брака в качестве одной из разновидностей гражданско-правовых сделок. Сделка имеет своей юридической целью создание для ее участников конкретных прав и обязанностей, брак же, основанный на любви, а не на исключительно имущественных интересах, такой правовой цели не преследует, его цель – получить государственное признание созданного союза, основа которого – любовь и уважение³²¹ – хотя и не входит в его юридическое содержание, однако под-

³¹⁸ Госрегистрация, по их мнению, не входит в фактический состав сделки, и потому последняя считается совершенной не с момента регистрации, а с момента выполнения ее фактического состава сторонами. См., например: Крашенинников Е.А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 11. Ярославль, 2004. С. 9; Тузов Д.О. Теория недействительности сделок. Опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007. С. 108–111; и др.

³¹⁹ О регистрации как признаке брака см. далее. Одновременно подчеркнем, что признание ее конститутивного значения не исключает позитивных размышлений о придании определенного юридического значения браку фактическому.

³²⁰ См. параграф о браке как правоотношении.

³²¹ Мы бы уточнили: взаимная склонность, проявляющаяся в различных формах.

рывает его, как только исчезает. Это совершенно невозможно в гражданских сделках³²².

М.В. Антокольская, занимая по отношению к браку наиболее «програжданскую» позицию³²³, выстраивает ее не столь прямолинейно, как можно было бы ожидать, отправляя свои предположения от конечного результата построений «брак – гражданско-правовой договор».

Действительно, отмечает автор, воля вступающих в брак направлена на достижение бесчисленного множества последствий, как правовых, так и не правовых. Однако прежде всего они стремятся приобрести общественный и правовой статус законных супругов, что влечет за собой и приобретение соответствующих прав и обязанностей. Хотя большинство последних обозначены в законе императивным образом, подчинение данным указаниям происходит по свободной воле заключающих брак. На том основании, что гражданско-правовым договором стороны сами устанавливают права и обязанности, а в браке лишь подчиняются закону, нельзя заключить принципиального отличия брака и договора. С появлением брачных договоров и соглашений об алиментах диспозитивные начала существенно усилили свое влияние: с их помощью супруги могут «почти полностью изменить свои имущественные отношения»³²⁴.

В этих суждениях автора заложено, на наш взгляд, несколько спорных моментов. Во-первых, императивное закрепление юридической сущности брака отличает-таки его от гражданско-правовой сделки (на что и указывают О.С. Иоффе, А.М. Нечаева и другие ученые). Утверждение, что гражданский закон также содержит целый ряд обязательных предписаний для сделок-договоров в целом и по видам, разумеется, справедливо. Однако свобода усмотрения в этих случаях и свобода присоединения или неприсоединения к императиву (вступление – невступление в брак) применительно к супружескому союзу отличаются примерно так же, как скоростной бег на

³²² См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 187–188.

³²³ Эта роль данного ученого, на наш взгляд, весьма полезна: будучи «сыгранной» основательно и талантливо, она придала всему семейно-правовому «спектаклю» современное актуальное звучание и обновила дискуссионные позиции семейноведов.

³²⁴ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2001. С. 106–107.

коньках и фигурное катание (от способа организации ледового катка до правил соревнований). Во-вторых, брачный договор и алиментное соглашение есть следствие «договора о браке», а не его содержание (даже если рассматривать брак и как юридический факт, и как правоотношение). В-третьих, как мы уже отмечали, возможность брачным договором «полностью изменить имущественные отношения» супругов весьма сомнительна, противоречит общим началам семейного закона (ст. 1 СК РФ). Если опираться не на частное *de jure*, «изобретенное» в экспериментальном для российского общества 90-х гг. XX в. порядке, а на сущее, на потребности семьи (создание которой преследуется браком – по смыслу всех исторических версий российского семейного законодательства), то выстраивается, на что мы уже указывали, необходимость существенных ограничений указанных договорных возможностей для обеспечения интересов менее социально защищенных членов этой семьи, основанной на браке, – детей, супруги (супруга), занимающегося «ведением дома» (не только хозяйством!) и т.д.

Само содержание брачного правоотношения весьма отлично от сущности гражданско-правовых обязательственных (и не обязательственных) договорных правоотношений, что и подчеркнул Г.Ф. Шершеневич и другие цивилисты.

Вслед за ними, ни в коей мере **не отрицая договорной природы брака**, мы стремимся обозначить его иную отраслевую принадлежность, **иную методологию его построения**. Конечно, такие элементы брака, как согласование воли сторон, письменная форма заключения, развернутая система условий действительности, отражают классическую договорную сущность брака. Но предмет брака-договора весьма специфичен: совместная жизнь мужчины и женщины (разумеется, на основе свободы выбора места жительства, рода занятий, взаимного решения всех вопросов функционирования семьи – ст. 31 СК РФ), характеризующаяся духовным, эмоциональным, сексуальным, экономико-бытовым взаимодействием. По справедливому замечанию М.В. Кротова, хотя эти последние компоненты остаются вне прямой правовой регуляции, внеправовыми или безразличными праву их также считать нельзя: «...они подлежат учету при принятии тех или иных решений, воспринимаясь при этом как определенная данность, которая не мо-

жет быть... сведена к какому-либо знаменателю»³²⁵. (Например, все эти обстоятельства оцениваются при признании брака недействительным, а также при его прекращении разводом.)

Наконец, никто из обоих «лагерей противостояния» не отрицает весьма специфичное проявление **последствий** признания брака недействительным (для рожденных в нем детей и добросовестного супруга – п. 3, абз. 1 п. 4, п. 5. ст. 30 СК РФ), а главное – не типичная для гражданско-правовых договоров исключительно юрисдикционная (административная или судебная) **процедура и основания** (невозможность сохранения семьи) его расторжения. Причем гражданско-процессуальная форма развода также не имеет аналогов среди гражданско-процессуальных форм рассмотрения гражданско-правовых споров: институт судебного развода по взаимному согласию, ограничение права мужа на обращение в суд, специальная примирительная процедура, обязательность разрешения ряда сопутствующих расторжению брака вопросов, активная позиция суда и др.³²⁶

Таким образом солидаризируясь с М.В. Антокольской, М.В. Кротовым и другими цивилистами³²⁷ о договорной природе брака, ни в коей мере не принижающей и тем более не исключающей его этико-фактической сущности, которая может представляться супругам, третьим лицам, самым различным исследователям и как таинство, и как моральное обязательство, и как сексуально-экономический (и даже политический) союз и т.п., мы настаиваем на семейно-правовой, вполне суверенной от гражданско-правовой, принадлежности брака-соглашения и брака-правоотношения.

При этом с удовлетворением осознаем, что для возвращения *de jure* брака-договора в сущее «лоно» потребна не теоре-

³²⁵ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 2001. С. 317.

³²⁶ Подробнее об этом см. параграф о прекращении брака.

Следует также заметить, что процессуальное как форма жизни материально-правового является значимым свидетельством специфики бракоразводного дела. Подробно о таковой зависимости см. очерк шестой книги.

³²⁷ Например, В.В. Грачев также полагает брак договором и использует понятие «соглашение» в дефиниции брака – вместо традиционного «союза». См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 415.

тическая власть «полета мысли» исследователя, а практическая власть решения законодателя, вектор которой вряд ли будет направлен в гражданско-правовую сторону, и прежде всего именно в отношении супружеского союза. Этого не произойдет не потому, что российский брак противостоит, как отмечалось в советские времена, зарубежному («буржуазному») браку-делке, а потому, что всякое современное классическое супружество самоценно и индивидуально, что частью в законе, а большей частью судебной практикой признается базовой предпосылкой правового регулирования и правоприменения.

2.2.4.3. Брак – союз мужчины и женщины

Единение в браке мужского и женского начала – вторая его характеристика. Для российской семейно-правовой доктрины это является аксиомой, подтверждаемой авторами новейшего времени, семейным законом и судебной практикой.

Несмотря на отсутствие легального определения, а в нем – соответственно констатации идеи о разнополости брака, это положение закреплено в общих началах семейного законодательства (п. 3 ст. 1 СК РФ) и опосредованно – в частных нормах: в ст. 12 – о взаимном согласии на брак мужчины и женщины, ст. 17 – об ограничении права мужа на расторжение брака, п. 2 ст. 48, п. 1 ст. 51 об отцовстве и материнстве в браке, ст. 89 – 90 – о праве жены на алименты при особых обстоятельствах.

Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 16 ноября 2006 г. № 496-0 по жалобе гражданина Э. Мурзина на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 12 СК РФ подтвердил конституционность положения о браке как союзе мужчины и женщины. Решением Останкинского районного суда г. Москвы от 15.02.2005 г. Э. Мурзину было отказано в удовлетворении требования о признании незаконным решения органа ЗАГС об отказе в регистрации брака с Э.А. Мишиным – со ссылкой на правило п. 1 ст. 12 СК РФ. В своей жалобе в Конституционный Суд РФ Э. Мурзин указал, что такой отказ нарушает его права, гарантированные нормами ст. 17 – 19 и 23 Конституции РФ. При этом заявитель ссылаясь на опыт ряда стран, признающих брак или зарегистрированное партнерство лиц одного пола. Суд, учитывая, что данные конституционные нормы и нормы международного права исходят из того, что одно из предназначений семьи – рождение и воспи-

тание детей, а также принимая во внимание национальные традиции отношения к браку как биологическому союзу мужчины и женщины, пришел к выводу, что, формально оспаривая конституционность нормы п. 1 ст. 12 СК РФ, заявитель фактически требует государственного признания своих взаимоотношений с другим мужчиной путем их регистрации в виде особого защищаемого государством союза. Между тем, отмечает Суд, ни из Конституции РФ, ни из принятых на себя Российской Федерацией международно-правовых обязательств «не вытекает обязанность государства по созданию условий для пропаганды, поддержки и признания союзов лиц одного пола, притом что само по себе отсутствие такой регистрации никак не влияет на уровень признания и гарантий в Российской Федерации прав и свобод заявителя как человека и гражданина». Суд также отметил, что в силу нормы ст. 23 Международного пакта о гражданских и политических правах право на вступление в брак и право основывать семью признается именно за мужчинами и женщинами, а норма ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод прямо предусматривает возможность создания семьи в соответствии с национальным законодательством, поэтому ссылка заявителя на соответствующие европейские законы не может быть принята в качестве аргумента неконституционности закона российского³²⁸.

О.Ю. Косова полагает, что из социологического понятия семьи вполне определенно выводится заключение о невозможности союзов лиц одного пола, хотя автор и не отрицает, что в различном историческом времени, социальном и правовом пространствах такие состояния существовали и существуют сейчас. «С точки зрения физической природы человека и законов развития общества, – утверждает автор, – это аномалия. Значит, и их правовое признание – правовой нонсенс»³²⁹.

Признавать такие союзы браком (да и вообще признавать их неким явлением *de jure*), полагают представители различных конфессий и, в частности, Русской православной церкви³³⁰, зна-

³²⁸ См.: СПС КонсультантПлюс.

³²⁹ См.: См.: Косова О.Ю. О предмете семейного права. С. 78.

³³⁰ Д.Я. Малешин отмечает: если рассматривать данные и т.п. европейские «реверансы» как одно из проявлений западноевропейской концепции основных прав и свобод (и соответственно индивидуальной модели права), то в этой части (и в некоторых других) она не со-

чит приглашать человека к греху. В последнее время осуждение подобных союзов прозвучало и из Ватикана, несмотря на широкое распространение в Европе иного общественного мнения и принятие соответствующих законов.

Ряд российских цивилистов рассматривают даже факт смены пола одним из супругов (в уже заключенном браке) либо как «социальную смерть» и основание к автоматическому прекращению брака после вынесения судебного решения об объявлении лица умершим (Д.И. Степанов), либо как основание прекращения брака без развода (Л.А. Смолина), либо как основание расторжения брака (М.Н. Малейна). Последняя, впрочем, допускает сохранение брака, в котором однополые люди ведут общее хозяйство, воспитывают детей, но не выполняют роль мужа и жены по отношению друг к другу³³¹. (Впрочем, это допущение, особенно во второй своей части, ничем не может быть обеспечено).

Между тем ситуация, на наш взгляд, не столь очевидна и аксиоматична. Да, классический брак всегда был союзом «мужского и женского сердец». Однако миф об амазонках родился не на пустом месте (вполне возможно, что речь идет о древних мужских и женских обществах и домах и в рассматриваемом плане). Платон, как известно, признавал однополые союзы вполне естественными³³².

О.И. Баженова отмечает, что прямого запрета рассмотрения однополых союзов в качестве вида семейных отношений нет, так как норма ст. 2 СК РФ допускает регулирование семейным законодательством отношений между «иными лицами»³³³. Однако это утверждение не соответствует смыслу указанного нормативного предписания: отношения иных лиц могут быть включены в сферу семейно-правовой регуляции в случаях и пределах, предусмотренных семейным законодательством. (Сложнее вопрос о признании таковых союзов «с иностранным

ответствует российским традициям и социокультурной обстановке. Русская православная церковь полагает эти явления духовными заблуждениями. См.: Малешин Д.Я. Индивидуальная модель права в России // Правоведение. 2007, № 6. С. 26.

³³¹ См.: Смолина Л.А. Указ. соч. С. 10–11.

³³² Подробнее об этом см.: Платон. Пир // Соч. М., 1970. Т. 2. С. 116–135.

³³³ См.: Баженова О.И. Действительность брака в Российской Федерации. М., 2006. С. 158.

элементом», о чем далее и размышляет О.И. Баженова, опираясь на норму ст. 166 СК РФ³³⁴.)

Однополые союзы, как известно, стали очевидным и общественно признаваемым явлением в 80 – 90-е гг. XX в. Участниками самого известного гей-союза, возникшего гораздо раньше (в 1960-е гг.), были знаменитый французский актер с романтически-мужественным амплуа Жан Марэ и драматург Жан Кокто (у них был приемный сын³³⁵). Среди известных зарегистрированных союзов сегодняшнего дня – «брак» Элтона Джона с его бой-френдом.

«Фундаментальные вековые принципы, – отмечает О.Ю. Ильина, – на которых покоится древнейший инстинкт брака, все стремительней расшатываются, получая в измененной форме отражение не только в общественном и правовом сознании, но и в законодательстве зарубежных стран»³³⁶.

Н.А. Алексеев наиболее последовательно проводит идею поэтапного продвижения в семейное и гражданское законодательство идеи регулятивного и охранительного правового признания однополых союзов³³⁷.

Поживем – увидим. (Хотя откровенно говоря, желается увидеть юридически разумное, этически и культурологически взвешенное.)

2.2.4.4. Семья – цель брака

В предложенном нами определении брака (как, впрочем, и в определениях абсолютного большинства цивилистов) к числу его конститутивных признаков относится цель создания семьи и поддержания семейных отношений. Это выводится также из текста п. 1 ст. 27 СК РФ, правда, методом от противного: «Брак признается недействительным... в случае заключения фиктивного

³³⁴ См.: Баженова О.И. Указ. соч. С. 160–163.

³³⁵ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 12.

³³⁶ Там же. С. 13.

³³⁷ См.: Алексеев Н.А. Правовое регулирование положения сексуальных меньшинств. М., 2002. С. 214–222.

Подробнее об этом см. очерк четвертой книги.

брака, то есть если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью»³³⁸.

Но далее возникают уже известные сложности: определения понятия «семья» в СК РФ нет. Если учесть, что не определяются также брак, родство и свойство, родительство – биологическое и социальное, суррогатное материнство, усыновление, приемная семья и т.д., то, по аналогии с названием известного фильма, можно было бы нарисовать картину «Невероятные приключения понятий в семейном законе». Притом, как мы уже отмечали, их определения, часто необходимого и достаточного толка, присутствуют на доктринальном уровне.

Исторически семья всегда понималась как некая общность³³⁹. В Толковом словаре В. Даля сообщается: «Семья, семейство – совокупность близких родственников, живущих вместе (родители с детьми; женатый сын или замужняя дочь, отдельно живущие, составляют уже иную семью)»³⁴⁰. В социологии семья определяется как малая группа, основанная на родственных связях и регулирующая отношения между супругами, родителями и детьми, а также ближайшими родственниками; ее отличительными признаками являются совместное ведение домашнего хозяйства³⁴¹. Р.П. Мананкова, исследователь семьи в юридическом контексте, полагает, что под семьей следует понимать малую социальную группу (объединение,

³³⁸ В.В. Грачев в своем определении брака вместо конструкции «семейная общность» (семья) применяет «состояние супружества». Такая замена имеет право быть. (См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 415.)

Придерживаясь традиционной (в т.ч. законодательной) терминологии, мы, тем не менее, понимаем, что «состояние супружества» (супружеская общность, супружество и т.д.) есть не обычный парадокс «семейной общности», а ее разновидность, поэтому, строго говоря, уточнение В.В. Грачева вполне корректно.

Данное уточнение не снимает, впрочем, задачи по уяснению понятия «семья», кою мы и пытаемся по мере сил реализовать последующими рассуждениями.

³³⁹ Подробнее см.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 88.

³⁴⁰ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 4. Пб., 1884. С. 173.

³⁴¹ См., например: Социология / Под ред. В.Н. Лавриненко. М., 1998. С. 214.

союз лиц), основанную на браке, родстве, усыновлении и иных формах принятия детей на воспитание, связанную общностью жизни, а также семейными правами и обязанностями³⁴².

Одно из немногих легальных определений семьи содержится в норме ст. 1 ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» (№ 134 – ФЗ от 24 октября 1997 г. – с изм. от 22 августа 2004 г.): «лица, связанные родством и (или) свойством, совместно проживающие и ведущие совместное хозяйство». Разумеется, как справедливо замечает О.Ю. Ильина, эта дефиниция подчинена цели данного закона³⁴³. Впрочем, она не вызвала у автора резкой критики.

М.В. Антокольская пишет: «Само понятие семьи всегда было настолько неопределенным, что его невозможно даже закрепить в законодательстве»³⁴⁴.

В.А. Рясенцев определял семью (в юридическом смысле) как круг лиц, связанных правами и обязанностями, вытекающими из брака, родства, усыновления или иной формы принятия детей на воспитание и призванных способствовать укреплению и развитию семейных отношений³⁴⁵.

О.Ю. Косова предпринимает попытку сформулировать универсальную дефинитивную конструкцию, пригодную и для права: семья – основанная на лично-доверительных началах и совместной жизни малая социальная группа, члены которой связаны родством, браком и т.п., существование которой необходимо для воспроизводства общества³⁴⁶.

А.М. Нечаева, критикуя универсальность данного подхода, полагает, что семейно-правовое определение семьи должно отличаться лаконизмом и четкостью, например: «Семья есть общность совместно проживающих лиц, объединенных правами и обязанностями, предусмотренными семейным законодательством»; лишь в исключительных случаях речь может идти о лицах,

³⁴² См.: Мананкова Р.П. Правовые проблемы членства в семье. Томск, 1985. С. 22.

³⁴³ См.: Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007. С. 119.

³⁴⁴ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 8–9.

³⁴⁵ Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 43.

³⁴⁶ См.: Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. С. 20.

которые почему-либо вместе не живут (например, алиментно-обязанные близкие родственники ребенка³⁴⁷).

Не вдаваясь «с лету» в аналитику собственно данного определения, заметим, что последняя авторская оговорка основывается на наименовании гл. 15 СК РФ «Алиментные обязательства других членов семьи». На наш взгляд, это всего лишь неудачное название, которое вполне можно заменить: «Алиментные обязательства других субъектов семейных отношений», ибо в главе собраны весьма разнородные ситуации (например, казусы, регулируемые нормой ст. 96 СК РФ).

Между тем в российском законодательстве были традиции определять брак (пусть и по образцу Кормчей книги и Модестина), родство и свойство.

В Семейном кодексе Болгарии, Кодексе Республики Беларусь о браке и семье и законах других стран присутствуют нормы о родстве и свойстве. В Законе республики Казахстан, где также в ст. 1 даются основные понятия, предлагается и дефиниция семьи, которая текстуально совпадает с приведенным ранее суждением В.А. Рясенцева. Ключевым критерием семьи, по смыслу норм ст. 3 Семейного кодекса Украины, является совместное проживание лиц, связанных обязательным бытом; при этом ребенок относится к семье родителей тогда, когда совместно с ними не проживает, супруги же в такой ситуации считаются семьей лишь при условии, что раздельное проживание продиктовано уважительными причинами. В белорусском Кодексе, как мы уже отмечали, дана дефиниция брака, а в ст. 59 – определение семьи: «Семья – это объединение лиц, связанных между собой моральной общностью и поддержкой, ведением общего хозяйства, правами и обязанностями, вытекающими из брака, близкого родства, усыновления. Другие родственники супругов, нетрудоспособные иждивенцы, а в исключительных случаях и иные лица могут быть признаны в судебном порядке членами семьи, если они проживают совместно и ведут общее хозяйство». Далее даются определения многодетной семьи и неполной семьи (ст. 62 – 63) и декларируются права и обязанности семьи: «Семья обязана содействовать реализации прав и законных интересов членов семьи, на нее возлагается ответст-

³⁴⁷ См.: Нечаева А.М. Указ. соч. С. 91.

венность за воспитание и содержание детей, их защиту» (ст. 65).

Из этого текста явно следует, что белорусские цивилисты весьма близко подошли к решению «диптиха»: семья – объект права, семья – субъект права. Один из ведущих белорусских семейноведов Н.Г. Юркевич еще в 1970 г. писал, что семья представляет собой совокупность общественных отношений, среди которых выделяются отношения внутри семьи и отношения, в которых семья как целое выступает в качестве стороны³⁴⁸. Известный советский философ и социолог А.Г. Харчев отмечал, что семья, как и брак, представляя собой определенное отношение, является еще и социально организованным объединением людей, а главное отличие социальной организации (род, семья, государство) от простого социального отношения состоит в том, что последняя может выступать в качестве субъекта других общественных отношений и осуществлять определенную деятельность³⁴⁹. В российской доктрине права социального обеспечения семья многими и давно рассматривается точно таким же образом³⁵⁰. В семейно-правовой доктрине это положение рассматривается лишь как гипотеза. Так, Ю.А. Королев, ссылаясь на позицию известного правоведа 1920 – 30-х гг. П. Стучки, признававшего семью как юридическое лицо, субъект права в досоциалистических буржуазных формациях (и отказывая в этом семье пролетарской как субъекту, не представляющему частную собственность), предлагает вернуться к данной идее. Спор о семье, отмечает автор, как субъекте права ведется со времен римского права; знала примеры семейной правосубъектности и Россия (например, откупы), аналогичное положение сохраняется и по сей день у северокавказских народов. Семья занимает промежуточное положение между фактическими и юридическими лицами, она выступает в гражданском обороте как единое целое в вопросах жилищных (особенно в сфере приватизации жилья), при получении льгот

³⁴⁸ См.: Юркевич Н.Г. Советская семья. С. 7.

³⁴⁹ См.: Харчев А.Г. Брак и семья в СССР. С. 38–39.

³⁵⁰ См., например: Право социального обеспечения / Под. ред. К.Н. Гусова. М., 1999. С. 70; Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения. М., 1998. С. 15; и др.

непосредственно на семью и др.³⁵¹ Ю.А. Королев подчеркивает, что у нас отсутствуют семейные штрафы, семейные налоги, нормы, определяющие взаимодействие социального института семьи и государства³⁵² (притом что декларация «семья – ячейка государства и общества» аксиоматична). Однако имеются семейные предприятия, крестьянские хозяйства и т.п., что определенным образом свидетельствует о правосубъектности семьи³⁵³.

В.И. Иванов также является сторонником рассматриваемого нами «диптиха». По его мнению, норма ст. 7 СК РФ предусматривает и коллективные права семьи. Автор полагает семью общиной, основанной на браке, рождении детей, их воспитании, усыновлении³⁵⁴. Он, вслед за Н.Г. Юркевичем, классифицирует соответствующие отношения на внутрисемейные (права членов семьи) и внешнесемейные, в которых семья выступает в своем единстве перед третьими лицами. К последним автор относит права и обязанности на семейную тайну, коллективное семейное обращение в государственные органы, защиту чести и достоинства семьи, совместное проживание, приватизацию, общесемейную собственность (включая действия на основе презумпции согласия), деликтную ответственность³⁵⁵. Как отмечает О.Г. Куриленко, в идее признания семьи самостоятельным субъектом права имеется «некоторое рациональное зерно», однако на данном этапе она недостаточно обоснованна³⁵⁶.

Что ж, это явно преодолимый аргумент. Равным образом преодолим и «понятийный нигилизм» в сфере семейного права и шире – в областях, где используются ключевые семейно-правовые понятия, о чем мы уже писали.

³⁵¹ См.: Королев Ю.А. Семья как субъект права // Журнал российского права. 2000. № 10. С. 61–64.

³⁵² Королев Ю.А. Семья как субъект права. С. 65.

³⁵³ Там же. С. 66.

³⁵⁴ Комментарий к СК РФ / Под ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. М., 2001. С. 38–39.

³⁵⁵ Комментарий к СК РФ / Под ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. С. 40.

³⁵⁶ См.: Куриленко О.Г. Регулирование брачного правоотношения по законодательству Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 47.

Кроме Республики Беларусь, определенными образцами подобного рода могут служить положения Кодекса семьи и социальной помощи Франции от 24.01.1956 г. (с изм. 1995 г.), где, на взгляд О.Г. Куриленко, как раз оптимально сочетаются концепты семьи как социального института и как правовой конструкции. Так, в ч. 1 Кодекса («Социальная защита семьи») дается определение понятия «семейные объединения». К ним относятся открытые объединения, свободно организующиеся и включающие в себя: семьи, созданные путем заключения брака или установления родственных связей, основанных как на кровном родстве, так и на приеме в семью; женатые пары, не имеющие детей; всех физических лиц, открыто имеющих на своем содержании как своих собственных, так и приемных детей, а также фактически и постоянно выполняющих родительские функции или осуществляющих опеку над одним или несколькими детьми, защищающих материальные и нравственные интересы либо всех семей в целом, либо определенной категории семей. Соответственно по своему положению отдельные виды таких семейных объединений могут быть приравнены к юридическому лицу³⁵⁷.

В указанном законе содержатся положения о формах государственной поддержки семьи – компенсации семейных расходов (ст. 20), охраны семейной собственности, обеспечения трудовых и семейных интересов и др.

О.Г. Куриленко в результате обобщения доктринальных и нормативно-отраслевых версий предлагает определять семью как объединение людей на основе брака, родства, принятия детей на воспитание, связанных общностью жизни, а также семейными правами и обязанностями, где безусловными признаками семьи выступают брак, родство, принятие детей на воспитание, а дополнительными – общность жизни и иждивение; последнее следует рассматривать в качестве образующих семейную общность лишь в случаях, установленных законом³⁵⁸.

Однако положение о факультативности «общности жизни» противоречит сущности брака, если вспомнить наши начальные построения «от противного»: союз, не преследующий цели создания семьи, есть фиктивный, а доказывание фиктивности, как

³⁵⁷ Цит. по: Куриленко О.Г. Указ. соч. С. 53.

³⁵⁸ Куриленко О.Г. Указ. соч. С. 55.

правило, осуществляется путем установления факта «разобщенности», неподдержания общесупружеских отношений³⁵⁹. Кроме того, устойчивое раздельное проживание без намерения возобновить отношения квалифицируется как «фактический развод» и дает суду право отойти от правила совместной супружеской собственности и признать имущество, нажитое в этот период личной собственностью каждого из супругов (п. 4 ст. 38 СК РФ).

Квалификация признака в качестве факультативного, отмечает А.П. Сергеев, лишает определение семьи практического смысла, изъятие же таких признаков («совместное проживание», «ведение общего хозяйства», взаимная поддержка и забота друг о друге и т.п.) сузит понятие семьи до такого предела, при котором опять-таки обнаружится его расхождение с данным понятием в социологическом смысле. С другой стороны, продолжает автор, нельзя определить то, что сам законодатель сознательно не ставит в четкие правовые рамки, при этом существенные расхождения между представлением права и социологии о семье оправданы лишь отчасти, поскольку первое призвано регулировать фактические отношения, а не абстрактные, оторванные от жизни³⁶⁰.

Однако, как мы уже отмечали, во-первых, нами периодически используется позиция законодателя с двойным стандартом: то «обожествляем» ее, то подчеркиваем ее субъективизм (истина, вероятно, как всегда – посредине). Во-вторых, объект правового регулирования всегда (или почти всегда) «фактичен», но это не мешает нам во многих других случаях споспешествовать нормативному определению явления. Конечно, семья – это «сама жизнь» (в отличие, например, от ряда искусственных конструкций), но познавать ее следует, а приблизившись к пониманию ее сущности, вполне можно ожидать попыток ее и дефинировать, в т.ч. с правовой точки зрения.

Раздельное проживание субъектов семейных правоотношений возможно, однако, по общему правилу, оно разрушает семью и/или трансформирует ее в какие-то иные типы семейных

³⁵⁹ Подробнее об этом см. параграф о фиктивных сделках очерка четвертого книги.

³⁶⁰ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 370–374.

связей, попыток поименовать и классифицировать которые пока не предпринималось. Видимо, аналогичными соображениями и руководствовались законодатели тех стран, где ключевым признаком семьи является именно общность проживания, а проживание раздельное не разрушает семейного союза лишь в определенных случаях. Разумеется, диспозитивное начало в нормативной дефиниции семьи может быть усилено возможностью судебного установления факта семейной общности в неочевидной ситуации. Именно такую позицию занимает, например, Европейский суд по правам человека: вопрос о наличии или отсутствии семейной жизни решается им в каждом конкретном случае на основании общего принципа о «существовании тесных личных связей между участниками отношений» – брака, сожительства, приема ребенка на воспитание и т.п.³⁶¹

Что касается положения о свободе выбора супругами места жительства, а следовательно, допущения и жительства раздельного, то подобную ситуацию можно рассматривать как исключение из общего правила (кроме случаев установленного судом фактического прекращения супружеских отношений (фактического развода)).

Помимо внедрения в текст СК РФ определения понятия семьи, а за ним – и членов семьи, необходимо четко отграничить брак как одну из предпосылок семьи и семью как цель брака, различить ситуации, в которых семья выступает либо субъектом права, либо объектом права (правовой охраны и защиты), и систематизировать эти ситуации. Далее, на уровне «пакта солидарности» права социального обеспечения, трудового права, права семейного и права гражданского необходимо обозначить охранно-защитные блоки («контрфорсы») для «построения, обслуживания и ремонта» здания брака и семьи.

Например, А.М. Нечаева полагает, что даже гражданское право, подключившись к данному «пакту», вполне могло бы приумножить свое участие в этом процессе, предусмотрев в ГК РФ: 1) возможность ограничения прав и свобод в интересах семьи; 2) гарантии укрепления семьи при распоряжении правом собственности; 3) изъятие имущества у собственника с учетом интересов семьи; 4) обращение взыскания на земельный уча-

³⁶¹ Подробнее см., например: Баженова О.И. Действительность брака в Российской Федерации. С. 4 – 5.

сток при условии соблюдения интересов семьи; 5) зависимость условий заключения различного рода гражданско-правовых сделок от интересов семьи; 6) приоритет интересов семьи при разделе общей собственности, определении имущественных долей; 7) дарение семье; 8) ограничение свободы завещаний, если оно не на пользу семье³⁶². (В этом случае «экспансия» гражданского права превратилась бы в свою противоположность. А еще лучше: произошла бы гармонизация классических начал цивилистики в лице гражданского права и специфических личностно-семейных начал той же цивилистики, но в лице «дитяти», нуждающегося в заботе «матери», взрастившей его и выпустившей в самостоятельное «плавание» по регулятивно-охранительным волнам общего «цивилистического» моря договоров, актов, обязательств, конфликтов и уступок.)

Особого внимания требует подход к явлению семьи со стороны О.Ю. Ильиной. Информационно опираясь на значимость римской и старорусской семьи, на положения СК РФ о ее укреплении, охране и защите, об основании расторжения брака (невозможность сохранения семьи), о разделе имущества супругов с учетом интересов семьи и т.д. и т.п., она полагает, что в настоящее время правовому регулированию подвергаются лишь отдельные отношения между членами семьи и вообще нельзя говорить о понятии семьи в юридическом смысле. Далее автор приходит к заключению о том, что «семья в юриспруденции – это фикция, интересы которой обеспечиваются частноправовыми и публично-правовыми средствами»³⁶³. Соответственно О.Ю. Ильина отрицает законодательное определение брака (если таковое воспоследует), где в качестве цели обозначалось бы «создание семьи» и «поддержание семейных отношений», на что как на конститутивный признак брака указывает большинство цивилистов: Е.М. Ворожейкин, А.М. Белякова, В.А. Рясенцев, Г.М. Свердлов, А.И. Пергамент, В.П. Шахматов, Н.Г. Юркевич и др., в том числе и автор настоящей работы³⁶⁴).

³⁶² См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 109.

³⁶³ См.: Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. С. 140.

³⁶⁴ См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 47.

О.Ю. Ильина полагает, что данная точка зрения была оправдана в советский период – ввиду чрезмерной заботы государства об укреплении советской семьи, основанной на принципах коммунистической морали и т.п. Конечно, продолжает автор, и сейчас в большинстве случаев супруги при заключении брака намерены вести совместную жизнь, воспитывать детей, создавать и поддерживать имидж семьи, но это признаки, определяющие статус семьи как социального, а не правового института³⁶⁵.

Между тем очевидно, что брак не тождественен семье – этой аксиомы, вопреки утверждению О.Ю. Ильиной³⁶⁶, придерживается и российский законодатель, а не только большинство советских и российских цивилистов³⁶⁷.

Брак как правоотношение содержательно (но не по форме) совпадает с семьей только в одном случае: если он является супружеским союзом с детьми или без детей. Добавление в эту структуру других субъектов семейного права это внешнее совпадение разрушает.

Наличие у молодых (да и зрелых) пар единственной цели – узаконить свои сексуальные отношения или приобрести иной социальный статус³⁶⁸ – конечно, в жизни встречается (первое ассоциируется с гнусеньким утверждением «брак – узаконенная проституция», а второе – с конструкцией «брак по расчету»). Однако и между такими парами, как правило, возникает некая общность – эмоциональная, хозяйственная, договорная, представительская. «Чисто сексуальный эксперимент» как единственное содержание брака (то есть брака без семьи) – всего лишь эксклюзив, а может быть, и миф. На этой «тонкой нити телесного бытия» жизнь долго не продержится. А главное – именно как эксклюзив (исключение) – такой союз и не опровер-

³⁶⁵ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 56–57.

³⁶⁶ Там же. С. 60.

³⁶⁷ Предложение автора об изменении структуры Семейного кодекса путем выделения самостоятельных разделов «Брачное право», «Семейное право» заслуживает внимания, тем более что приводимый нами неоднократно в качестве образца (пусть и не для полного подражания) Кодекс Республики Беларусь выстроен именно по такой схеме.

³⁶⁸ Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 56.

гает правила о семье как цели нормального, обыкновенного, массового брака.

Мы уже отмечали, что элементы семейной правосубъектности присутствуют в сферах социального и жилищного обеспечения, «интересы семьи» являются объектом не только декларативной, но и сугубо конкретной защиты СК РФ и т.д. Кроме того, ряд цивилистов полагает (А.М. Нечаева, Ю.А. Королев и др.), что недостаточное правовое присутствие семьи как объекта (А.М. Нечаева и др.) и как субъекта (Ю.А. Королев, О.Г. Куриленко и др.) есть недостаток нашего законодательства.

Объявление же семьи «юридической фикцией» (включая, видимо, и приемную семью, и патронат, и семью в составе фактического воспитателя и фактического воспитанника и т.п.), доведенное до логического конца, окончательно превращает ее в миф, в сказку для будущих поколений.

Использование О.Ю. Ильиной конструкции «фикция» не отражает, на наш взгляд, существа проблемы. Фикция как нормативное объявление существующим заведомо не существующего есть технико-юридический прием для случаев, когда иные юридические технологии применить невозможно³⁶⁹. В семейном праве к классическим фикциям относятся: фиктивная запись об отцовстве (п. 3 ст. 51 СК РФ), момент прекращения брака (п. 1 ст. 25 СК РФ) и т.п.

(Если уж использовать такие формально-юридические и крайне специфические технические приемы, как преюдиция, презумпция, фикция, то логичней было бы поразмышлять над соотношением «семья – презумпция», ибо ключевое свойство последней – в ее опровержимости, что и может быть использовано судебной практикой в делах о признании брака недействительным и о расторжении брака.) Однако определенный смысл в такой постановке проблемы есть: семья – фикция, ибо закон

³⁶⁹ См., например: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 25–33; Тарбагаева Е.Б. Юридические предположения в гражданском процессе (исковое производство): Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 16; Джазоян Е.А. Категория фикции в гражданском праве: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 2006. С. 11–14; Кузнецова О.А. Презумпции в российском гражданском праве: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 11; Нахова Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию. Саратов, 2006. С. 68.

не располагает понятием семьи, к ней постоянно адресуясь; семья – фикция, ибо разные отраслевые законы используют свои формальные конструкции, семья – фикция, ибо чаще всего речь идет о членах семьи, а не о семейной общности как объекте многосторонней и конкретной помощи и субъекте права. Как справедливо полагают Е.М. Ворожейкин³⁷⁰, Р.П. Мананкова и другие цивилисты, если «в каждой отрасли права есть свое понятие семьи, то это разные понятия, которые и обозначаться должны соответственно разными терминами»³⁷¹. Семья, продолжает Р.П. Мананкова, является предметом изучения многих отраслей науки, однако это не дает оснований изменять содержание данного понятия в зависимости от прикладных потребностей конкретной области исследования – никто ведь не пытается произвольно изменить содержание таких понятий, как «общество», «государство»; между тем понятие семьи стоит в одном ряду с ними³⁷².

Таким образом, цель брака – создание семьи, содержательным же его компонентом является поддержание семейной общности в период жизни данного союза (за исключением специально оговоренных случаев). Изначальное отсутствие таковой цели характеризует либо союз эксклюзивный (исключительный), либо фиктивный, а последующее отсутствие семейной общности также свидетельствует либо о «смерти» брака, либо его исключительности («выпадении из норм»).

Состояние разработок по проблеме семьи свидетельствует о необходимости: 1) формулирования общего понятия «семья» в СК РФ, а также понятий «член семьи», «семейные связи» (не совпадающие с семьей в собственном смысле слова); 2) использования этой конструкции в других отраслях права (а не «изобретения» ими собственной) с указанием, однако, какие и чьи семейные интересы защищаются – семьи в целом, отдельных членов семьи с дифференциацией понятий «член семьи» (лицо, проживающее в семейной общности, – супруги, дети, родственники, свойственники, иждивенцы, подопечные и т.д.) и «иные

³⁷⁰ См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Советское семейное право. М., 1974. С. 33.

³⁷¹ См.: Мананкова Р.П. Правовой статус членов семьи по советскому законодательству. Томск, 1991. С. 36.

³⁷² Там же. С. 39.

категории граждан», не проживающие семейной общностью (те же родственники и т.п.), интересы которых защищаются тем или иным законом; 3) дифференциации на теоретическом и нормативном уровнях семьи как объекта охраны и защиты и как субъекта права.

2.2.4.5. Условия заключения брака

Последняя конститутивная составляющая брачного союза – его соответствие определенным формальным требованиям семейного закона. Она двуедина и включает в себя требования к субъектам и их связям (положительные и отрицательные условия заключения брака) и организационные требования – условие о государственной регистрации союза в органах ЗАГС с соблюдением некоторой процедуры.

Первое из них – **брачный возраст**. Данное условие является частью брачной правосубъектности (вторую ее «половину» составляет дееспособность совершеннолетнего лица, о которой речь пойдет далее).

Обычно цивилисты приводят безусловную «стреловидную» линию связи между законным брачным возрастом и предположением о достижении лицом с этого момента (с 18 лет) определенной степени физической и психической зрелости³⁷³. В действительности, эта линия не вполне приемлема. Решение о возрастном барьере наступления правосубъектности (или только дееспособности) в разных отраслях российского права обусловлено не только этим фактором: слишком уж существенны различия: в уголовном праве – 14, 16, 18 лет (в зависимости от вида преступления), трудовом – 16 и с 14 лет, государственном – 18 лет и выше, административном – 14 лет и выше, в гражданском ключевые точки – 14 и 18 лет, семейном – 10 (право давать согласие на усыновление, смену фамилии и т.д.), 14 (право самостоятельно защищать свои интересы в суде, устанавливать внебрачное отцовство), 16 (общефедеральный вариант снижения брачного возраста, право признавать свое отцовство, приобретение ограниченного родительского статуса и др.), 18 лет. Этот многовариантный подход российского законодателя к вопросу о «зрелости» субъекта права и правоотношения можно дополнить разнообразием позиций (хотя бы и только по поводу

³⁷³ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 119.

брачного возраста) законодателей других стран³⁷⁴: например, в Англии – 16 лет, Индии – 12 лет, Франции и Японии – 16 лет для женщин, 18 – для мужчин (притом что в Японии делкосо-способность наступает с 20 лет³⁷⁵), Болгарии, США, Швеции, Республике Беларусь – с 18 лет, Польше – с 21 года и т.д. Однако при этом для большинства европейских и для североамериканских стран – 18 лет. Решение зависит от многих факторов (интеллектуальных, физиологических, национально-культурных, правовых традиций и установок, в том числе в общецивилистическом плане). Не является уже, кстати, аксиомой более раннее половое созревание жителей южных стран³⁷⁶... Встречается и гендерная дифференциация брачного возраста. Например, в Украине традиционно (КоБС УССР 1969 г., СК Украины 2003 г.) брачный возраст для женщины установлен в 17 лет (мужчин – 18), в Молдавии – соответственно 16 и 18 лет (ст. 14 СК Республики Молдова 2000 г.).

Впрочем, очевидно, что, по крайней мере, данное решение должно коррелировать с соответствующими возрастными барьерами, установленными внутренним законодательством страны. Именно так обстоит дело в Российской Федерации. СК РФ повторил норму о 18-летнем брачном возрасте – с возможностью его снижения решением органа местного самоуправления до 16 лет (п. 1 – 2 ст. 13 СК РФ). Однако в ч. 2 п. 2 ст. 13 законодатель ввел принципиальную новеллу, позволяющую субъектам Российской Федерации своими законами снижать возраст ниже предела 16 лет. Причем в проекте СК РФ, официально опубликованном в «Российской газете» для всенародного обсуждения, имелся ограничитель в 14 лет, который исчез в принятом варианте.

Тем не менее полагаем, что «по умолчанию» данный лимит присутствует. И сразу по нескольким причинам. Во-первых, по соображениям разумности. Во-вторых, по причине связанности более раннего брачного возраста с возможностью наступления гражданской дееспособности в полном объеме (п. 2 ст. 21 ГК

³⁷⁴ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 518.

³⁷⁵ См.: Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. С. 164.

³⁷⁶ См., например: Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. С. 29.

РФ). В-третьих, в семейно-правовом контексте: с 14 лет формируется ограниченный по объему семейно-правовой статус «взрослого лица» (самостоятельная судебная защита, право в судебном порядке устанавливать свое внебрачное отцовство и, следовательно, приобрести комплекс родительских прав и обязанностей, что на практике (а теперь и в законодательстве) всегда было связано с перечнем оснований снижения брачного возраста). В-четвертых, в общеправовом: как мы уже отмечали, начала ведущих отраслей российского права (гражданского, уголовного, в существенно меньшей степени – административного, трудового) определяют 14 лет как ключевую точку отсчета для «запуска» ограниченного отраслевого статуса и правосубъектности³⁷⁷.

Большинство из тех субъектов Федерации, которые воспользовались правом снижения брачного возраста «ниже нижнего предела», установили ограничитель в 14 лет. Так, например, поступили законодатели Владимирской, Вологодской, Калужской, Московской, Ростовской, Самарской, Тюменской областей, Ханты-Мансийского автономного округа и др. Более осторожно – Мурманской, Рязанской, Тверской, Челябинской областей, где объявлена возрастная граница в 15 лет. Всего в эксперименте участвует более 20 регионов.

Указом («впредь до принятия соответствующего закона...») Президента Республики Адыгея³⁷⁸ было установлено, что «разрешение на вступление в брак до достижения возраста шестнадцати лет при наличии особых обстоятельств дается Президентом...». Однако, поскольку далее МВД республики предписыва-

³⁷⁷ В соответствии с п. 2 ст. 23 Семейного кодекса Украины, лицу, достигшему 14 лет, по его заявлению может быть снижен брачный возраст решением суда – в порядке особого производства гражданского процесса. В процесс привлекаются родители несовершеннолетнего и орган опеки и попечительства. При положительном решении гражданином приобретает право на брак с конкретным партнером. Подробнее см.: Белосов Ю.В. Некоторые вопросы рассмотрения дел особого производства по новому Гражданскому процессуальному кодексу Украины // Тенденции развития гражданского процессуального права России. СПб., 2008. С. 216–218.

³⁷⁸ См.: Указ Президента Республики Адыгея «Об исключительных случаях снижения брачного возраста в Республике Адыгея» № 262 от 13.11.1997 г.

лось «... обеспечить в первоочередном порядке выдачу паспортов гражданина Российской Федерации...», становится очевидным, что 14-летний барьер все же имелся в виду (в 1998 г. соответствующий Закон был принят).

Напротив, такого вывода не следует из нормы ч. 2 п. 2 ст. 12 СК Республики Башкортостан: «В виде исключения с учетом особых обстоятельств органами местного государственного управления может быть разрешено вступление в брак лицам, не достигшим шестнадцатилетнего возраста». Повторив в этом вопросе СК РФ, региональный законодатель не осуществил необходимой конкретизации своей позиции.

Как часто бывает, «истина где-то ближе к середине»: возрастная цепочка «18 – 16 – 14 лет» правомерна, «18 – 16 – 15 лет» правомерна и не менее разумна, «18 – 16 – бесконечность» может быть правомерной и разумной только при двух условиях. Первое: снижение возраста ниже 14 лет должно применяться как чрезвычайное правило; второе: решение вопроса целесообразно передать суду – такая практика уже апробирована в ряде зарубежных стран (Англия, Польша, США, ФРГ, Югославия и др.).

В административном процессе и семейном праве отработаны основания для снижения брачного возраста: фактический брак, беременность, рождение ребенка, тяжкая болезнь одного из супругов, призыв на военную службу, длительная командировка и т.п. Это, как правило, подтверждается и соответствующими региональными законами – с тем лишь уточнением, что перечень таких обстоятельств для разрешения вступить в брак до 16 лет ограничен, а в ряде законов – исчерпывающ. Владимирская область: рождение ребенка, беременность (свыше 12 недель), непосредственная угроза жизни одной из сторон. В Вологодской области перечень дополнен условием призыва жениха на службу в Вооруженные силы РФ. В Челябинской области для применения исключения установлен значительный срок беременности – 22 недели и более и т.д.

О.Г. Куриленко предлагает уйти от региональной «разногласицы» и установить правило о 14-летнем брачном возрасте (в виде исключения) на федеральном уровне³⁷⁹. Полагаем, это целесообразно, так как, кроме регионов с традициями ранних

³⁷⁹ См.: Куриленко О.Г. Указ. соч. С. 13.

браков, предоставленным правом воспользовались самые различные субъекты Федерации – без какой-либо понятной логики. Например, вокруг Москвы, пожалуй, только Ярославская область осталась с федеральным вариантом... Аналогичной точки зрения придерживается и М.В. Антокольская: «С одной стороны, в регионах, где традицией поощряется вступление в брак в раннем возрасте, возможно принятие законов, чрезвычайно упрощающих процедуру снижения брачного возраста, что может привести к массовому нарушению прав несовершеннолетних. С другой стороны, при отсутствии такой возможности браки с несовершеннолетними будут совершаться в соответствии с местными обычаями, что приведет к еще меньшей правовой защищенности. Другая опасность заключается в том, что в ряде субъектов РФ такие законы могут вообще не приниматься, что не дает возможность заключения брака даже при наличии особых обстоятельств»³⁸⁰.

Почти с теми же аргументами (обеспечение интересов несовершеннолетних граждан), но с совершенно иными предложениями – увеличением брачного возраста до 21 года – выступают И.В. Афанасьева и Ш.Х. Заман. Авторы полагают, что именно к этому возрасту мужчины и женщины социально созревают к браку: получают профессию, приобретают жизненный опыт, создают определенные материальные накопления, то есть более или менее адаптируются к взрослой жизни³⁸¹.

Подобные предложения высказывались и ранее – при разработке проектов КоБС РСФСР и СК РФ, но поддержки, разумеется, не нашли, так как не соответствуют ни историческим, ни национальным, ни юридическим традициям, да и насущным потребностям: в определенных стратах российского общества брачный возраст и так близок к 20 – 25 годам, однако есть и всегда были группы населения с иными обычаями в этом вопросе.

³⁸⁰ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 120.

³⁸¹ См.: Афанасьева И.В., Заман Ш.Х. Роль и значение правового регулирования в решении проблем брачно-семейных отношений // Семейное право. 2004. № 2. С. 2.

Взаимное добровольное **согласие** мужчины и женщины на вступление в брак (ст. 12 СК РФ). Это требование трактуется в единстве воли и волеизъявления. «Одно лишь внешнее выражение воли, – отмечает О.С. Иоффе, – не опирающееся на подлинное внутреннее желание установить брачные отношения, ни при каких обстоятельствах не может считаться юридически значимым согласием на вступление в брак»³⁸². Из признания данного толкования справедливым следуют два отличных друг от друга классических варианта оснований недействительности брака: первое – порок воли, второе – односторонняя и двусторонняя фиктивность намерения создать семью³⁸³ (п. 1 ст. 27 СК РФ).

Оба основания конкретизируются в нормах о признании брака недействительным, причем первое – «окольным путем»: через правило, перечисляющее субъектов права на предъявление иска (ч. 2 п. 1 ст. 28 СК РФ): «Требовать признания брака недействительным вправе: ... супруг, права которого нарушены заключением брака, а также прокурор, если брак заключен ... в результате принуждения, обмана, заблуждения или невозможности в силу своего состояния ... понимать значение своих действий и руководить ими».

Однако и это уже является достижением, так как в прежнем кодексе перечень пороков воли отсутствовал вовсе. Впрочем, поскольку существо конкретных обстоятельств не раскрывается, их толкование осуществляется, во-первых, через судебную практику рассмотрения дел о признании брака недействительным на основании КоБС РСФСР (реальная угроза насилия, похищение невесты, сговор с родителями невесты, подкрепленный калымом³⁸⁴), во-вторых, путем субсидиарного применения

³⁸² Иоффе О.С. Указ. соч. С. 201.

Определенной гарантией такового согласия является правило о личной подаче заявления о вступлении в брак и регистрации его в присутствии жениха и невесты.

³⁸³ См., например: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. С. 277–278.

³⁸⁴ Серьезной может быть признана, отмечает М.В. Антокольская, угроза разглашения сведений о прерывании беременности, потере невинности в отношении женщины, находящейся под воздействием традиционных представлений, несмотря на то что большинство совре-

гражданского законодательства о недействительных сделках³⁸⁵ – в части, не противоречащей существу отношений (ст. 4 СК РФ). А следовательно, дифференциация пороков воли может быть богаче: дополнительно к перечисленным в ч. 2 п. 1 ст. 28 СК РФ ими признается сделка, совершенная под влиянием злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой либо вследствие стечения тяжелых жизненных обстоятельств (п. 1 ст. 179 ГК РФ). Предлагаемая ГК РФ расшифровка отдельных пороков воли также может быть использована (например, правило ч. 2 п. 1 ст. 178 ГК РФ о существовании заблуждения).

И.Б. Новицкий отмечал: «В тесном смысле термин "заблуждение" имеет место тогда, когда лицо ненамеренно и помимо чьего-либо воздействия (в противоположность, например, случаям совершения сделок под влиянием обмана) составляет себе неправильные представления или остается в неведении относительно тех или иных обстоятельств и под влиянием этих ошибочных представлений или неведения делает такое выражение воли, какого оно не сделало бы, если бы не было заблуждения»³⁸⁶.

«Обман, – подчеркивает М.В. Антокольская, – это намеренное введение в заблуждение лица, вступающего в брак, тогда как заблуждение может возникнуть и в результате не зависящих от сторон причин, действия третьих лиц или вины самого заблуждающегося супруга»³⁸⁷. Так, существенным, полагает автор, может быть признано заблуждение относительно моральных качеств одного из супругов (брак с проституткой, лицом, осужденным за преступление)³⁸⁸. Е.Л. Невзгодина³⁸⁹ еще более расширяет круг юридически значимых, с ее точки зрения, обстоятельств: неуведомление партнера о своей неспособности

менных российских граждан не посчитали бы такую угрозу серьезной (см.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 127).

³⁸⁵ См.: Там же. С. 278.

³⁸⁶ Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2006. С. 293–294.

³⁸⁷ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 278.

³⁸⁸ Там же. С. 128.

³⁸⁹ См.: Невзгодина Е.Л. Проблемы защиты семьи в семейном праве // Юридическая наука и развитие российского государства и права: Тез. докл. научн.- практ. конф. Пермь, 2002. С. 95.

к деторождению, наличие тяжелой наследственной патологии, опасного для его здоровья заболевания, занятии «явно преступной деятельностью» или наличии нескольких судимостей³⁹⁰. При этом указанные обстоятельства, подчеркивает автор, не лишают лицо брачной правосубъектности, а именно лишь предполагают заблаговременное уведомление об этом партнера³⁹¹. Однако данные примеры представляются нам сомнительными с точки зрения «судебной устойчивости», хотя, в принципе, безусловно, заслуживают того, чтобы правоприменение придавало им юридическое значение.

Обман и заблуждение издавна толковались применительно к браку далеко не однозначно.

Так, Г.М. Свердлов писал, что заблуждение при заключении брака может иметь две формы – заблуждение в тождестве и заблуждение в свойствах лица. Если квалификация первой ситуации представлялась автору бесспорной, то второй – весьма сомнительной. Когда в гражданском праве, продолжал автор, речь идет о заблуждении в качестве полученной вещи или в свойствах лица, мы всегда имеем дело со свойствами легко определяемыми и сопоставимыми; при заключении же брака речь идет о двух субъектах, которые выступают друг перед другом во всей сложности и неповторимости своих личных качеств – физических, нравственных, психических, интеллектуальных, и тщетно было бы пытаться установить в конкретном случае заблуждение в каком-либо одном или даже нескольких свойствах другого лица, поскольку за пределами этих свойств, относительно которых имело место заблуждение, остается еще много других свойств и качеств, которые в достаточной мере могут обосновать необходимость сохранения брака³⁹².

Заблуждение или обман как основание признания брака действительным, кроме того, включает два специальных варианта. Первый особым образом обозначен в новелле п. 3 ст. 15 СК РФ: сокрытие венерической болезни или ВИЧ-инфекции. Как отмечает А.П. Сергеев, данные факты являются существенными «для формирования воли лица, с которым лицо,

³⁹⁰ Почему не одной?.. Что касается предыдущей формулировки, то она явно является юридически неопределенной.

³⁹¹ См.: Невзгодина Е.Л. Указ. соч. С. 96.

³⁹² См.: Свердлов Г.М. Брак и развод. М., 1949. С. 58, 282.

имеющее соответствующее заболевание, намерено зарегистрировать брак»³⁹³.

Второй вариант далеко не очевиден, но нуждается в осмыслении и квалификации через судебный прецедент: речь идет о сокрытии одним из брачующихся факта существенных половых аномалий и/или смены пола в результате соответствующей медицинской операции и последующей регистрации перемены пола органом ЗАГС. С большой долей условности можно использовать пояснение, содержащееся в норме ч. 2 п. 1 ст. 178 ГК РФ: «Существенное значение имеет заблуждение относительно ... таких качеств ... предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению». Есть ли здесь ошибка в субъекте, в природе отношений, подрывает ли данное заблуждение существо брака? На эти вопросы еще предстоит ответить судебной практике. Полагаем, что в исключительных случаях («казусах особого рода») положительные ответы не невозможны³⁹⁴.

(Как мы уже отмечали, ряд цивилистов придают факту смены пола существенное значение. Так, Д.И. Степанов квалифицирует его как «социальную смерть» и потому допускает применение нормы ст. 45 ГК РФ об объявлении такого гражданина умершим в судебном порядке. Как справедливо замечает Л.А. Смолина, автором не учитываются, кроме всего прочего, правовые последствия, вытекающие из факта смерти, – прекращение ряда правоотношений, например алиментных, возникновения отношений наследования и т.д. В свою очередь, Л.А. Смолина предлагает изменить редакцию нормы п. 1 ст. 16 СК РФ: «Брак прекращается..., а также при изменении пола одним из супругов». Существенное значение данному факту придает и М.Н. Малеева³⁹⁵. Очевидно, что факт сокрытия смены пола неизбежно должен признаваться данным автором юридически значимым и для признания брака недействительным.)

³⁹³ См.: Свердлов Г.М. Брак и развод. С. 278.

³⁹⁴ С точки зрения, например, Е.Л. Невзгодиной, факт нетрадиционной половой ориентации также может иметь юридическое значение. Что касается факта смены пола, то, хотя автор прямо об этом не пишет, данное обстоятельство с очевидностью «обнимается», по крайней мере, фактом неспособности к деторождению, которое полагается ею значимым. См.: Невзгодина Е.Л. Указ. соч. С. 95.

³⁹⁵ См.: Смолина Л.А. Указ. соч. С. 10.

Требование о **единобрачии** (ст. 14 СК РФ). Данное условие означает законодательное закрепление принципа моногамии, сформированного в основном европейской исторической практикой и признанного во многих других странах. Однако и ранее, и в настоящее время это условие для целого ряда стран далеко не догма. Так, даже в Российской империи в виде исключения допускались и многоженство для магометан, и полиандрия (соединение нескольких мужчин с одной женщиной)³⁹⁶. Как известно, и в настоящее время проблема не только теоретически ставится в российской цивилистике, но и практически воплощается путем издания противоречащих федеральному законодательству актов о разрешении многоженства (попытка легализации полигамии в Республике Ингушетия, Чечне). Так, постановлением № 32 от 11.07.1999 г. Администрации г. Урус-Мартан «О некоторых мерах по приведению в соответствие с нормами Шариата супружеских отношений» рекомендовано «пересмотреть свой жизненный уклад и изыскать возможность для заведения от двух до четырех супругов».

Дело не в очевидной незаконности любых подобных актов, а в необходимости считаться с иными воззрениями на брак, существовавшими параллельно моногамии и не являющимися аномалией (в отличие от однополых союзов), следовательно, в допущении федеральным законом исключений из моногамии для соответствующих территорий, а может быть, и в целом национальностей, независимо от места их оседлости. (Так, например, во Франции многоженство было запрещено только в 1993 г.³⁹⁷)

Немаловажной информацией к размышлению является и постоянная диспропорция полов. Правильного соотношения числа женщин и мужчин на Европейском континенте, отмечает М. Босанац, не существует уже несколько столетий; женщин значительно больше; причина такой несоразмерности – в более высокой смертности мужчин и в их более активной эмиграции³⁹⁸. (Биологическое, в том числе материнское, начало неред-

³⁹⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 587.

³⁹⁷ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 19.

³⁹⁸ См.: Босанац М. Внебрачная семья. М., 1981. С. 131–145.

ко ведет женщину по пути внебрачных связей и внебрачных рождений. Насколько противен натуре женщины иной путь – «обыденный» (полигамный) брак?.. Разумеется, представители эмансипированных организаций либо категорически отвергают (и уже неоднократно отвергали этот вариант), либо требуют гендерного равенства, то есть права женщины иметь несколько мужей. Россия, конечно, европейская страна, но, ориентируясь на западные страны, пристально глядится в восточные тонкости бытия...)

Кстати, признание различных вариантов фактических союзов также могло бы рассматриваться в качестве решения проблемы³⁹⁹.

Запрет браков с **близкими родственниками** (ст. 14 СК РФ). Данное условие в разных странах формулируется с существенно различной степенью жесткости. Так, в большинстве стран запрещены браки между родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии и боковой первой степени (между братьями и сестрами), а также между усыновителем и усыновленной. Первый запрет имеет генетические и этические корни, второй – только последние. После 1917 г. российское законодательство традиционно придерживается данного вполне либерального ограничения.

Во многих странах запрет жестче. Так, в Российской империи он касался четвертой степени родства и свойства. До третьей степени бокового родства (между дядей и племянницей и т.п.) действуют ограничения в США, Швейцарии, Франции, ФРГ, Японии, до четвертой степени – в Англии, Болгарии и некоторых других странах.

В Украине, сверх российского варианта, невозможны браки между двоюродными братьями и сестрами, тетей и племянником, дядей и племянницей (п. 3 ст. 26 СК Украины). Там же содержится весьма своеобразное правило: по решению суда может быть предоставлено право на брак между родным ребенком усыновителя и усыновленным им ребенком, а также между детьми, которые были усыновлены им (п. 4 ст. 26 СК Украины). Нормой ст. 15 Семейного кодекса Республики Молдова запрет родства углублен до четвертого колена (родственникам по прямой линии), установлен запрет брака между родственниками

³⁹⁹ О фактическом браке см. в соответствующем параграфе.

усыновителя по прямой линии до второго колена, между попечителями и подопечными.

Полагаем, что российское решение вполне гуманно: субъектам иной степени родства должны быть разъяснены весьма вероятные неблагоприятные последствия из области генетики – с тем, чтобы они принимали решение «со знанием дела» хотя бы в этом вопросе.

Запрет брака с недееспособным. Данное требование обусловлено двумя причинами. Во-первых, формально-юридической: судебное признание лица недееспособным вследствие душевного заболевания означает, что субъект не понимает значения своих действий и не в состоянии ими руководить. В этом смысле перед нами – автономный вариант порока воли. Расширяя рамки проблемы с заключения брачного союза до его функционирования, Д.И. Мейер писал: «Само собой разумеется, что изъявление согласия на вступление в брак предполагает способность к гражданской деятельности: если способность эта требуется для заключения договора какого бы ни было, то тем более она существенна, когда идет речь о таком важном деле, как брак»⁴⁰⁰. Если же судебного решения по данному вопросу нет, а фактическая недееспособность налицо, то действительность брака оспаривается на основании общего правила о пороке воли с применением нормы п. 1 ст. 12 СК РФ.

Во-вторых, запрет обусловлен соображениями медико-генетического свойства: наследственность многих психических заболеваний вполне очевидна⁴⁰¹. Уместно напомнить, что известный указ Петра I «О свидетельствовании дураков в Сенате» запрещал браки со слабоумными, так как от них «доброе наследия к государственной пользе надеяться невозможно».

Однако совершенно очевидно, что действие второй причины запретом не перекрывается: случайные сексуальные связи, фактические «брачные союзы» с душевнобольными, а также между последними – дело нередкое. Эти отношения условно безразличны государству до того момента, пока не появится в их результате «третья жизнь». Вот это-то обстоятельство и бес-

⁴⁰⁰ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 350.

⁴⁰¹ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 122.

покоит специалистов, да и гражданское общество в целом. Соответственно появляются различные предложения о введении мер по ограничению рождаемости.

Казалось бы, если по социально-экономическим соображениям Китай (а такие попытки предпринимались в Индии и других странах) ограничительным образом регулирует рождаемость здорового населения, то в отношении душевнобольных лиц это тем более может быть оправданно.

Так, например, В.П. Шахматов и Б.Л. Хаскельберг полагают, что правовой путь в этом деле (причем авторы расширяют данные границы проблемности за счет лиц, являющихся носителями тяжелых наследственных заболеваний – не только психического толка) может состоять из двух этапов. Во-первых, необходимо ввести обязательные медико-генетические консультации для вступающих в брак. Во-вторых, в законодательном порядке предусмотреть «меры, ограничивающие рождаемость у лиц, имеющих опасные наследственные предрасположения»⁴⁰². Авторы приводят данные о количестве детей с наследственными дефектами – вследствие психических расстройств родителей, их биологической несовместимости и других «пороков здоровья». (При этом ученым и обществу в целом в то время не были известны «чума XX века – СПИД», многие другие заболевания и современная статистика о больных детях...)

Однако ни указанные авторы, ни большинство других юристов не решаются предложить жесткие, крайние меры медико-оперативного и т.п. характера. Хотя запреты соответствующих браков (у нас – с фактически и юридически недееспособными, носителями ВИЧ-инфекции и венерических заболеваний) не снимают проблемы в целом, нерешительность ученых, законодателей, гражданского общества обусловлена сложным комплексом этических вопросов: к кому, в связи с какими заболеваниями следует применять ограничительные меры, в том числе принудительного порядка, кто будет принимать решение и т.д.?

«В цивилизованном демократическом обществе, – отмечает М.В. Антокольская, – невозможно запретить указанным лицам иметь детей, поскольку это приведет к нарушению их важнейших прав»⁴⁰³. Более того, длительное время вообще дискутиро-

⁴⁰² См.: Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Указ. соч. С. 33.

⁴⁰³ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 123.

вался вопрос о включении в семейное законодательство правила об обязательном медицинском освидетельствовании будущих супругов. При этом, как правило, речь шла не о запрете по соответствующим результатам брака, хотя в ряде стран таковой запрет имеется (например, норма ст. 13 Семейного кодекса Болгарии устанавливает: «Не может заключить брак лицо, ... которое страдает заболеванием, представляющим серьезную опасность жизни или здоровью потомству или другому супругу, кроме случаев, когда заболевание опасно только для другого супруга и он знает о нем»⁴⁰⁴).

В итоге дискуссии по проекту СК РФ 1995 г. за основу было принято компромиссное решение⁴⁰⁵ – о добровольном и бесплатном медицинском обследовании брачующихся и их консультировании по медико-генетическим вопросам и вопросам планирования семьи. Причем результаты обследования являются медицинской тайной и могут быть сообщены второму будущему супругу только с согласия первого (п. 1 – 2 ст. 15 СК РФ).

Законодательством США, Финляндии и других стран предусмотрено обязательное медицинское обследование с последующим представлением в органы регистрации брака медицинского документа. При этом во Франции негативные результаты не могут служить препятствием для брака. Тем самым, отмечает С.В. Сивохина, ограниченный «радиус действия» такого правила развенчивает миф – концепцию биологической защиты брака от алкоголиков, наркоманов и др.⁴⁰⁶

Нормой ст. 13 СК Молдовы также предусмотрено обязательное медицинское обследование лиц, вступающих в брак; справка предъявляется в органы ЗАГС, однако последствия кодексом не оговариваются⁴⁰⁷. Семейный кодекс Украины предписывает взаимную обязанность жениха и невесты сообщить друг другу о состоянии своего здоровья – при соблюдении условия о

⁴⁰⁴ Семейный кодекс. София, 1993.

⁴⁰⁵ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 123; Нечаева А.М. Новый Семейный кодекс // Государство и право. 1996. № 6. С. 57.

⁴⁰⁶ См.: Сивохина С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции. С. 190.

⁴⁰⁷ Любопытно, что в учебнике «Семейное право Республики Молдова» (Матвеев В., Матвеева Н. Кишинев, 2002) вообще нет упоминания о ст. 13.

конфиденциальности; сокрытие значимых сведений о состоянии здоровья может быть основанием для признания брака недействительным (ст. 30). Белорусский закон в этом вопросе аналогичен российскому (ст. 14 КоБС РБ).

С одной стороны, предельная аккуратность в формулировании правил медицинского характера, могущих влиять на заключение брака, понятна: эта область жизни человека интимна, неоспоримо право на медицинскую тайну и тайну личной жизни. С другой стороны, даже при оформлении на многие виды работ требуют в обязательном порядке медицинский документ, чтобы получить водительские права – так называемую шоферскую справку и т.д., и т.п. ...

М.В. Антокольская совершенно справедливо подчеркивает всевозрастающую актуальность проблемы взаимной осведомленности брачующихся о состоянии здоровья друг друга. «Незнание о наличии у будущего супруга, – пишет автор, – неизлечимого заболевания, передающегося по наследству, например, психических заболеваний, гемофилии или опасных инфекционных заболеваний ... может привести к непоправимым последствиям»⁴⁰⁸.

Л.Е. Чичерова предлагает следующую редакцию ст. 15 СК РФ: «1. Лица, вступающие в брак, обязаны пройти медицинское обследование, а при необходимости и консультирование по медико-генетическим вопросам и вопросам планирования семьи, результаты которых обязательно сообщаются только лицам, подавшим заявление о регистрации брака. 2. Сокрытие тяжелой болезни, а равно болезни, опасной для другого супруга, их потомков, является основанием для признания брака недействительным по требованию другого супруга»⁴⁰⁹.

Солидарную позицию занимает и О.Г. Куриленко, предлагая дополнить перечень оснований для признания брака недействительным фактом сокрытия одним из партнеров неспособности иметь детей, диабета и ряда других заболеваний⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 173.

⁴⁰⁹ См.: Чичерова Л.Е. Ответственность в семейном праве: вопросы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 9.

⁴¹⁰ См.: Куриленко О.Г. Указ. соч. С. 14.

О.Ю. Ильина предлагает комплексное и вполне обоснованное решение: 1) установить обязательное медицинское обследование лиц, вступающих в брак; 2) предоставить право каждому из них сообщать или не сообщать о результатах партнеру; 3) ввиду неанонимности обследования, в случае обнаружения ВИЧ-инфекции либо венерического заболевания, каждого из них «предупреждать об уголовной ответственности за распространение и заражение соответствующим заболеванием»⁴¹¹.

В контексте данных рассуждений уместны соображения Е.Л. Невзгодиной о «биологической защите» брака – по типу упоминавшейся нами французской концепции: осознанное решение на вступление в брак должно сопровождаться не только отсутствием давления на волю со стороны третьих лиц, но и осведомленностью о партнере – его тяжелых хронических заболеваниях, иной патологии, препятствующей созданию полноценной семьи. Иначе складывается парадоксальная ситуация, продолжает автор: любая сделка, даже незначительная, заключенная под влиянием обмана, является оспоримой, а намеренное сокрытие тяжелой болезни, алкоголизма, бесплодия (добавим от себя – факта смены пола, гермафродитизма и т.п.) не ведет ни к каким правовым последствиям, кроме как праву на развод⁴¹². (Однако развод и признание брака недействительным, как говорят в одном известном городе, «две большие разницы».)

Как видим, нарастание, пусть и медленное, беспокойства юристов в этом вопросе очевидно. Дело – за законодателем.

Таким образом, анализ положительных условий и запретов, то есть предпосылок возникновения брачного правоотношения, установленных в современном российском семейном законодательстве, свидетельствует о вполне либеральном, демократическом подходе. Мы не только ограничились весьма разумным перечнем этих условий, но и разумной глубиной, жесткостью каждого юридического факта, избегнув «экзотических» требований (согласия родителей, запрета брака между свойственниками, ограничения предельного возраста вступления в брак и т.п.).

⁴¹¹ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность... С. 26.

⁴¹² См.: Невзгодина Е.Л. Правовая защита брака по Семейному кодексу РФ // Вестн. Омск. ун-та. 1998. Вып. 4. С. 103; Она же. Проблемы защиты семьи... С. 96.

Конститутивным признаком брака является и его **государственная регистрация** (п. 1 – 2 ст. 10 СК РФ). Это означает, что ни церковный обряд – венчание брачующихся, ни тем более фактический брак семейно-правовых последствий супружества не порождает. Мотивы данного императивного суждения имеют юридические корни в ближней истории⁴¹³. Первый случай обусловлен дореволюционной российской традицией признания церковной формы бракосочетания (до 20 декабря 1917 г.) и последующей борьбой с ней. Второй – признанием юридической силы фактического брака, возникшего по кодексу 1926 г. до 8 июля 1944 г., и последующим отрицанием его. (После Указом Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. фактические супруги приглашались пройти регистрацию в органах ЗАГС, указав действительный возраст их союза; если таковая регистрация невозможна вследствие смерти или пропажи без вести на фронте, второй супруг вправе обратиться с заявлением о признании его состоявшим в брачном отношении в порядке особого производства гражданского процесса. Разумеется, в настоящее время подобные нормативные возможности неактуальны, однако действительны и небезынтересны.)

Между регистрацией брака и условиями его заключения имеется определенное соотношение «по субординации»: при соблюдении всех условий, но при отсутствии регистрации – брака нет; напротив, если данный акт состоялся, определенные правовые последствия возникают⁴¹⁴, несмотря на несоблюдение условий его заключения (в любом «ассортименте»), во-первых, придется устанавливать недействительность брака в исковом судебном порядке, во-вторых, возможна санация порочного брака, хотя и не по любым основаниям, через судебное объяв-

⁴¹³ Разумеется, государственная регистрация есть только одна из форм узаконения брачного союза. Как мы отмечали ранее, до крещения Руси формой общественного признания являлись различного рода обряды, после крещения – официально только церковная форма в виде венчания, хотя в крестьянской среде важнейшее значение имела свадьба, с 1874 г. для раскольников был учрежден гражданский брак, а значит, производилась и госрегистрация – запись в полицейские книги.

⁴¹⁴ См.: Иоффе О.С. Гражданское право. Т. 3. С. 207–208.

ление его действительным, в-третьих, абсолютная двусторонняя реституция не допускается (в отношении родившихся детей и/или добросовестной стороны недействительного супружества (пп. 3 – 5 ст. 30 СК РФ).

Рассматриваемый вид организационных (процедурных) отношений регулируется семейным, административным и гражданским законодательством. Основные организационные формы сводятся к личной подаче заявления, месячному сроку между данным действием и актом регистрации, личным присутствием брачующихся на церемонии. Наличие и набор «торжественных компонентов» зависят от воли вступающих в брак (п. 5 ст. 27 ФЗ «Об актах гражданского состояния»). Свидетели не являются обязательными участниками процедуры. В случае, если лица, вступающие в брак, не могут явиться в орган ЗАГС по уважительной причине, регистрация может производиться на дому, в лечебном учреждении и т.п. (п. 6 ст. 27). Новеллами организационной формы являются: возможность регистрации брака любым органом ЗАГС РФ, право (при наличии исключительных обстоятельств) осуществления данного акта в день подачи заявления или, напротив, увеличения срока между подачей заявления и регистрацией на один месяц (ранее – до трех месяцев), а также обжалование отказа в регистрации брака в суд (ст. 11 СК РФ). Представительство в указанных организационных (процедурных) отношениях, как это возможно в некоторых странах (в Индии, Испании, Перу, Чехии, Румынии и др. – в порядке исключения), не допускается⁴¹⁵.

Придание регистрации конститутивного значения объясняется законодателем и многими юристами рядом причин: государственными и общественными интересами в стабильности брака и контроля над ним, а также целью охраны личных и имущественных прав и интересов супругов и детей (ч. 2 ст. 13 КоБС РСФСР 1969 г.). Действительно, даже собственно документ о регистрации брака (свидетельство) облегчит жизнь супругам во взаимоотношениях с государством и другими субъектами разнообразнейших правовых отношений, не говоря уже о факте брака (презумпция отцовства, общность имущества, нотариально удостоверенное согласие второго супруга на сделки с

⁴¹⁵ Как известно, брак Наполеона с дочерью австрийского императора был совершен через представителя – маршала Бертье.

недвижимостью первым супругом и т.п.). Государству же важны устойчивость брачного союза (документальное его скрепление и необходимость расторжения под государственным же контролем несколько ослабляет «накал разводимости»), знание статистики браков – для социальных и иных программ.

Тем не менее императив в этом вопросе сомнителен. Возвращение в настоящее время многих российских граждан в «лоно церкви», в том числе глубоко искреннее, актуализирует значение церковного обряда венчания. Сохранение в ряде стран юридического признания церковной процедуры, по выбору брачующихся замещающей светскую (Англия, Дания, Испания, Италия, Канада, ряд штатов США и др.) или же полностью заменяющей ее (Израиль, Ирак, Иран и др.)⁴¹⁶, совершенно не случайно: считаться с чувствами истинно верующих необходимо. Церковь же, со своей стороны, имеет давние традиции и интересоваться наличием препятствий к браку, и вести книги о совершении брачной процедуры. Как мы уже отмечали, в Российской империи брак лиц христианского вероисповедания происходил именно в форме церковного венчания: священнику представлялись документы, удостоверяющие способность жениха и невесты вступить в брак, далее делались троекратное оглашение в церкви в ближайшее воскресенье и другие праздничные дни (в том числе с целью получения сведений о возможных препятствиях к союзу) и обыск, то есть дознание, производимое причтом (позже сводился к удостоверению свидетелями жениха и невесты об отсутствии препятствий к браку, которое заносилось в обыскную книгу) и лишь затем – личное венчание в присутствии не менее двух свидетелей⁴¹⁷.

С.А. Муратова также предлагает пойти по пути признания правовой силы за церковными браками наряду с зарегистрированными в органах ЗАГС, предоставив жениху и невесте право выбора одной из форм социального признания брака⁴¹⁸. «Навя-

⁴¹⁶ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 517.

⁴¹⁷ См., например: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 598. О брачном обыске и образце соответствующего документа при заключении брака А.С. Пушкина и Н.Н. Гончаровой см., например: Брачный обыск // Российская газета. 1997. 30 авг.

Подробнее об этом см. также главу I данного очерка.

⁴¹⁸ См.: Муратова С.А. Семейное право. М., 2001. С. 65.

зывание» регистрационной процедуры иногда даже наносит моральный ущерб жениху и невесте – известно, что публичная часть регистрации далеко не всегда отвечает корректности и вкусу (вспомним вполне реальный эпизод из известного фильма, когда во время бракосочетания регистратор постоянно требовала, чтобы жених и невеста «сошли с ковра»; автор была свидетельницей, когда во время регистрации брака звучала песня в исполнении А. Пугачевой «Я – шут, я – Арлекин, я – просто смех...» и т.д., и т.п.).

Ш.Д. Чиквашвили предлагает более «мягкий» вариант: предусмотреть две процедуры – обычную в органах ЗАГС и «двойную» – с венчанием в церкви и последующей регистрацией в органах ЗАГС в упрощенном порядке, с представлением свидетельства о венчании⁴¹⁹. Эту точку зрения в целом разделяет и О.Ю. Ильина⁴²⁰.

Однако, на наш взгляд, это предложение не решает проблемы действительного выбора сторон. Возможно, логичнее и адекватнее потребностям брачующегося придавать обеим процедурам одинаковую юридическую силу, а для государственного учета брачности тем, кто избрал церковное «узаконение» союза, предложить явочным порядком представлять церковное свидетельство и получать на его основании свидетельство о заключении брака. Что касается контроля церкви (любой конфессии) о соблюдении условий законности союза (возраста, единобрачия и т.д.), то у последней, как мы уже отмечали, соответствующий опыт сформировался в течение столетий. Кроме того, возможно заключение соглашения между государством российским и конфессиями, признанными на его территории, о соблюдении общих требований к условиям заключения брака в соответствии с СК РФ и об атрибутах церковного «венчального» документа.

В контексте же исследуемой проблемы фактического брака и зарегистрированных партнерств (см. далее) действующий категорический императив и вовсе не уместен.

⁴¹⁹ См.: Чиквашвили Ш.Д. Спорные проблемы семейного законодательства // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 38.

⁴²⁰ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность... С. 38.

2.2.4.6. Брак–правоотношение

Итак, очевидно, что содержание формулы «брак-договор» имеет двойственное значение: **соглашение** (договор) о заключении брака и брачное **правоотношение** как отношение своеобразного семейно-правового договорного типа. В обоих случаях важное значение имеет согласование воли, а характер взаимодействия – равноправный и диспозитивный.

Как отмечал Е.М. Ворожейкин, отличительной особенностью брачного правоотношения является волевое начало обоих субъектов, правда, на различных стадиях его развития (возникновения, реализации прав и обязанностей, прекращения) с разным значением⁴²¹. При этом, как подчеркивал О.С. Иоффе, применительно к браку «одно лишь внешнее выражение воли, не опирающееся на подлинное внутреннее желание установить брачные отношения, ни при каких обстоятельствах не может считаться юридически значимым»⁴²².

В качестве одной из предпосылок брачного правоотношения выступает брачная правоспособность. Несмотря на то что правоспособность гражданина (гражданская, семейная, трудовая и т.д.) возникает в момент рождения и прекращается смертью, это не означает, что она сразу наполнена всеми юридическими возможностями – некоторые ее элементы появляются с достижением определенного возраста⁴²³. (В этой связи высказывается предложение о введении в закон категории частичной правоспособности⁴²⁴.)

Аналогичной точки зрения применительно к брачной правоспособности придерживаются Я.Р. Веберс, Е.М. Ворожейкин и другие цивилисты⁴²⁵. Она возникает с достижением установ-

⁴²¹ См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 97–98.

⁴²² См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 201.

⁴²³ См., например: Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. М., 1993. С. 59. (Автор главы – С.М. Корнеев.)

⁴²⁴ См., например: Сулейманова С.А. Правоспособность граждан (физических лиц) по российскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 9–10.

⁴²⁵ См.: Веберс Я.Р. О понятии дееспособности граждан в советском гражданском и семейном праве // Осуществление и защита личных и имущественных прав. Рига, 1968. С. 112; Он же. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига,

ленного законом брачного возраста либо одновременно с дееспособностью аналогичного содержания в тех случаях, когда лицо вступает в брак по правилам о снижении брачного возраста⁴²⁶.

Специфику брачного правоотношения составляют: 1) субъектный состав (мужчина и женщина определенного возраста, не состоящие в близком родстве, другом супружеском союзе и т.д.); 2) его длящийся (бессрочный) характер; 3) недопустимость перемены лиц – правопреемства и представительства третьих лиц; 4) некомпенсационность; 5) доверительность; 6) тесное взаимодействие формально-юридических и нравственных начал в содержании и реализации прав и обязанностей. Разумеется, «царствующим» среди всех признаков (специфических черт) брачного правоотношения, как, впрочем, и всех других семейных правоотношений, является его личный характер⁴²⁷. Эта доминанта проявляет себя и в ранее указанных признаках, но особенно ярко в том, что содержание брачного правоотношения (лично-правового, неимущественного типа) предопределяет содержание имущественных правоотношений между супругами: брак как союз, основанный на лично-доверительных началах и имеющий нетипичную для отношений гражданского оборота цель – создание и поддержание семейной общности, особым образом выстраивает оптимальные варианты становления и развития супружеских имущественных отношений – совместную собственность (с равенством долей, независимо от доходов), презумпцию согласия при ее распоряжении, а при ее разделе – возможность отступления от равенства долей по весьма необычным для гражданского права основаниям (например, в связи с необходимостью учета жизненно важных интересов несовершеннолетних детей или одного из супругов), зависимость возникновения или срока действия алиментного обязательства между супругами от ха-

1976. С. 190–201; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 109.

⁴²⁶ См.: Пергамент А.И. К вопросу о правовом положении несовершеннолетних // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 3. М., 1955. С. 21–26.

⁴²⁷ Подробнее об этом см., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 43–70; Нечаева А.М. Семья и закон. М., 1980. С. 6 и далее.; Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 13–14; Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 9–15 и др.

рактера поведения в браке (фактор «недостойного поведения») управомоченной стороны и т.д. (ст. 34, 35, 38, 39, 92 СК РФ).

Содержание лично-правового брачного правоотношения небогато формально-юридическими канонами: право выбора брачной фамилии, свобода выбора рода занятий, профессии, мест пребывания и жительства⁴²⁸, взаимное решение вопросов материнства, отцовства, воспитания детей и других вопросов жизни семьи, содействие ее благополучию и укреплению (ст. 31, 32 СК РФ). Как отмечали многие цивилисты XIX – XXI вв., «тонкая материя» супружества не выдерживает принуждения, сильного нажима, значительная часть супружеской жизни не может быть подвержена правовому воздействию, а регулируется обычаями, нормами морали (нередко – религии)⁴²⁹.

Что касается брачного договора, явление которого определенным образом «взрывает» сложившиеся тенденции брачно-правовой регуляции, то, во-первых, распространенность его незначительна (и, думается, еще долгие годы будет таковой). Во-вторых, его содержание подчинено общим началам семейного законодательства (ст. 1 СК РФ), что означает возможность нотариального, а главным образом – судебного недопущения «имущественного произвола» (или, как теперь говорят, «беспредела»). В-третьих, как мы уже отмечали в этой и других своих работах⁴³⁰, действующая конструкция брачного договора не представляется нам удачной: в пылу экономического эксперимента мы «разом» отказались от тех достижений российского семейного законодательства, которые были ориентированы на охрану и защиту интересов детей и социально слабого супруга. Полагаем, в качестве первого шага на пути возвращения в компромиссное, взвешенное состояние нам следует законодательно установить, как это сделано в норме п. 3 ст. 3 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье, что «воспитание детей и ведение домашнего хозяйства признается общественно полезным

⁴²⁸ О взаимодействии свободы выбора места жительства и общности проживания.

⁴²⁹ Подробнее об этом см. очерк первый и начало очерка второго.

⁴³⁰ См., например: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. С. 70–71; Они же. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения: Цивилистическое исследование. Ярославль, 2008. См. также очерк четвертый книги.

трудом». И далее учитывать это положение при договорном способе регулирования имущественных отношений супругов (а заодно, кстати, и фактических супругов). Следует также признать обязательными, а не рекомендуемыми (ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ) условия о формировании семейного бюджета, что прямо вытекает из смысла норм ст. 1, 31 СК РФ. Наконец, необходимо подумать и о расширении содержания брачного договора – за счет регуляции некоторых личных отношений супругов и обеспечения интересов детей. Подобные предложения высказываются в науке семейного права, и подобные решения есть в ряде зарубежных (гражданских) законов⁴³¹. По этому пути развивается, например, и белорусское семейное законодательство.

Следует отметить, что в науке семейного права брачное правоотношение рассматривается в собственном (узком) смысле – как лично-правовое, содержание которого мы обозначили ранее, и в широком смысле – как «сложное по своему составу и содержанию», включающее соответственно и личные права и обязанности (выбор фамилии, жительства и пребывания и т.д.), и имущественные (права и обязанности по поводу собственности и материального содержания – алиментирования)⁴³². В нашем исследовании мы ограничимся первым «воплощением», наметив лишь тенденции проникновения «брачной сущности» в иные вытекающие из брака связи.

2.2.5. Фактический брак – союз супругов

Явление фактического брака может рассматриваться с самых различных точек зрения: как разновидность фактических состояний (1)⁴³³, как первая историческая форма индивидуального союза мужчины и женщины (2), как предпосылка ряда семейных правоотношений – в те периоды истории права, когда данному явлению придавалось юридическое значение (3), как особый вид супружеского, или «квазисупружеского» союза, или наиболее

⁴³¹ См., например: Князева Е.В. Диспозитивность в семейном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 13; Смолина Л.А. Указ. соч. С. 5–6.

⁴³² См., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 127–128; Иванов А.А. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. С. 284 и след.; и др.

⁴³³ См. об этом очерк седьмой.

устойчивая форма внебрачного союза (4), как фактическое содержание брака-договора, брака-правоотношения (5). В той или иной мере все пять «сущностей» заслуживают нашего исследовательского внимания⁴³⁴.

Прежде всего необходимо подчеркнуть разнообразие терминов, обозначавших или обозначающих фактический брак: парный брак, конкубинат, тайный брак, сожительство, фактический брак, гражданский брак, внебрачный союз. При этом различия в «терминологическом поле» сопровождаются как тождеством, так и различиями в пространстве правовых явлений.

Так, условность самого распространенного термина – «фактический брак» – в том числе производна от нормативного постулата п. 2 ст. 10 СК РФ: при отсутствии акта регистрации соответствующего союза мужчины и женщины брака вообще нет. Явление «фактического брака» есть разновидность внебрачных союзов. В определенном смысле эти фактические союзы «создает, – как отмечает югославский ученый М. Босанац, – само право тем, что фиксирует границы брака»⁴³⁵. История вопроса свидетельствует, что границы эти весьма подвижны, а нередко – и размыты. Однако нечто безусловно общее, что выделяет «фактический брак» (или «сожительство мужчины и женщины», или «фактическое супружество»⁴³⁶) среди прочих внебрачных союзов, определить возможно.

Внебрачные союзы классифицируются на основе различных критериев. По субъективным признакам они есть союзы лиц разного пола, определенного возраста и гражданского состояния. Союзы лиц одного пола, разумеется, имеют место. Как мы уже отмечали ранее, их общественная оценка весьма изменчива, а современная до конца не сформировалась. Как некая данность в социологическом плане они могут рассматриваться в качестве специальной разновидности внебрачных союзов, но матримониальной нормой общество, по крайней мере российское, их пока не признает. С точки зрения публичности внебрачные союзы мо-

⁴³⁴ О фактических состояниях см. очерк седьмой.

⁴³⁵ См.: Босанац М. Указ. соч. С. 48.

⁴³⁶ О предпочтениях в терминологии см., например: Данилин В.И., Реутов С.И. Указ. соч. С. 66.

гут быть анонимными и неанонимными⁴³⁷. По признакам продолжительности различаются случайные (однократные или краткосрочные) половые связи, без стремления к их продолжению и закреплению – временные и устойчивые – конкубинат. Последний термин используется в нескольких смыслах: в историческом – это «квазибрак» по римскому праву (дозволенное законом постоянное (а не случайное) сожительство мужчины и женщины, не отвечающее, однако, требованиям законного брака)⁴³⁸, в узко классифицирующем (по М. Босанацу, длительный устойчивый союз) и в «глобально» классифицирующем (конкубинат есть фактическое супружество, фактический брак).

«Тот, кто заключает брак, не творит брака, не изобретает его, – писал К. Маркс, – он так же мало творит и изобретает его, как пловец – природу и законы воды и тяжести. Брак поэтому не может подчиняться произволу вступившего в брак, а, наоборот, произвол вступившего в брак должен подчиняться сущности брака»⁴³⁹. Сущность же его, независимо от акта регистрации и набора ограничителей и запретов (они весьма изменчивы), заключается в создании мужчиной и женщиной семейной общности (как правило, с интимными отношениями и общими детьми, однако без обязательности таковых не только в правовом, но и социально-биологическом плане – ввиду возраста, бездетности, сексопатологии и т.п.).

Первой формой фактического брака являлся **парный брак**. Эта посылка, конечно, условна, так как он же был единственной формой индивидуального союза мужчины и женщины, породившего далее парную семью (в противовес родье – семейному союзу брата, сестры и детей сестры)⁴⁴⁰. Поскольку парный брак не имел правовой формы, он как бы являл нам фактический брак «в чистом виде» – в этом и состоит условность его видовой роли. Современный конкубинат (фактический брак), отмечает М. Босанац, можно было бы рассматривать как «рефлекторный остаток парного брака»⁴⁴¹.

⁴³⁷ Нами используется классификация М. Босанаца (см.: Босанац М. Указ. соч. С. 50–57).

⁴³⁸ См., например: Новицкий И.Б. Римское право. М., 1993. С. 63.

⁴³⁹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1. С. 162.

⁴⁴⁰ См., например: Семенов Ю.И. Происхождение брака и семьи. М., 1974. С. 266–279.

⁴⁴¹ Босанац М. Указ. соч. С. 55.

Парный брак и основанная на нем парная семья, как мы уже отмечали, длительное время сосуществовали с родьей (вариантом фактической семьи, не основанной на браке). Они возникли в конкуренции с материнским родом, который успешно им противостоял. Избыточный продукт, замена разборных потребительских отношений отношениями «дарообмена» и дележа выстроили, пишет Ю.И. Семенов, два уровня распределения. Первый – раздел пищи, одежды и других благ между взрослыми членами коллектива, второй – передача ими части своей доли детям. Автор называет их отношениями кормления, или иждивения. Первым естественным кормильцем была мать⁴⁴². Она была центром минимальной иждивенческой группы. К ней мог присоединиться хотя бы один взрослый мужчина, и общество в этом было объективно заинтересовано⁴⁴³.

При этом взрослые женщины были связаны, с одной стороны, отношениями уравнительного распределения с мужчинами своего рода (где существовал агамный запрет – запрет половых контактов), а с мужчинами союзного рода – отношениями дарообмена. Это и создавало две возможности для мужчин: присоединиться в качестве кормильцев к одной из малых иждивенческих групп своего рода либо союзного рода. Вначале первый выбор был более реальным и привычным: члены рода составляли единство, но самые тесные отношения были между детьми одной матери, то есть братьями и сестрами, поэтому мужчины, взрослея, вступали в отношения неадекватного перераспределения благ с матерью, младшими братьями и сестрами, а затем и с племянниками.

С накоплением богатств в руках отдельных членов общества возникла тенденция превращения малой иждивенческой группы в единицу хозяйствования и накопления. В результате конкуренция между родьей и парной семьей усилилась. По мнению Ю.И. Семенова, главным стало не то, кого мужчина должен содержать, а то, кому он должен передавать свои накопления. «Семья была группой, – отмечает Ю.И. Семенов, – более приспособленной к превращению в единицу обособленной собственности», так как не являлась частью рода. Наследование внутри родьи (и рода) сменялось на семейное. (Это, как прави-

⁴⁴² См.: Семенов Ю.И. Указ. соч. С. 198–199.

⁴⁴³ См.: Там же. С. 202.

ло, предполагало и требовало смены материнского рода отцовским. Впрочем, проблемы матриархата и патриархата не являются предметом нашего исследования⁴⁴⁴.)

Но и тогда еще нельзя было констатировать зарождение патриархальных отношений и патриархического брака (семьи), так как в парной семье и основанном на ней парном браке мужчины и женщины в равной степени принимали участие в общественном производстве, были кормильцами и в экономическом плане (а следовательно, и других) – равными партнерами. Иногда равенство нарушалось в пользу мужчин или в пользу женщин, принципиального значения это не имело. Парный брак характеризовался свободой своего заключения и свободой прекращения.

Что касается углубления разделения между общественным и «домашним» трудом, то первоначально последний далеко не всегда был женским занятием: в ряде случаев рыболовство, постройка хижин и т.п. были монопольным достоянием женщин, а собирательство, приготовление пищи, изготовление одежды и т.п. – достоянием мужчин⁴⁴⁵...

Первоосновой изменения в положении полов явился, отмечают В.П. Алексеев и А.И. Першиц, новый порядок межполового разделения труда: пашенное земледелие было сферой главным образом мужчин, скотоводство – почти исключительно мужчин, то же самое можно констатировать о металлургии и металлообработке, а впоследствии – о гончарстве и ткачестве. Значение мужского труда неизменно поднималось за счет новых производственных приемов (например, даже в ручном земледелии: подсека леса, ирригация, осушение почв и т.п.) и углубления специализации⁴⁴⁶.

При переходе от доклассового общества к классовому возникает частная собственность и начинает действовать закон распределения по собственности. Труд сам по себе перестает давать право на получение доли общественного продукта.

⁴⁴⁴ Подробнее об этом см., например: Лушников А.М., Лушников М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде. С. 16–20. См. также очерк пятой книги.

⁴⁴⁵ Семенов Ю.И. Указ. соч. С. 234.

⁴⁴⁶ Алексеев В.П., Першиц А.И. История первобытного общества. М., 1999. С. 263–264.

В любом даже относительно зрелом раннеклассовом обществе, продолжает вслед за Ф. Энгельсом Ю.И. Семенов и многие другие этнографы, в роли собственников... выступают, как правило, мужчины, поэтому именно они включаются в систему первичных отношений распределения и становятся иждивителями не только детей, но и женщин. Женщина превращается в иждивенку независимо от участия в труде. Что касается домашнего труда, отмечает автор, то он не только перестал быть частью общественного, но и противостоял ему, так как протекал в рамках семейно-экономических, а не социально-экономических отношений. Экономическая зависимость женщин от мужчин становится причиной господства последних в семье и обществе, парные браки и семья превращаются в моногамные⁴⁴⁷, или патриархические. Эпоха первого образца фактического брака закончилась.

Второй исторической формой являлся римский брак *sine manu*, который, как мы уже отмечали ранее, появился как «противовес» браку *cum manu* и строился на свободном соглашении мужа и жены и их равноправии в семейном союзе. Возникнув из простого брачного сожительства для избежания *manus* (власти мужа), этот брак заключался, отмечал И.А. Покровский, путем простого брачного соглашения, за которым следовал привод жены в дом мужа, сопровождавшийся, конечно, различными бытовыми обрядами, которые, однако, юридического значения не имели. «Полная бесформальность брака, при формальности целого ряда других, менее важных юридических актов, – подчеркивал автор, – представляется, конечно, странностью, но эта странность объясняется именно историческим происхождением брака *sine manu*. Эта бесформальность сохранилась в римском праве до самого конца; лишь уже в Византии была установлена необходимость церковного венчания»⁴⁴⁸.

«Брак республиканской эпохи, – пишет Дженнаро Франчози, – был исключительно фактическим отношением, то есть не чем иным, как продолжительным союзом между женщиной и женщиной (парный брак в этнографии), с которым государство

⁴⁴⁷ Алексеев В.П., Першиц А.И. История первобытного общества. С. 243–248.

⁴⁴⁸ См.: Покровский И.А. История римского права. С. 453.

постепенно начинает связывать некоторые последствия»⁴⁴⁹. Римские юристы не определяли брак, продолжает автор, так же как не регламентировало его само право: они принимали его «социальное понятие, трансформируя его медленно и не напрямую в юридическое отношение» и принимая его так, как оценивает «общественное сознание»⁴⁵⁰.

Рядом с браком *sine manu* существовала и классическая историческая форма фактического брака – **конкубинат**. Он рассматривался римскими юристами как постоянный союз мужчины и женщины без обоюдного намерения вступить в брак⁴⁵¹. «В римском правопорядке конкубинат, – подчеркивают И. Пухан и М. Поленак-Акимовская, – не был чисто фактическим отношением, безразличным для права или даже незаконным, а формой союза, разумеется, уступающей браку, однако признаваемой правом»⁴⁵². Конкубинат имел место всякий раз, отмечают авторы, когда союз не мог притязать на уровень брака из-за отсутствия какого-либо из необходимых условий или по причинам социального характера (например, из-за непрестижности связи сенатора и вольноотпущенницы); во избежание кривотолков всякий, кто желал иметь в качестве простой и постоянной наложницы женщину («свободнорожденную и честную»), должен был об этом заявить в присутствии свидетелей⁴⁵³. Брачным законодательством Августа для конкубината были введены определенные требования, в отсутствие которых данный союз становился безразличным для права, а в некоторых случаях – даже незаконным: запрет родства, состояния в браке или другом конкубинате, долговременность и стабильность совместного проживания. Дети, родившиеся в конкубинате, назывались *liberi naturales* («природными») и поэтому, хотя и не были связаны с отцом юридическими узами, все же находились в лучшем положении по сравнению с детьми *vulgo guesiti* (рожденными вне брака) – посредством узаконения они могли подняться на

⁴⁴⁹ Франчози Дж. Институционный курс римского права. С. 167.

⁴⁵⁰ Там же.

⁴⁵¹ См., например: Гарридо М.Х.Г. Римское частное право: казусы, иски, институты. М., 2005. С. 271.

⁴⁵² Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. М., 2000. С. 142.

⁴⁵³ Там же. С. 142–143.

уровень детей, рожденных в браке⁴⁵⁴. На конкубинину не распространялось, в отличие от жены, достоинство положения мужа, и она не входила в его семью⁴⁵⁵.

М. Кайзер и Р. Кнютель отмечают: конкубинат есть не признанный в качестве брака длительная общность жизни и полового сожителства мужчины и женщины. Он признается в определенных границах и приобретает практическое значение в эпоху принципата в случаях, когда брак невозможен (в частности, не только с женщиной существенно более низкого, чем ее партнер, социального статуса, он рассчитан и на ситуации запрета брака для определенных должностных лиц, офицеров и солдат). В постклассическое время получило признание воззрение, что общность жизни мужчины и женщины, которая удовлетворяет христианским требованиям к браку, может признаваться со стороны государства и в том случае, если требуемые государством предпосылки не выполнены. Такой конкубинат рассматривался как «брак меньшего права». Но в противоположность классическому образу он связывался со строгими предпосылками: не допускался наряду с браком, предполагал длительную связь лишь с одной женщиной, с которой (помимо независимых препятствий) брак был бы возможен. Не исключалось узаконение (легитимация) детей, рожденных в данном конкубинате. Мужчина мог подарить или оставить по завещанию конкубине и ее детям определенную долю своего имущества⁴⁵⁶.

Близким по сущности союзом был *contubernium* – долговременная и привычная связь между рабом и рабыней, между свободным мужчиной и рабыней или между рабом и освобожденной женщиной. Она также не совсем игнорировалась правом (например, родство, возникшее из данного союза, признавалось препятствием заключению брака)⁴⁵⁷.

Конкубинат (естественный, дикий брак) и *contubernium* воспринимались, по характеристике Цезаре Санфилипо, вполне толерантно – в отличие от *adulterium* (половой связи лиц, из кото-

⁴⁵⁴ Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право.

⁴⁵⁵ См.: Гарридо М.Х.Г. Указ. соч. С. 271; Новицкий И.Б. Римское право. С. 63.

⁴⁵⁶ См.: Kaser M., Knütel R. *Römisches Privatrecht*. 18 Aufl. München, 2005. S. 292, 293.

⁴⁵⁷ См.: Гарридо М.Х.Г. Указ. соч. С. 271.

рых хотя бы одно находилось в браке), инцеста (связи между родственниками), запрещенных и влекущих наказание, а также случайных или временных связей с рабами, рабынями, блудницами и другими женщинами сомнительного поведения, наказания за которые, как правило, не следовало⁴⁵⁸.

Традиция связывать брак с соблюдением определенной процедуры его оформления восходит к праву Византии: в конце IX в. император Лев Мудрый издал закон, предписывавший вступать в брак посредством церковного венчания, – только он мог влечь правовые последствия (лишь два века спустя требование распространилось и на низшие страты общества – рабов и крепостных⁴⁵⁹).

На Руси, как уже отмечалось нами ранее, церковное венчание, введенное в IX в., долгое время практиковалось только в высших слоях общества – остальное население придерживалось обычаев и обрядов (общественное признание было важнее официального, государственного). В этом смысле также можно говорить о неких формах фактического брака. Более того, ряд современных исследователей выделяют союзы *de facto* в самостоятельную разновидность брака древней и средневековой Руси, хотя для представителей церкви и предосудительную: длящиеся долгое время сексуальные отношения, без публичного оформления, с появлением общих детей, где «взаимные обязательства супругов если и не отсутствовали, то были существенно ограничены»⁴⁶⁰.

В западных христианских государствах римско-католическая церковь длительное время не считала обязательным для заключения брака соблюдение каких-либо специальных процедур, хотя и рекомендовала католикам получение церковного благословения⁴⁶¹. (По учению римской церкви, таинство брака заключается не в церковном действии, а в самом

⁴⁵⁸ См.: Санфилипо Ч. Курс римского частного права. М., 2000. С. 113.

⁴⁵⁹ См., например: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 97.

Подробнее об этом см. также: Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 16–17 и след.

⁴⁶⁰ Оспенников Ю.В. О видах брачных связей в русском праве XII – XV вв. С. 214.

⁴⁶¹ Сивохина С.В. Указ. соч.

существо супружеского союза⁴⁶².) Были распространены так называемые «тайные браки». (До блуасского ордонанса Генриха III 1579 г., писал Н.С. Суворов, брак получал юридическую силу с выражения взаимного согласия, хотя бы и тайного⁴⁶³...)

Церковными воззрениями (общекатолическими и французским), образованием множества религиозных направлений и сект и философией «естественного права», подчеркивал Н.С. Суворов, был порожден гражданский брак, то есть брак светского типа. (Европейскую историю его появления в разных странах – от Голландии до Франции – мы кратко изложили в параграфе «Брак – договор», а российскую – см. далее, в связи с характеристикой браков раскольников.)

Гражданский брак, в точном смысле этого термина, не есть разновидность фактического брака, так как предполагал и предполагает его государственную регистрацию – вместо или вместе с венчанием, последнее – на добровольной основе. («Гражданские» браки русских разночинцев XIX в. в этом смысле были «фактическими браками», «сожительствами», «невенчальными браками» – в стране, где церковное венчание объявлялось единственной и обязательной формой совершения брака православных.)

Своеобразным примером фактического брака был союз Жан-Жака Руссо с госпожой Рену. Знаменитый брак Руссо, который исповедовал идею брака как вида общественного договора, был «заключен» через 25 лет после его фактического начала. В книге Н.С. Суворова «Гражданский брак» дается описание этого события. Брачная церемония, по словам Руссо, совершалась «во всей простоте и во всей истинности природы»: в одной из комнат своей квартиры, в присутствии двух свидетелей, держа за руку госпожу Рену, Руссо произнес речь о той дружбе, которая соединяла их в течение 25 лет, и о принятом ими решении сделать этот союз нерасторжимым; затем он спросил свою сожительницу, разделяет ли она его чувства, и, получив положительный ответ, произнес речь об обязанностях супружества. (Ровно через год после этой церемонии мадам Руссо оставила своего супруга. Философ протестовал, требуя

⁴⁶² См.: Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 24; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 19.

⁴⁶³ См.: Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 24.

соблюдения обоюдного согласия на развод, то есть такого же договора, которым совершался брак. Но протест Руссо остался бесплодным⁴⁶⁴.)

Особое место занимают браки раскольников, которые к фактическим можно отнести лишь условно (за исключением некоторого их числа). «В пользу церковного венчания, – отмечал Н.С. Суворов, – как не только наилучшей и достойнейшей формы вступления в брак, но и как вполне соответствующей русскому народному сознанию и русскому юридическому быту» свидетельствуют результаты поисков русских религиозных диссидентов, которые, в отличие от западных, достаточно быстро смирившихся с гражданской формой брака, «сохранили в себе непреодолимые стремления к религиозной форме заключения браков». Так, раскольники добывали для венчания «беглых попов», которые совершали над брачующимися «старые обряды» и по «старым книгам». Часть же раскольников, когда «дониконовское священство пресеклось», признала, что священства уже не существует более на земле, так как погибла истинная церковь, а следовательно, не может существовать и брака⁴⁶⁵. Впрочем, члены так называемых сект рационалистического направления, по утверждению Н.С. Суворова, состояли между собой в неосвященных союзах – притом не настаивали на введении светской (гражданской) формы их закрепления. Автор подчеркивал, что по русским понятиям того времени законного гражданского брака и не могло быть, последний понимался, в сущности, как «этикет для прикрытия того, что не всегда удобно бы было называть собственным именем»⁴⁶⁶.

Однако же с гражданским браком пришлось-таки познакомиться и русскому законодательству, и русскому обществу – для решения брачной судьбы именно раскольников. Первым шагом явился указ Петра Великого от 24 марта 1719 г., коим, из соображений блага для постоянно нуждающейся в ресурсах государственной казны, предписывалось «с раскольников, которые женятся тайно не у церкви, без венечных памятей, наложить особый сбор, а именно рубли по три с человека мужескаго и женскаго пола, на обе стороны поровну, а с богатых и

⁴⁶⁴ См.: Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 39–40.

⁴⁶⁵ Там же. С. 112.

⁴⁶⁶ Там же. С. 115–116.

больше». Таким образом, после уплаты сбора государство как бы признавало их законными мужем и женой. Однако впоследствии снисхождение было отменено: браки раскольников не подлежали венчанию (священники, нарушившие данный запрет, сурово наказывались), а если раскольники сожительствовали без венчания, то могли быть «потребованы к розыску в страшный Преображенский приказ». Преследование таких «невенчанных браков» прекратилось лишь при Екатерине II. 19 апреля 1874 г. был принят закон о браке раскольников: их брак приобретал силу и последствия законного через запись в метрическую книгу, которые велись полицейскими чиновниками. Это был, таким образом, как бы «факультативный гражданский брак» – отнюдь не европейского образца, призванный, однако, придать фактическим с точки зрения гражданского и церковного законодательства союзам вынужденное обстоятельствами некоторое государственное признание⁴⁶⁷. Законодатель, разумеется, понимал, что записью в полицейской книге дело не ограничится, но, допуская различного рода обряды, не придавал им юридического значения.

Современные формы фактических браков, сожительств, партнерств, фактических супружеств достаточно разнообразны – и сущностно, и терминологически. Так, М. Босанац из всего спектра вариантов предпочитает обозначать устойчивые союзы мужчины и женщины конкубинатом, разумеется, в широком (не римском) смысле. Конкубинат, по мнению автора, характеризуется неформальным возникновением, крепкими отношениями между партнерами, лишенными необходимости лицемерить и осознающими легкость фактического и не требующего формальностей разрыва⁴⁶⁸. Он же определяет его как длительный внебрачный союз мужчины и женщины, не намеревающихся формально закрепить свои семейные отношения⁴⁶⁹.

«Фактические брачные отношения, – отмечают В.И. Данилин и С.И. Реутов, – это более или менее продолжительные и устойчивые отношения между мужчиной и женщиной, которые живут одной семьей, ведут общее хозяйство». Фактический

⁴⁶⁷ Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 119–123.

⁴⁶⁸ См.: Босанац М. Указ. соч. С. 55.

⁴⁶⁹ Босанац М. Указ. соч. С. 54.

брак, продолжают авторы, «не гражданско-правовая сделка (что косвенно вытекает из действующего закона, а союз преимущественно личного характера, весьма близкий зарегистрированному браку»⁴⁷⁰. (Кстати, авторы предлагают использовать термин «фактическое супружество». На наш взгляд, эта терминологическая версия столь же условна, как и «фактический брак»: права супружества вытекают из брачного союза.)

Опираясь на судебные исследования фактического брака как основного и наиболее распространенного доказательственного факта в гражданском процессе по делам об установлении внебрачного отцовства (ст. 48 КоБС РСФСР; практика применения ст. 48 и ст. 49 СК РФ), можно сделать некоторые дополнения о существовании данного внебрачного союза. Так, правило ч. 2 ст. 48 КоБС РСФСР являлось своеобразным косвенным признанием частичного юридического значения фактического брака: доказанность совместного проживания и ведения общего хозяйства матерью (истницей) и предполагаемым отцом (ответчиком) до рождения ребенка при отсутствии обстоятельств, исключающих факт происхождения от данного лица (командировка, результаты гинекологической, урологической экспертизы и т.п.), вело к удовлетворению соответствующего иска. По сути, это была правоприменительная презумпция отцовства в фактическом браке. Совместное проживание подтверждалось (и подтверждается в настоящее время, так как фактические презумпции, как и нормативные, есть результат человеческого опыта, который не зависит от включения или невключения тех или иных словосочетаний в текст нормы права) наличием обстоятельств, характерных для семейных отношений: проживание в одном жилом помещении, совместное питание, взаимная забота друг о друге, совместный досуг и т.п. Ведение общего хозяйства трактуется как удовлетворение повседневных бытовых потребностей путем приобретения продуктов питания, приготовления пищи, уборки помещения, стирки белья, покупки предметов домашнего обихода и обстановки, вещей личного пользования и т.п.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Данилин В.И., Реутов С.И. Юридические факты ... С. 66–67.

⁴⁷¹ См., например: Шахматов В.П. Законодательство о браке и семье (практика применения, некоторые вопросы теории). Томск, 1981. С. 126.

Таким образом, **фактический брак** есть союз (договор) мужчины и женщины, характеризующийся устойчивым, **длительным совместным проживанием**, ведением общего хозяйства, организацией досуга, а при наличии детей – родительской заботой о них, то есть поддержанием **семейных отношений**. Значит, главное – нахождение лиц в отношениях, характерных для супругов, в неюридическом контексте – тождественных.

В литературе высказана и иная точка зрения о его существовании. Так, М.В. Кротов пишет: «Фактическим браком именуется отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированных в установленном законом порядке»⁴⁷². Это не совсем так. В данном союзе могут не соблюдаться условия о возрасте, дееспособности, моногамии (лицо может, пусть и формально, состоять в зарегистрированном браке), запреты по состоянию в близком родстве или отношениях усыновления. Поскольку фактический брак безразличен семейному закону, первый может отвечать тем же. Другое дело, если бы он имел семейно-правовое значение, тогда бы суд, устанавливая данный юридический факт, оценивал существо отношений во взаимосвязи с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку.

История советского и российского семейного права в вопросе о взаимодействии фактического брака и закона весьма противоречива. Как известно, в КЗоБСО 1926 г. данное явление получило правовое признание. Обсуждение проекта этого кодекса, особенно в обозначенной части, проходило весьма бурно. Так, Г.М. Свердлов отмечал, что послевоенная разруха и трудности НЭПа ставили многих женщин в зависимое положение от экономически более сильной стороны; в кулацкой и нэпманской среде весьма распространились «браки на срок», или «сезонные браки», батрачки с хозяином, – с целью эксплуатации ее труда в сочетании с иными удовольствиями... Это требовало правовой охраны фактических брачных отношений⁴⁷³.

Сторонники сохранения госрегистрации брака полагали, что она: 1) пресекает случаи создания союзов, не отвечающих законным условиям (о возрасте, свободе воли, запрете брака с

⁴⁷² Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 269.

⁴⁷³ См.: Свердлов Г.М. Советское семейное право. С. 72.

близким родством и т.д.); 2) имеет значение для учета движения народонаселения; 3) противостоит легкомысленным связям; 4) исключает поддержку многоженства; 5) в деревне, где еще достаточно крепко влияние церкви, продолжает играть серьезную роль в ослаблении этого влияния⁴⁷⁴.

Сторонники иной позиции также находили аргументы как объективного, так и субъективного порядка. Во-первых, фактических браков было много уже на тот момент (несмотря на отсутствие их защиты) – около ста тысяч (1923 г.), где слабейшая сторона, чаще всего женщина, бесправна. Во-вторых, нельзя приписывать принципиальное правообразующее значение формальному моменту в противовес существу отношений. «Разрешите, прежде всего, – писал Н.В. Крыленко, – отбросить критику Демьяна Бедного и его предложение считать состоящими в фактическом браке каждую парочку с Тверской». ... Случайная связь (даже с ребенком) не есть фактический брак⁴⁷⁵. Если отказались, поддерживал эту позицию Я.Н. Бранденбургский, делить детей на брачных и внебрачных, то не пора ли отказаться от деления браков на законные и незаконные? «Нельзя подходить, – продолжал автор, – к делу по-поповски, утверждая, что, если женщина будет знать, что советская власть дает защиту только зарегистрированному браку, она не поддастся никаким обольщениям и будет требовать от мужчины во что бы то ни стало заблаговременной регистрации». Регистрация не ведет к большей продолжительности брака и не способна эффективно бороться с распущенностью⁴⁷⁶.

Д.И. Курский, особенно активно защищавший новации проекта, писал, что оградить права женщины, особенно в кратковременных, «сезонных», союзах, необходимо: в условиях безработицы алименты от бывшего мужа на год или полгода позволят ей хотя бы частично «встать на ноги», найти работу. Спекулирование женщин на алиментах (явление «алиментарных женщин») есть раздувание в тенденцию отдельных фак-

⁴⁷⁴ Свердлов Г.М. Советское семейное право. С. 73.

⁴⁷⁵ Крыленко Н.В. Проект о браке и семье // Сборник статей и материалов по брачному и семейному праву / Под ред. Д.И. Курского. М., 1926. С. 65.

⁴⁷⁶ Бранденбургский Я.Н. Брак и его правовые последствия // Сборник статей и материалов по брачному семейному праву / Под ред. Д.И. Курского. М., 1926. С. 37.

тов⁴⁷⁷. Прежний кодекс, продолжал автор в другом своем докладе, был принят, когда нераздельно господствовал церковный брак и не имелось другого способа оформления брачного союза – отсюда и столь решительное и жесткое требование регистрации (хотя уже и тогда раздавались голоса в поддержку фактического брака). Регистрации, однако, следует придать то значение, которое она и должна иметь, – «значение технического средства при спорах о правах, вытекающих из брака»⁴⁷⁸. Ранее фактические браки были как бы сомнительными в глазах общества и часто одного из фактических супругов. Они перестанут быть сомнительными, «если дело будет поставлено во время спора в судебном порядке и рядом доказательств будет установлено, что эта брачная связь носила длительный характер, что она фактически признавалась вовне...»⁴⁷⁹. «Придет время (я глубоко убежден в этом), – заключал автор, – когда мы приравняем регистрацию во всех отношениях к фактическому браку или уничтожим ее совсем»⁴⁸⁰. Можно говорить о грядущем замещении фактическим браком брака зарегистрированного, так как первый представляет собой исключительно свободный союз, без «юридических оков» и, следовательно, является прообразом коммунистического типа отношений между мужчиной и женщиной⁴⁸¹.

Высказывания Верховного Суда РСФСР носили по данному вопросу противоречивый характер. Так, первоначально было признано, что отсутствие регистрации прекращения прежнего зарегистрированного брака не должно служить препятствием для признания фактических брачных отношений с другим лицом со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями, так как формальное существование нерасторгнутого брака не имеет значения – лица могли бы оформить свои фактические отношения в любое время, расторгнув первый («законный») брак. Через десять лет (в 1945 г.) в других определениях и постановлениях

⁴⁷⁷ См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 302–303.

⁴⁷⁸ Курский Д.И. Указ. соч. С. 245–246.

⁴⁷⁹ Там же. С. 259.

⁴⁸⁰ Там же. С. 290.

⁴⁸¹ Там же.

Из литературных иллюстраций см., например: Рыбаков А. Дети Арбата. М., 1988. С. 325, 330, 361, 368.

данного суда указывалось, что суды не вправе допускать одновременного существования двух браков (зарегистрированного и фактического) и соответственно признавать юридическое значение за фактическим союзом – сначала следует расторгнуть первый брак⁴⁸².

Размышляя над этим архифеноменом нашей семейно-правовой истории (со времен конкубината Древнего Рима), О.А. Хазова приходит к нескольким выводам. С одной стороны, цель защиты имущественных интересов женщин, особенно актуальная в то время, в определенной степени была достигнута. С другой стороны, практика привела к «перекосам» и гендерной асимметрии: легкость доказывания женщинами в судах фактического брака делала «мужчин совершенно беззащитными перед недобросовестными партнершами, претендовавшими и на жилую площадь, и на часть имущества своего "супруга", требовавшими часто установления отцовства в отношении детей, к которым эти мужчины не имели никакого отношения. Со временем на практике это привело к тому, что мужчины стали вообще остерегаться женщин и бояться вступать с ними в какие бы то ни было интимные отношения»⁴⁸³.

С такой оценкой и выводами трудно согласиться. Во-первых, большая часть аргументов в защиту новеллы Кодекса 1926 г. вполне убедительна. Во-вторых, правовое дозволение или правовой запрет, как известно, не снимает побочных эффектов, никогда не достигает идеала (закон – это «штаны», из которых мальчишка вырастает каждый раз через несколько месяцев, а также возможность, которой часто могут воспользоваться и мошенники). В-третьих, ошибки («перекосы») судебной практики были всегда, в том числе по делам об установлении внебрачного отцовства, и что же – отказываться от процедуры вообще?..

Как мы уже отмечали ранее, Указом Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. фактическое супружество как юридический факт и отношение, частично регулируемое семейным правом, было дезавуировано, объявлено незаконным. И если в регуляции иных отношений с семейным элементом за-

⁴⁸² См.: Косова О.Ю. «Фактические браки» и семейное право // Правоведение. 1999. № 3. С. 113.

⁴⁸³ Гендерная экспертиза российского законодательства... С. 104.

конодатель принципы Указа отринул (в 1965, 1968 – 1969 гг.), то применительно к рассматриваемому институту остался «ретроградом».

Консервативные⁴⁸⁴ взгляды по этому поводу еще достаточно распространены. Так, например, Л.П. Короткова и А.П. Вихров полагают, что семья изначально образовывается и пребывает только в рамках закона... Сожительство как брачное состояние без регистрации не порождает семейно-правовых последствий и свидетельствует о легкомыслии в брачных отношениях, об аморфности и ненадежности их, о безответственности перед семьей и обществом, а в конечном счете о неприятии признаваемой законом и государством семьи⁴⁸⁵.

Ряд известных цивилистов-семейноведов не комментируют эту ситуацию, ограничиваясь констатациями положений КЗоБ-СО 1926 г. и соответствующими веяниями европейской семейно-правовой доктрины⁴⁸⁶.

Некоторые из современных авторов (начала XXI в.) вообще обходят проблему молчанием⁴⁸⁷ или ограничиваются констатацией данного явления – с его действующим «"полуправовым" статусом»⁴⁸⁸. Другие, не отрицая ее перспектив, полагают, что в настоящее время «почва» для решительных шагов еще не готова (например, О.Ю. Ильина)⁴⁸⁹ и, возможно, еще не скоро будет готова (О.Ю. Косова)⁴⁹⁰, третьи настаивают на варианте весьма ограниченного признания. Например, С.В. Сивохиной, А.В. Слепаковой представляется целесообразным приравнять к

⁴⁸⁴ Автор отнюдь не придает данному термину сколько-нибудь негативный смысл.

⁴⁸⁵ См.: Короткова Л.П., Вихров А.П. Семья – только в рамках закона // Правоведение. 1994. № 5 – 6. С. 160.

⁴⁸⁶ См., например: Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 73, 91–92.

⁴⁸⁷ См., например: Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004.

⁴⁸⁸ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 418 – 421. (Автор главы – В.В. Грачев.)

⁴⁸⁹ См., например: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 34, 41.

⁴⁹⁰ См.: Косова О.Ю. «Фактические браки» и семейное право. С. 95.

супругам в правовых последствиях лишь тех участников фактических брачных отношений, которые были лишены возможности вступить в законный брак вследствие гибели одного из супругов в результате вооруженного конфликта, наступления недееспособности одного из фактических супругов и тому подобных чрезвычайных обстоятельств, при условии длительного срока сожительства, удовлетворения требованиям гетерогамии и требованиям ст. 14 СК РФ о препятствиях к заключению брака⁴⁹¹.

Между тем основополагающий принцип российского (до 1991 г. – советского) брачного права о признании браком лишь союза, прошедшего государственную регистрацию, подвергается весьма основательному сомнению.

Так, уже в начале 70-х гг. XX в. мысль о допустимости возврата семейно-правовой защиты фактического брака была высказана С.И. Реутовым⁴⁹². В 1983 г. и последующие годы в довольно резкой форме и развернутом виде она была представлена в работах автора настоящего исследования⁴⁹³. С разной степенью позитива смотрят на проблему М.В. Антокольская, О.Ю. Косова, М.В. Кротов и другие цивилисты.

Как мы уже отмечали, с внешней стороны фактический брак отличается от «законного» лишь актом государственной регистрации. Существо обоих явлений от этого не меняется. В этой связи можно привести своеобразную аналогию – норму ч. 4 ст. 23 ГК РФ: «...гражданин, осуществляющий предпринима-

⁴⁹¹ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 117; Слепакова А.В. Фактические брачные отношения и право собственности // Законодательство. 2001. № 10. С. 15.

⁴⁹² См.: Реутов С.И. К вопросу о фактических брачных отношениях // Вопросы гражданского, трудового и колхозного права. Пермь, 1973. С. 82–102.

⁴⁹³ См., например: Тарусина Н.Н. Спор о праве семейном в советском гражданском процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 57–59; Она же. Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов. Критический взгляд на советское семейное и гражданско-процессуальное законодательство // Годишник на Софийския университет «Св. Климент Охридски». Юридически ф-т. Кн. 3. Т. 80/81. София, 1990. С. 88–89; Она же. Семейное право. С. 60–69; Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство... С. 47–49, 59–67 и др. работы.

тельную деятельность...» без соответствующей регистрации, «не вправе ссылаться в отношении заключенных им сделок на то, что он не является предпринимателем. Суд может применить к таким сделкам правила настоящего Кодекса об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности». Тем более правомерна аналогия с ситуациями, предусмотренными правилами ст. 29 СК РФ о признании действительным брака, заключенного с грубейшим нарушением требований закона, лишь бы это соответствовало интересам несовершеннолетнего супруга или интересам созданной семьи. В обоих типах казусов мы имеем санацию правовой формы ради доброго существа явления, то есть преодоления этим самым существом формально-юридических предписаний. Более того, поскольку совместное проживание в «законном» браке не является конститутивным требованием (ч. 1 ст. 31 СК РФ: «Каждый из супругов свободен в выборе... мест пребывания и жительства»), а в фактическом, по определению, составляет самое его существо, можно утверждать, что не только в жизни, но и *de jure* «законный» брак есть «меньший» брак (или может быть «меньшим»), нежели фактический, в нем «меньше семьи»...

Фактический брак есть объективная реальность. Точное количество таких союзов установить невозможно – примерное же определяется при переписи населения: женщин, состоящих в браке, всегда больше, нежели мужчин (этот зазор в основном и составляют фактические супружества, в которых женщина полагает себя находящейся в браке, а мужчина – свободным от него)⁴⁹⁴. Кстати, именно ориентация демографов 20-х гг. XX в. (а с 1926 г. – и юристов) на сущностное отождествление «законного» и «фактического» браков и повлияла на программы проведения в стране переписей населения 1920, 1923, 1926 гг. и послевоенных – 1959, 1970, 1979, 1989 гг.: демографов, в отличие от «моралистов» или «юристов-нормативистов», интересует реально существующий союз мужчины и женщины, независимо от факта его регистрации в органах ЗАГС, семья как общественный организм, с помощью которого решаются вопросы рождаемости, народонаселения (кстати, наиболее парадоксаль-

⁴⁹⁴ См., например: Чечот Д.М. Брак, семья, закон. Л., 1984. С. 30–31; Мананкова Р.П. Правовой статус членов семьи по советскому законодательству. С. 26–27.

ный итог был получен в результате переписи 1970 г.: мужчин состоявших в браке, оказалось на 1 млн 300 тыс. меньше, чем женщин; частично это объяснялось явлениями многоженства в южных республиках, частично – субъективной оценкой фактического брака и опрашиваемыми, и счетчиками⁴⁹⁵: мужчины в таких случаях нередко воспринимают себя холостыми...).

В 1989 г. в России насчитывалось 36 млн. брачных пар, в 2002 г. – 34 млн. Причем впервые в истории российских переписей в последний раз считали не только официально зарегистрированные браки, но и внебрачные сожителства мужчин и женщин (фактические браки), численность которых составила около 3 млн. Таким образом, фактические браки, существовавшие как социальное (а в отдельные периоды правовой истории – и юридическое) явление всегда, в последние годы приобретают все большую распространенность⁴⁹⁶.

«Никакой законодательный запрет, – пишет М.В. Кротов, – не может исключить из обычной жизни внебрачные связи длительного характера, которые сами стороны, желая того или нет, признают фактическим браком. ... Общественная мораль в отношении фактических браков также претерпела определенные изменения, все более и более смягчая ту нетерпимость в отношении фактических браков, которая господствовала в 70 – 80-е годы»⁴⁹⁷.

Не считаться с этой реальностью нельзя. Недаром, отнюдь не «лоббируя» правовую защиту фактического супружества, О.Ю. Косова, тем не менее, утверждает: «... с точки зрения социологического толкования семьи очевидно, что и фактический брак нельзя не считать семейным союзом, если он выполняет те же социальные функции, что и семья, основанная на зарегистрированном браке»⁴⁹⁸. Но автора смущает, будет ли разумным вмешательство государства в частную жизнь лиц, которые сознательно, в силу различных причин, не регистрируют свои отношения в установленном порядке, «а значит, не стремятся получить со стороны государства правовую защиту»⁴⁹⁹. Однако,

⁴⁹⁵ См.: Мананкова Р.П. Указ. соч. С. 28.

⁴⁹⁶ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 100.

⁴⁹⁷ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 1998. С. 269.

⁴⁹⁸ Косова О.Ю. О предмете семейного права. С. 77.

⁴⁹⁹ Там же. С. 78.

во-первых, далеко не всегда воля к тому обоюдна: демографическая ситуация, традиции, жизненные обстоятельства (беременность, материнство, трудности в отношениях с «фактической» свекровью и т.п.) по-прежнему нередко ставят женщину в положение «слабого» или мирящегося с неизбежным партнером – не потащишь же мужчину в орган ЗАГС против его воли... Впрочем, нуждающимся в общественном сочувствии может оказаться и мужчина, правда, в очевидно меньшем числе случаев. Кроме того, осознание существования развивающегося фактического супружества меняется (как и самое существо), поэтому обоюдное нежелание будущей правовой защиты – далеко не факт. Потребность в такой защите может возникнуть. Например, женщина, не завершив своего образования и не попытавшись или не сумев добиться делового успеха, посвятила себя фактическому супругу, детям (если они в этом союзе родились, или детям мужа от первого брака) и даже «свойственникам» (например, уходу за больной свекровью), а супруг решает ее оставить, кстати, нередко тогда, когда она уже не имеет реальной возможности преодолеть свои образовательные, служебные и семейные проблемы... Во всех подобных случаях личные интересы беззащитны – так пусть защитятся хотя бы имущественные.

М.В. Антокольская также признает: фактические брачные отношения получают все большее распространение и ограничиваться просто констатацией факта, что они не порождают правовых последствий, недостаточно: «Фактический брак не следует приравнивать к зарегистрированному полностью, но за ним целесообразно было бы признать некоторые правовые последствия в области имущественных отношений. В частности, за супругом, состоящим длительное время в фактических брачных отношениях, можно было бы признать право на алименты, на наследование по закону, а также прямо разрешить фактическим супругам заключать брачные соглашения, в том числе и с условием о распространении на их имущество режима общей совместной собственности супругов»⁵⁰⁰.

Любому государству, отмечает А.Д. Толстая, выгодно, чтобы граждане вступали в прочные семейные союзы, которые, независимо от своей регистрации, решают все основные функции се-

⁵⁰⁰ См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. М., 1995. С. 120.

мы – сексуальную, экономическую, репродуктивную и образовательную. Проблема актуализируется и в связи с расширением международных связей, миграцией населения, а также в свете интеграции России в европейское пространство⁵⁰¹.

Прежде чем строить позицию на принципиально иной основе, следует, пожалуй, вернуться к классификации М. Босанца и определить, какой тип конкубината может и должен вызывать сочувствие общества. С точки зрения субъективных признаков должны решаться проблемы возраста, дееспособности, близкого родства, состояния партнеров по конкубинату в другом браке. С точки зрения публичности – вопрос о возможности общественного признания анонимного союза. В плане продолжительности связи – проблема срока как элемента фактического состава. Если бы речь велась лишь о правоприменительной презумпции отцовства в фактическом браке, ответы на эти вопросы значения бы не имели, достаточно было бы только доказать факт устойчивого и продолжительного совместного проживания с элементами ведения общего хозяйства матери ребенка и предполагаемого отца в соответствующий период. В нашем случае не только в связи с традицией признания законом несуществующим существующего, но и в связи со свойством формальной определенности правовых норм, с одной стороны, и их обусловленности общественной моралью – с другой, ответы на вопросы, возникающие из классификации М. Босанца, имеют отрицательное значение.

Если двигаться в направлении признания явления фактического брака, то, видимо, требования к нему должны в основном коррелировать с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку, кроме признака регистрации и необязательности совместного проживания: оба они подрывают самое существо фактического супружества. Это значит, что возраст, близкое родство, отношения усыновления, состояние в другом (зарегистрированном ли, фактическом ли) браке, неанонимность (публичность) союза – условия для признания судом факта фактического брака, если к такой возможности мы в принципе вернемся. Несколько сложнее с условиями дееспособности и фактами сокрытия заболеваний, предусмотренных правилом ч. 3 ст. 15 СК

⁵⁰¹ Толстая А.Д. Фактический брак: перспективы правового развития // Закон. 2005. № 10. С. 21–29.

РФ. Как и в случае несоблюдения требования о брачном возрасте (для «законного» брака – ч. 2 ст. 29 СК РФ), определение значения данных фактов следует оставить на усмотрение суда. Да и в целом применительно к правовому признанию судом факта фактического брака логично и справедливо использовать аналогии норм СК РФ о санации и отказе в санации «недействительного брака» (ст. 29) и льготах для добросовестной стороны после признания брака недействительным (ст. 30).

(Кстати, жесткое по толкованию и перспективным задачам определение исследуемого явления М.В. Кротовым подобный подход не исключает: «Фактическим браком именуется отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированные в установленном законом порядке»⁵⁰²).

На Западе еще в 1970 – 80-е гг. ученые, общественность и политические деятели начали проявлять беспокойство относительно кризиса семейных ценностей, семьи, основанной на браке. Однако это привело не к «ужесточению» мер против фактических брачных союзов, как это произошло в Советском Союзе в 1940 – 50-е гг., а, напротив, к соответствующей либерализации законодательства ряда стран.

Кстати, одной из первых определенными правовыми последствия за фактическим браком признала Япония. Еще в 1915 г. Верховным Судом Японии было принято решение, возлагавшее обязанность по возмещению вреда на лицо, нарушившее обязанности, вытекавшие из фактического брака. Указанные нормы действуют и сегодня. В частности, закреплена ответственность неправомерного нарушителя обязанностей из фактических брачных отношений, которая предполагает полное возмещение материального и морального вреда. Вопрос о неправомерности решается по усмотрению суда – на основании анализа причин правонарушения (брак в близком родстве, двоеженство) или прямых запретов. Лично-правовую основу фактического брака составляют совместное проживание, сотрудничество и взаимная помощь, сохранение супружеской верности. При необходимости факт фактического брака устанавливается судом. На фактический брак распространяется ре-

⁵⁰² См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 269.

жим собственности официального брака, кроме возможности заключения брачного договора, прав наследования и «законно-брачного» статуса детей. Социальное обеспечение и социальное страхование фактических супругов в целом приравниваются к супругам с официальным статусом. При прекращении фактического брака возможен раздел имущества по «брачной» схеме, в том числе путем применения по аналогии соответствующих норм ГК Японии (ст. 768)⁵⁰³.

В Нидерландах Законом о зарегистрированном партнерстве 1997 г. установлено, что мужчина и женщина, не вступая в брак, как это всегда было традиционно принято, могут заключить договор о совместной жизни, зарегистрировать его и тем самым создать семейный союз в виде партнерства. В 2000 г. в соответствии с Законом о дальнейшем сближении между браком и партнерством правовые различия между ними стали не существенными, при этом каждый из них может легко трансформироваться друг в друга⁵⁰⁴.

Ряд стран (Швеция, Бельгия, Венгрия, Франция, Португалия) приняли нормативные акты, которыми признаются порождающими правовые последствия отношения фактического совместного семейного проживания в течение длительного времени. Такие отношения по своему существу не являются браком по смыслу законодательства о браке и семье и называются сожителем⁵⁰⁵.

Новеллой ГК Франции в редакции закона 1999 г. стало введение нормы о конкубинате – с последующим распространением на конкубинов ряда социальных льгот. В ст. 515–8 ГК Франции конкубинат определяется как «фактический союз, характеризующийся совместной жизнью, представляющей устойчивый, продолжительный характер, между двумя лицами разного или одного пола, живущими в паре»⁵⁰⁶. При этом срок законом не определен.

⁵⁰³ См.: Вагацума Саказ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. С. 204–207.

⁵⁰⁴ Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 520.

⁵⁰⁵ Там же. С. 521.

⁵⁰⁶ Относительно однополых союзов, да еще в контексте уравнивания, мы уже высказывались. См. также очерк четвертый, параграф о фактических союзах.

Как отмечает С.В. Сивохина, в отличие от брака и от гражданского пакта солидарности, конкубинат – не юридическое, а фактическое состояние. Однако французское право учитывает эти пары и предоставляет им защиту в различных сферах. Для этого необходимо получить в мэрии сертификат конкубината (свидетельство свободного союза): этот документ позволяет конкубинам сохранять право проживания по месту жительства умершего конкубина-наимателя, право на получение пособий по социальному обеспечению и некоторых пособий на семейные нужды (карты скидок и т.п.). Ряд организаций не требуют представления сертификата и удовлетворяются письменными заявлениями произвольной формы. Возможны два вида конкубината: простой, где пару составляют два человека, свободных от брака, и конкубинат-измена, когда один из сожителей состоит в браке⁵⁰⁷.

Таким образом, во Франции (как и в ряде других стран) с той или иной степенью формализации узаконено несколько разновидностей сожительства, требующих или не требующих регистрации. Однако ни одна из них не предполагает правовых последствий брака в полном объеме⁵⁰⁸.

Весьма своеобразен подход к проблеме в Эквадоре. В этой стране еще в 1982 г. был принят закон «О регистрации фактического брака». А.В. Слепакова предполагает, что причинами такой принципиальной новеллы явились либерализация всей общественно-политической жизни в результате прихода в 1979 г. к власти гражданского правительства (после военного переворота 1972 г.), а также обстоятельства, аналогичные сложившимся в России к 1926 г., – недостаточным распространением среди католического населения установленной советской формы заключения брака. В ст. 1 закона установлено, что «постоянный и моногамный фактический брак продолжительностью более двух лет между мужчиной и женщиной, свободными от брачного союза, чтобы вместе жить, рожать детей и оказывать друг другу взаимную помощь, дает основание для образования общности имущества». Норма ст. 10 закона предписывает применять к пережившему фактическому супругу все

⁵⁰⁷ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 104–106.

⁵⁰⁸ См.: Баженова О.И. Действительность брака. С. 144.

правила о наследовании для «законных» супругов по ГК Эквадора, а ст. 11 – налоговое и пенсионное законодательство⁵⁰⁹.

Социальным кодексом Германии в редакции 8 июня 2006 г. закреплены признаки супружеского сообщества: 1) совместное проживание на одной жилплощади более одного года; 2) наличие совместного ребенка; 3) взаимное материальное обеспечение и забота о проживающих с ними детях одного из партнеров или прочих близких родственниках; 4) распоряжение имуществом или улаживание дел другого партнера. При доказанности одного из этих фактов союз мужчины и женщины признается фактическим сообществом и влечет обязанности по взаимной материальной поддержке.

Следует также иметь в виду, что разнообразные зарегистрированные партнерства, рассмотренные нами в параграфе, посвященном проблеме двуполого брачного союза, имеют, разумеется, силу и для сожительств (партнерств) мужчины и женщины – социально-экономическое партнерство Франции, зарегистрированные партнерства стран Скандинавии, Германии, Исландии, Бельгии, ЮАР, Португалии, региональные партнерства в Канаде и США и т.д.⁵¹⁰ Частично легализовала фактические брачные отношения Украина. Семейным кодексом 2003 г. устанавливается: «...если женщина и мужчина проживают одной семьей, но не пребывают в зарегистрированном браке между собой, то имущество, приобретенное ими за время совместного проживания, принадлежит им на праве совместной собственности, если иное не предусмотрено письменным договором между ними». Предусматривается также возможность возникновения алиментных обязательств (ст. 16, 91 СК Украины)⁵¹¹.

Вызывают интерес два нормативных положения Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (в редакции от 20.07.2006 г.). Во-первых, среди общих начал семейного законодательства присутствует очень важное заявление: «Воспитание детей и ведение домашнего хозяйства признается общест-

⁵⁰⁹ Слепакова А.В. Указ. соч. С. 8–15.

⁵¹⁰ Подробнее об этом см.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В.В. Залесского. М., 2004; Ковлер А.И. Антропология права. М., 2002. С. 420–423; Толстая А.Д. Указ. соч. С. 21–29.

⁵¹¹ СПС «КонсультантПлюс».

венно полезным трудом» (п. 3 ст. 3). Теоретически это подчеркивает необходимость защиты фактических супругов (как правило, женщины) в имущественной сфере, а практически – возможность создания справедливого прецедента, основанного на аналогии с нормами о законном супружеском имуществе. Во-вторых, в норме ст. 59, как мы уже отмечали ранее, дается определение семьи⁵¹². При этом ее конститутивные признаки, по сути, аналогичны признакам фактического брака (моральная и материальная общность и поддержка, совместное проживание, ведение общего хозяйства и т.п.), а в качестве субъектов, хотя и в порядке исключения, допускаются не только супруги, но и иные лица⁵¹³. Полагаем, что до признания необходимости хотя бы некоторой защиты фактических супругов, с учетом указанных предпосылок (которые отсутствуют в российском законодательстве), белорусскому законодательству остался один шаг.

Подведем некоторые итоги.

1. Термины «фактический брак», как и «гражданский брак», «сожитительство супругов» и т.п. условны. Однако с учетом специального значения понятия «гражданский брак» (светский – в отличие от церковного, равный по смыслу понятию «зарегистрированный», «законный» брак) первая филологическая конструкция предпочтительней. Это более соответствует и сложившейся терминологической традиции в российской цивилистической (семейно-правовой) доктрине.

2. История и современность знают различные формы фактического брака – парный брак, конкубинат (в определенном смысле – и римский брак *sine manu*, а также *contubernium*), гражданский брак (не светский, а союз, сожитительство на лично-договорной основе – вроде фактических семейных союзов в среде российских разночинцев, иногда – у религиозных диссидентов), зарегистрированное партнерство, пожизненное партнерство, региональное, фактический брак в собственном смысле слова (без договора и регистрации).

3. Классическим с точки зрения своей сущности является фактический брак – союз мужчины и женщины, заключенный ими с соблюдением общественно признанных условий о единобрачии, возрасте, дееспособности, родстве, усыновлении, ха-

⁵¹² СПС «КонсультантПлюс».

⁵¹³ О семье как цели брака см. ранее.

рактизирующийся устойчивым длительным совместным проживанием, ведением общего хозяйства, а при наличии детей – заботой о них, то есть поддержанием семейных отношений. При этом срок может быть определен законом (например, не менее одного года) или квалифицирован судом. «Квазифактическими» браками являются: 1) союзы формально несвободных лиц; однако, по аналогии с признанием юридического значения «фактического развода», не все они должны категорически отрицаться – по усмотрению суда, при условии доказанности факта длительного и устойчивого прекращения отношений «законного» брака такие союзы могут санироваться; 2) союзы, не отвечающие классическим требованиям, предъявляемым к зарегистрированным бракам (возраст, родство и т.п.); они также могут, на наш взгляд, санироваться судом – по точной схеме санации недействительного брака.

4. Развитие института фактического брака в плане его признания как юридического факта может осуществляться различным образом: 1) по аналогии с КЗоБСО 1926 г. – путем установления факта фактического брака в особом производстве гражданского процесса, в том числе в случае смерти, объявления умершим или безвестно отсутствующим одного из участников союза; 2) путем предоставления фактическим супругам права заключать договоры о семейном партнерстве – как в простой письменной форме, так и с нотариальным удостоверением.

5. Целесообразно и справедливо распространить на фактических супругов право: а) общности супружеского имущества и его раздела по правилам СК РФ; б) заключения договора о режиме имущества в фактическом браке (семейном партнерстве) – по образцу брачного договора; в) заключения соглашения об алиментах или на иск об их взыскании; г) на презумпцию отцовства в фактическом браке (при законном подтверждении последнего).

6. Следует защищать жилищные интересы фактических супругов – в рамках ст. 31 ЖК РФ, причислив их к членам семьи, а также предусмотреть некоторые права в области наследования (при этом, если наследодатель состоял в официальном браке, но фактически не проживал с «законным» супругом длительное время, следовало бы предоставить суду возможность оценить конкретную ситуацию и вынести справедливое решение; сроки «фактического развода» и «фактического брака» мо-

гут быть установлены в законе: 1 год, 5 лет, 10 лет – как решит законодатель, причем все же дифференцированно – в зависимости от защищаемого интереса.

7. В социально-обеспечительном, налоговом и других аспектах льготирования семейных союзов соответствующая реакция законодателя также была бы логичной и желательной.

2.3. Несколько тезисов о недействительности брака⁵¹⁴

Как мы отмечали ранее, между различными требованиями, предъявляемыми к семейному союзу мужчины и женщины, чтобы объявить его браком, существует определенная субординация. При отсутствии регистрации, хотя бы были соблюдены все прочие условия, нет брака и его правовых последствий (до тех пор, разумеется, пока мы не вернемся к юридическому признанию и защите фактического супружества). Напротив, если государственная регистрация осуществлена, правовые последствия возникают, несмотря на несоблюдение любого из условий (или их совокупности) вступления в брак: приобретает силу **презумпция действительности брака** – как следствие презумпции действительности административно-правового акта, которая может быть опровергнута только в судебном исковом порядке.

Впервые, как и многие другие презумпции, презумпция действительности брака была сформулирована в римском частном праве: *semper praesumptur pro matrimonio* (всегда существует предположение в пользу законности (действительности) брака). Это означает, что при надлежащем оформлении брака следует исходить из предположения о существовании порождаемой им семейно-правовой связи между субъектами – супругами. Об этом свидетельствует общественная практика: как правило, в брачный союз вступают с соблюдением законных требований о возрасте, взаимном и свободном согласии, дееспособности, отсутствии близкого родства и т.п., которые регистрирующий орган далеко

⁵¹⁴ Тема о фиктивном браке (и фиктивном заявлении о вступлении в брак) будет рассмотрена в очерке четвертом, параграфе о фиктивных семейно-правовых сделках.

не всегда может и компетентен проверить⁵¹⁵. Презумпция играет и стабилизирующую роль, выводит из-под «меча сомнения» массовое и социальное явление брака. Одновременно, как всякая иная презумпция, она имеет прежде всего гражданско-процессуальное значение, возлагая обязанность своего опровержения на заинтересованное лицо или уполномоченное лицо, поименованное в нормах ст. 28 СК РФ⁵¹⁶.

Недействительность брака есть признанная судом его **порочность** в связи с несоблюдением условий его заключения, последствием которой является аннулирование брачного правоотношения. Примерно такое же определение дается В.П. Шахматовым: «Недействительность брака – это его дефектность, обусловленная нарушением в момент его регистрации установленных законом требований, предъявляемых к вступающим в брак»⁵¹⁷.

Институт недействительности брака то появлялся, то исчезал с российского «правового горизонта»: например, Кодекс 1918 г. четко проводил различие между разводом и признанием брака недействительным, в Кодексе 1926 г. данный институт отсутствовал – при нарушении условий вступления в брак можно было ставить вопрос о судебном оспаривании записи о регистрации брака, стабильный вариант законодательной редакции был закреплен в Кодексе 1969 г. и подтвержден, разумеется, с изменениями, СК РФ 1995 г.

С.Н. Братусь и П.Е. Орловский, комментируя сущность данного института, отмечали, что «признание брака недействительным является санкцией в отношении лиц, регистрирующих его с нарушением установленных законом условий»⁵¹⁸. М.Т. Оридорога в целом разделяет данную точку зрения: юридический смысл категории недействительности брака заключается в правовом воздействии на лиц, заключивших его

⁵¹⁵ См.: Баженова О.И. Действительность брака в Российской Федерации. С. 14–15.

⁵¹⁶ Данная презумпция, в отличие от презумпции отцовства в браке, в российском семейном законе не сформулирована – она выводится путем систематического толкования норм п. 2 ст. 1, п. 2 ст. 10, п. 1 ст. 27, ст. 28 СК РФ и др.

⁵¹⁷ Шахматов В.П. Законодательство о браке и семье (практика применения, некоторые вопросы теории). С. 11.

⁵¹⁸ См.: Комментарий к Кодексу о браке и семье РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся и П.Е. Орловского. М., 1971. С. 74.

с нарушением требований закона; государство отказывается признавать законность данного правоотношения и аннулирует его, оказывает принуждение на стороны и ставит их в юридически невыгодное положение»⁵¹⁹. А.М. Рабец, полагая, как и многие другие цивилисты⁵²⁰, исследуемую конструкцию санкций, уточняет, что «семейно-правовой санкцией является не сама недействительность брака, а устанавливаемые законом последствия недействительности брака». Однако это уточнение вряд ли основательно и соответствует общей формуле санкций, куда включаются и главный компонент (признание недействительным, то есть аннулирование правоотношения), и конкретные элементы в виде тех самых последствий, о которых пишет автор. Так трактуется сущность данной санкции и М.В. Антокольской⁵²¹, и В.А. Рясенцевым⁵²², и другими цивилистами.

М.В. Кротов усматривает сущность санкции в исследуемом случае не в мере защиты и не в мере ответственности: основная цель нормы – в констатации того, что стороны не достигли желаемого правового результата⁵²³. Однако это не так. М.В. Антокольская совершенно справедливо отмечает, что, в зависимости от наличия или отсутствия вины у стороны или обеих сторон, «санкция – признание брака недействительным» сводится либо к мере ответственности (фиктивный брак, обман и т.п.), либо к мере защиты (не знали о близком родстве, о фактической недееспособности и т.д.) – соответственно за правонарушение или за объективное противоправ-

⁵¹⁹ См.: Оридорога М.Т. Брачное правоотношение. Киев, 1971. С. 67.

⁵²⁰ См.: Рабец А.М. Алиментные обязательства между супругами. Томск, 1974. С. 15; Антокольская М.В. Семейное право. М., 2002. С. 117; Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 71; Пчелинцева Л.М. Семейное право. М., 1999. С. 115; Тихиня В.Г. Комментарий к Кодексу Республики Беларусь о браке и семье / Под ред. В.Г. Тихиня, В.Г. Голованова. Минск, 2000. С. 55; и др.

⁵²¹ См.: Антокольская М.В. Семейное право. С. 125.

⁵²² См.: Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 71.

⁵²³ См.: Гражданское право Ч. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 339.

ное поведение⁵²⁴. Это вполне отвечает доктринальному представлению о дифференциации санкций вообще⁵²⁵.

В.П. Шахматов, Б.Л. Хаскельберг предлагают различать недействительные и несостоявшиеся браки. Последние являются следствием сговора одного из «вступивших в брак» и должностного лица органа ЗАГС. Так, в результате противоправных действий работника сельского совета и одной гражданки был зарегистрирован ее брак с Дмитруком в его отсутствие и вопреки его желанию⁵²⁶. И такие казусы не единичны. Для несостоявшихся браков характерно, что о регистрации брака «супруги» или один из них обычно узнают после того, как она была произведена. Их нельзя, продолжают авторы, квалифицировать как недействительные браки, ибо последние не всегда ведут к полному аннулированию всех правовых последствий. Речь должна идти о «несостоявшихся браках», юридическую реакцию на которые необходимо оформлять иском об аннулировании записи о несостоявшемся браке. В известном смысле, считают ученые, недействительные и несостоявшиеся браки соотносятся между собой как оспоримые и ничтожные сделки⁵²⁷. Однако, на наш взгляд, это было бы неточно, так как и те, и другие составляют «клиентуру» института недействительности сделок (ст. 166 ГК РФ). Другое дело, что подобная параллель уместна при сравнительном анализе различных оснований признания брака недействительным: есть обстоятельства, которые влекут недействи-

⁵²⁴ См.: Антокольская М.В. Семейное право. С. 127.

⁵²⁵ В цивилистике высказываются и иные точки зрения о сущности недействительности сделки и, в частности, соотношении недействительности и противоправности. Так, Д.О. Тузов полагает, что указанные характеристики сделки автономны: не всякая недействительная сделка противоправна – иное приведет к признанию, например, недееспособного субъекта сделки правонарушителем. См.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок. Опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007. С. 44.

Однако полагаем, что дифференциация противоправности по субъективному и объективному (объективная противоправность) критериям в значительной мере данную проблему разрешает.

⁵²⁶ См.: Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. С. 123.

⁵²⁷ Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. С. 125–126.

тельность априори, исключая судебное усмотрение, и есть такие, что предполагают альтернативное развертывание событий в гражданском процессе. В то же время сама конструкция несостоявшихся браков представляется нам основательной и заслуживает внимания *de lege ferenda* – тем более, что правовые последствия должны быть иные, в частности, целесообразно не распространять на них правила о «льготировании» добросовестной стороны (п. 4 – 5 ст. 30 СК РФ)⁵²⁸.

Итак, основаниями признания брака недействительным служат нарушения позитивных условий его заключения или несоблюдения запретов (ограничений), предусмотренных нормами ст. 12 – 15 СК РФ.

Право на предъявление иска существенно дифференцировано – как раз в зависимости от объективной стороны деяния. Так, прокурор назван в качестве возможного инициатора процесса во всех случаях, кроме казуса о сокрытии одним из супругов заболеваний (п. 3 ст. 15, ч. 5 п. 1 ст. 28 СК РФ). Орган опеки и попечительства вправе предъявить иск о признании брака недействительным, если нарушено условие о брачном возрасте, дееспособности или запрет брака в отношениях усыновления. Наиболее широкий круг инициаторов процесса предусмотрен в случае несоблюдения требований ст. 14 СК РФ: супруг, не знавший о наличии препятствий, супруг по предыдущему расторгнутому браку, опекун недееспособного, другие лица, права которых нарушены заключением брака, орган опеки и попечительства, прокурор. И во всех случаях такое право принадлежит добросовестному супругу (ст. 28 СК РФ).

Существо ряда нарушений не ведет к очевидной ничтожности брака. Так, брак, заключенный с лицом, не достигшим совершенно-

⁵²⁸ М.В. Кротов полагает, что с точки зрения правовых последствий брак, совершенный с нарушением основных правил его регистрации, ничем не отличается от незарегистрированного брака. При этом для ликвидации правовых последствий брака все равно потребует признание его недействительным. См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 2007. С. 392.

Однако, думается, необходимо все же дифференцировать процедурные нарушения на те, которые может преодолеть сам орган ЗАГС (например, внести необходимые изменения в запись, произведенную с ошибками), и те, которые влекут применение судебной процедуры, – притом о признании недействительности записи о браке, а не брака.

нолетия, которому не был снижен брачный возраст законным порядком, может быть объявлен судом действительным (санирован), если этого требуют интересы несовершеннолетнего супруга, а также при отсутствии его согласия на признание брака недействительным (п. 2 ст. 29 СК РФ). Суд не может признать брак фиктивным, если стороны до рассмотрения дела в порядке гражданского судопроизводства фактически создали семью.

Суд может признать действительным брак, если к моменту рассмотрения дела отпали обстоятельства, которые препятствовали его заключению. Очевидно, что единственным непреодолимым препятствием, вследствие своей неизменности, является близкое родство.

Санация же при нарушении принципа единобрачия имеет свою особенность действия во времени и пространстве: если нарушитель до судебного рассмотрения дела успел расторгнуть первый брак, то второй может влечь последствия только с момента прекращения первого (это вытекает из систематического толкования норм ст. 25 и п. 1 ст. 29 СК РФ). По общему правилу, брак не может быть признан недействительным после его расторжения, за исключением случаев близкого родства либо состояния одного (обоих) супругов в момент регистрации брака в другом нерасторгнутом браке. Полагаем, что данное положение п. 4 ст. 29 СК РФ (уточненное нами в части множественности нарушителей) не является разумным и справедливым, так как различие между казусами может состоять лишь в предприимчивости и динамизме тех, кто успел расторгнуть брак, который, в противном случае, мог быть признан недействительным. Поскольку правовые последствия развода и недействительности построены принципиально по-разному, постольку правильно было бы ограничиться такой альтернативой, как санация недействительного брака судом.

Каковы же эти последствия? Если при расторжении брака брачное правоотношение прекращается на будущее время – с соответствующей модификацией смежных правоотношений (имущественных, по воспитанию детей и т.д.), то при признании брака недействительным общим правилом является двусторонняя реституция, то есть приведение сторон в первоначальное положение с момента его заключения. В то же время, коль скоро брак не гражданско-правовая сделка, а особая разновидность семейно-правового договора, существо

которого не допускает столь формализованного подхода ко всем событиям, происшедшим с супругами до судебного признания их отношений недействительными, семейный закон традиционно предусматривает значительные изъятия из общего правила. Первое касается статуса детей: недействительность не влияет на их права (п. 3 ст. 30 СК РФ). Второе – добросовестного супруга: суд полномочен признать за ним права в отношении алиментирования, раздела имущества на основе семейно-правовых принципов, по брачному договору; добросовестный супруг волен требовать возмещения причиненного ему материального и/или морального вреда, а также сохранить избранную им при регистрации брака фамилию.

Следует признать, что построение схемы правовых последствий не во всех правовых системах совпадает с российской⁵²⁹. Так, например, в Японии существенно дифференцируются последствия в зависимости от характера нарушения: пороки воли ведут к недействительности брака и реституции, а нарушение условия о брачном возрасте, единобрачии и запрета брака между близкими родственниками – к аннулированию брака и отрицательным последствиям только на будущее время⁵³⁰. В Болгарии (п. 1 ст. 98 СК) правовые последствия «уничтоженного» брака приравниваются к последствиям развода, а недобросовестность в первом имеет значение вины во втором (о брачной вине см. в главе о прекращении брака). Однако в большинстве стран общее правило о правовых последствиях признания брака недействительным относительно совпадает с российским вариантом.

2.4. И снова о разводе: преимущественно процессуальный контекст

Под прекращением брака понимают, в отличие от признания брака недействительным с его аннулированием возникших брачно-правовых последствий, прекращение отношений действительного (законного) супружества на будущее

⁵²⁹ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 520.

⁵³⁰ См.: Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. С. 186–187.

время, а вместе с ними – прекращение или преобразование целого комплекса семейных правоотношений личного и имущественного порядка.

Брак может быть прекращен вследствие наступления события – смерти супруга (или объявления его умершим судебным решением), а также по желанию стороны (сторон) путем расторжения супружеского союза (ст. 16 СК РФ).

Традиционно особое внимание уделяется как в законодательном, так и доктринальном плане именно разводу: основаниям к нему, сущности права на расторжение брака, выбору оптимальной меры свободы развода и адекватных бракоразводных процедур.

2.4.1. Право на расторжение брака и подведомственность бракоразводных дел

Коль скоро брак есть разновидность семейно-правового **договора**, очевидной его характеристикой является триада: 1) свобода брака предполагает свободу его расторжения; мера относительности этой свободы существенно отличается от меры, данной законом для гражданско-правовых договоров, – ввиду известных особенностей брачного правоотношения, возможного осложнения ситуации «третьей жизнью» (детьми) и государственным интересом в защите этой жизни и семьи в целом как одного из важнейших «атомов» российского общества; 2) расторжение брака связано с девиантностью, конфликтностью, с необходимостью превращая регулятивное брачное правоотношение в охранительное⁵³¹ с охранительным же субъективным правом на развод; 3) договор, как правило, может быть расторгнут соглашением сторон, а при разногласиях (споре) – специальным органом (в нашем случае – в обе схемы подключаются органы ЗАГС, мировой судья, суд общей юрисдикции).

«Фактический распад брака, – пишет Е.А. Крашенинников, – обуславливает возникновение у супругов права на раз-

⁵³¹ Подробнее о соотношении указанных конструкций см., например: Тарусина Н.Н. Правонарушение, конфликт, спор о праве: эссе процессуалиста // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Вып. 12. Правонарушения. Ярославль, 2008. С. 24–40. См. также очерк седьмой данной книги.

вод, то есть охранительного субъективного семейного права требовать от суда прекращения регулятивных брачных прав и обязанностей. Любой из супругов может воспользоваться этим правом путем предъявления иска о расторжении брака. Вынося решение по иску, суд защищает не подлежащие прекращению регулятивные правомочия истца по брачному правоотношению и не служащее средством такого прекращения притязание о расторжении брака, а охраняемый законом интерес в прекращении брачного правоотношения»⁵³².

И снова выстраивается «триада»: 1) фактический распад брака («смерть» брака) становится юридическим фактом, вызывающим к жизни охранительное правоотношение (брачный конфликт, противоречие, потребность покинуть «конфликтное брачное поле»); 2) субъективное охранительное право на развод – предметом судебного осуществления; 3) охраняемый законом интерес в прекращении брачного правоотношения – предметом судебной защиты; соответственно бракоразводное дело – предметом судебной деятельности. (Я.Р. Веберс отмечал, что суд решает только вопрос об осуществлении права на расторжение брака⁵³³.)

Эти рассуждения не считаются аксиоматичными, подвергаются уточнению и критике⁵³⁴, однако и то, и другое не носит, на наш взгляд, характера принципиальных, «подрывных» возражений, и мы не будем на них останавливаться (тем более что теория охранительных правоотношений получила широкое признание, а последняя «триада» выстроена на ее основе⁵³⁵).

⁵³² Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль, 1995. С. 57–58.

⁵³³ См.: Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. С. 92.

⁵³⁴ См., например: Машутина Ж.Н. К вопросу об объекте защиты по преобразовательному иску // Механизм защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 1990. С. 129–131; Анисимова Л.И., Иванова С.А. К вопросу о преобразовательных исках // Там же. С. 133.

⁵³⁵ См. например: Елисейкин П.Ф. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. Ярославль, 1975. Вып. 1. С. 8; Бутнев В.В. Несколько замечаний к дискуссии о теории охранительных правоотношений // Вопросы теории охранительных правоот-

Весьма спорным является другой вопрос: кому адресовано требование в бракоразводном правоотношении – второму супругу или суду? В семейно-правовом смысле, конечно, субъекту брачного правоотношения, в гражданско-процессуальном – суду, так как судебное решение имеет в данном случае конститутивное значение, будучи ответом на классический преобразовательный иск (о прекращении брака путем его расторжения)⁵³⁶. Второй супруг после удовлетворения иска судом претерпевает неблагоприятные последствия (и в этом-то и состоит его обязанность, корреспондирующая праву первого супруга на развод⁵³⁷): прекращение брака помимо его воли (желания), модификация (изменение, преобразование или прекращение) смежных с брачным лично-правовых и имущественных семейных правоотношений.

Между тем высказана и принципиально иная точка зрения. Е.А. Крашенинников полагает, что преобразовательное притязание (в нашем случае – на расторжение брака) связывает своего носителя (истца) не с ответчиком, а только с судом, так как именно суд может произвести прекращение данного правоотношения. При этом из того обстоятельства, что притязание адресовано суду, не следует, что он становится стороной в процессе и выступает соответственно «судьей в отношении самого себя», он решает не в собственном деле, а в деле сторон⁵³⁸. С этим можно было бы согласиться, хотя в данной конструкции из бракоразводного (охранительного) правоотношения и «исчезает» ответчик (второй супруг). Но утверждение о том, что суд становится участником данного (материально-правового) отношения с истцом, усиленное утверждением, что при этом суд в рамках такого правоотношения «не снабжен функцией веления», истец и суд

ношений. Ярославль, 1997. С. 7–10; Он же. Механизм судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Вып. 4. Ярославль, 2000. С. 74–88.

⁵³⁶ О конститутивном судебном решении и преобразовательных исках см., например: Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 31–42.

⁵³⁷ См.: Бутнев В.В. Механизм судебной защиты... С. 86–87.

⁵³⁸ См.: Крашенинников Е.А. Еще раз о преобразовательных исках // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2000. С. 64–66.

находятся в равнопоставленных позициях, а отношения власти и подчинения между ними устанавливаются только в гражданском процессе, возникшем по поводу осуществления преобразовательного притязания⁵³⁹ (в данном случае – на прекращение брака), на наш взгляд, не может быть принято. Брачный конфликт (охранительное правоотношение) существует между супругами. Они могут обойтись без суда и зафиксировать «смерть» брака в органах ЗАГС, конечно, кроме случаев «обременения умершего брака» детьми, но это уже настолько искусственная конструкция, сооруженная для обеспечения интересов детей после развода, что она, как чрезвычайное исключение, не может быть правилом. Кроме того, опираясь на классический канон гражданского процессуального права, трудно представить и ситуацию равнопоставленности истца и суда, пусть и не в строго процессуальном правоотношении. Вслед за классиками процессуалистики полагаем, что вопрос все же исчерпывается конкретизирующей функцией судебного решения (Н.Б. Зейдер⁵⁴⁰, К.И. Комиссаров⁵⁴¹ и др.) конститутивного типа (М.А. Гурвич⁵⁴²)⁵⁴³.

⁵³⁹ Крашенинников Е.А. Еще раз о преобразовательных исках. С. 66.

⁵⁴⁰ См.: Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 92–97.

⁵⁴¹ См.: Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 26.

⁵⁴² См.: Гурвич М.А. Указ. соч. С. 31–42.

⁵⁴³ В известном смысле на данном этапе дискуссия носит несколько отвлеченный характер. Так, Ю.В. Байгушева, вслед за Е.А. Крашенинниковым, отмечает, что заключение супругами договора (соглашения) о прекращении брака (который становится далее объектом госрегистрации органа ЗАГС) не является осуществлением ими права на развод; притязание на развод осуществимо только актом судебного решения. (См.: Гражданское право / Под. ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 453.)

Между тем мы не оспариваем последнего утверждения. Да и кто же может возражать против очевидного – преобразовательного судебного решения бракоразводного процесса? Многие лишь расходятся в деталях и терминах.

В то же время нельзя столь категорично отрицать и семейно-правовой связи супругов (истца и ответчика), спора между ними о

В цивилистике высказана и еще одна точка зрения, совершенно иначе квалифицирующая природу и существо права на развод. Так, С.М. Пелевин утверждал, что данное право есть элемент правоспособности, вытекающий из принципа свободы брака и свободы развода, поэтому спорить о нем бессмысленно: правоспособность, как известно, возникает с личностью и не зависит от субъективного отношения к ее элементам. Развод «в чистом виде», продолжал автор, содержит в себе не спор о праве, «а спор о причинах брачно-семейного конфликта, да и то только в тех случаях, когда супруги по-разному оценивают конфликтную ситуацию и проявляют процессуальную активность в этом отношении». Установление судом обстоятельств, подтверждающих невозможность дальнейшей совместной жизни супругов, не имеет никакого отношения к признанию судом права на развод. Если для заключения брака необходимо взаимное согласие сторон, то как взаимное решение о прекращении брака, так и одностороннее о том желание подрывает существо супружеского союза: нет взаимного согласия на его продолжение (как прежде – на заключение) – нет и брака. Поэтому наличие права на развод нет необходимости доказывать – даже одностороннего волеизъявления достаточно для прекращения брака, ибо оно само по себе свидетельствует о том, что брак распался.

Кроме того, С.М. Пелевин подчеркивал и второй аспект «бессмысленности» применения судебной формы при расторжении брака: на практике наблюдается явное стремление истца (или обеих сторон) приводить в качестве причин нестабильности брака и мотивов развода те, которые оцениваются судьями как доказательственные факты более высокой степени достоверности (например, измена, систематическое пьянство мужа, утрата чувства любви и т.п. – в то время как в действительности за этим могут скрываться отсутствие жилья, ссоры с родителями

прекращении брачного правоотношения, иска о разводе в материально-правовом смысле.

Видимо, проблема существа права на расторжение брака (как и иного договора – ст. 450 ГК РФ) и значения соответствующего судебного акта должна, наконец, перейти на иной, более основательный, теоретический уровень и из сносок, как это делаем мы с Ю.В. Байгушевой в рамках означенного учебника и «очерков», перерасти в ранг самостоятельного исследования.

ми и другие причины, не столь убедительные и очевидные для суда); нередко наблюдается также пассивность ответчика. Из всего законного диапазона средств доказывания суду приходится опираться в основном на объяснения сторон – все это ведет к невозможности установления действительных обстоятельств бракоразводного дела. Поэтому наиболее приемлемым способом расторжения брака является административная, а не судебная процедура⁵⁴⁴.

Надо отдать должное автору в успешности социологической составляющей его позиции и оригинальности использованных технологий, для 70-х гг. XX в. весьма редких⁵⁴⁵, притом что и в нашей практике встречалось немало случаев, ставящих под сомнение реальность установления «истины» по бракоразводному делу. Так, обобщением соответствующих материалов одного из судов г. N было установлено, что в большинстве исковых заявлений в качестве причины нестабильности брака и основания иска указывалось «несходство характеров». Воистину, причина весьма распространенная и содержательно неопределенная. Однако в нашем случае дело усугублялось тем, что на доске образцов документов был представлен проект искового заявления с указанием в качестве примера именно данной причины... На «гадательный» характер суждений суда обращает внимание и И.П. Коржаков⁵⁴⁶.

Тем не менее с данной позицией трудно согласиться. Правоспособность, как известно, есть способность лица иметь права и нести обязанности, которая сопровождает его, будучи абстрактной и неотчуждаемой характеристикой, с рождения до смерти. В этом смысле и право на брак, и право на развод, и другие правовые возможности лица можно рассматривать как элементы правоспособности. Но конкретное субъективное право, основанное на правоспособности, существует в рамках конкретного право-

⁵⁴⁴ См.: Пелевин С.М. О подведомственности дел о расторжении брака // Вестн. ЛГУ. 1972. № 5, Сер. Экономика. Философия. Право. Вып. 1. С. 122–127.

⁵⁴⁵ Подробнее см.: Пелевин С.М. Вопросы эффективности правового регулирования разводов в СССР: дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1972.

⁵⁴⁶ См.: Коржаков И.П. Расторжение брака в судебном порядке: гражданско-процессуальные аспекты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1996. С. 14.

отношения⁵⁴⁷. Если расторжение брака есть безусловное (бесспорное) следствие отсутствия согласия на продолжение брака, вторая сторона свободы заключения супружеского союза, то оно есть и продолжение цепочки «субъективное право на заключение брака – субъективное право на его расторжение». Для прекращения конкретного супружества необходим юридико-фактический состав (дестабилизация или острая конфликтность отношений, законно оформленная воля на прекращение союза, ее юридическая фиксация тем или иным способом), для «элемента правоспособности» этого, как известно, не требуется.

В этом смысле право на развод не отличается от права на алименты или права на раздел общесупружеского имущества и т.п. Более того, если брак есть особое семейно-правовое договорное отношение, то его прекращение, по крайней мере в одностороннем порядке, не отвечает, как мы уже отмечали, классическому канону. Коль скоро брак являет собой еще и особую социальную ценность, и сложный правовой комплекс, тот или иной государственный контроль за кардинальными в нем изменениями неизбежен (имеем же мы обязательную нотариальную и/или регистрационную форму контроля за движением отдельных объектов гражданских прав). Нельзя также противопоставлять формулы «спор о праве» и «спор о причинах конфликта», ибо второе есть элемент конкретизации первого.

Последний аргумент С.М. Пелевина относится к характеристике судебного познания и доказательственной деятельности сторон. Автор делает вывод о проблематичности установления искомого факта (сохранение семьи невозможно), так как стороны обычно ссылаются на противоречивые мотивы развода, легко приспосабливаются к общественному мнению, в том числе профессионального судьи (с большой степенью вероятности предполагая предпочтение судьи в части убедительности оснований иска), и не используют иных средств доказывания, кроме собственных объяснений. И что же? В других спорах личного характера, где также нет или почти нет иных средств доказывания, задача суда не проще, если не сложнее (например, в споре об осуществлении права на воспитание ребенка). Кроме

⁵⁴⁷ Анализ дискуссии о праве на развод в этом контексте см., например: Иванова С.А. Особенности судебного рассмотрения дел о расторжении брака. М., 1984. С. 13–15.

того, определенная беспомощность суда в таких делах и склонность их на этом основании, а также по причине большой загруженности другими делами «штамповать» разводы – дополнительные аргументы скорее в пользу судебной специализации, нежели отказа от судебной процедуры в принципе.

Противники судебной процедуры расторжения брака были, есть и будут. Это естественно: развод – распространенное и сложное явление, касающееся очень многих, в том числе иной раз и самих цивилистов. Постоянные поиски оптимальных решений этой проблемы закономерны, а часто личностно выстраданы.

Так, еще И.А. Покровский отмечал, что, «превращая брак в клетку, в которую можно свободно войти, но которая тотчас же наглухо запирается, придавая ему характер внешней принудительности, государство этим самым в высокой степени извращает ту обстановку, которая необходима для подлинного развития нравственной стороны брачного союза»⁵⁴⁸. Улучшая условия общественной жизни, продолжал автор, устраняя социальные причины, пагубно влияющие на крепость брачного союза, государство сделало бы неизмеримо больше для оздоровления семейного строя, нежели упорствуя в поддержке принципа нерасторжимости брака⁵⁴⁹.

О.Ю. Ильина подчеркивает: «Поскольку государство одним из принципов семейного законодательства называет добровольность брачного союза мужчины и женщины, то оно, очевидно, должно признавать и их право добровольного, без вмешательства кого-либо, а также в любое время и без каких-либо препятствий решать вопросы о его расторжении»⁵⁵⁰. Далее автор, констатируя неэффективность судебной процедуры, чрезмерность государственного контроля над супружеством, дисбаланс соотношения частных и публичных начал в данном вопросе, предлагает исключить из главы 4 СК РФ нормы, предусматривающие судебный порядок расторжения брака⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 172.

⁵⁴⁹ Там же. С. 174.

⁵⁵⁰ Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 42.

⁵⁵¹ Там же. С. 53–55, 61.

Не вдаваясь в преждевременную дискуссию о неэффективности и даже противопоказанности делу о разводе судебной процедуры⁵⁵², заметим, однако, что одностороннее расторжение договора (при возражении о том контрагента), как правило, нуждается в судебном подтверждении. Таким образом, если все «клетки» И.А. Покровского открыть, получится произвол. (Впрочем, данный ученый акцентировал внимание именно на принципе нерасторжимости брака, о котором мы и речи не ведем – ввиду его неактуальности в настоящее время.)

При этом зарубежные версии бракоразводного законодательства в основном ориентированы на судебную подведомственность данной категории дел – с дифференциацией процедур в зависимости от «спорности» или «бесспорности» ситуации. В США, впрочем, допускается и внесудебный порядок расторжения брака, если брачным договором разрешены все имущественные вопросы и определены права и обязанности в отношении детей – при обязательном, правда, условии: если ни одна из сторон не оспаривает положений данного договора⁵⁵³.

История советского бракоразводного законодательства, кратко изложенная нами ранее, свидетельствует о «скачкообразности» позиции относительно вопроса о подведомственности бракоразводных дел: от суперлиберальной внесудебной процедуры до исключительно судебной, и притом с преобладанием публичных, императивных начал.

Как известно, **подведомственность** есть свойство дела быть рассмотренным тем или иным органом в определенном юридическом порядке⁵⁵⁴. При определении правил подведомственности законодатель руководствуется целым рядом соображений. Однако среди всей суммы критериев определения подведомственности гражданского (в нашем случае брачно-семейного) дела решающее значение имеет характер объекта защиты, особенности самого дела – предмета юрисдикционной (административной, судебной, общественно-правовой) деятельности, социальная ценность защищаемых интересов. Как не

⁵⁵² Подробнее об этом см. далее.

⁵⁵³ См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств ... С. 121–122.

⁵⁵⁴ См., например: Курс советского гражданского процессуального права / Под ред. Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М., 1981. Т. 2. С. 5–6. (Автор главы – Ю.К. Осипов).

привести крылатое изречение по этому поводу С.В. Курылева: «Расточительно и неумно ставить воинскую часть на охрану дровяного сарая – здесь достаточно замка. Наоборот, по меньшей мере легкомысленно в охране государственных границ ограничиваться замком на шлагбауме пересекающей границу дороги. Так же необходимо решать вопросы и при выборе форм охраны субъективных прав и интересов граждан и организаций»⁵⁵⁵. Роль дополнительных критериев играют: состояние законности в данной области защиты, особенности политической и экономической ситуации в стране в конкретный период, уровень правовой культуры, национальные и наднациональные традиции, степень загруженности правозащитной системы (в нашем случае – суда), общественное мнение, состояние, тенденции юридической науки, иные соображения законодателя, а также его ошибки.

Особенности брачного правоотношения нами уже были отмечены с самых разных точек зрения: исторической, социально-правовой, формально-юридической, а также с точки зрения взаимодействия частных и публичных интересов и соответствующих начал их обеспечения.

История бракоразводной идеи, начавшись в парном браке с его полной свободой прекращения союза, в римском браке с относительной свободой развода, продолжилась в христианском браке, в том числе российском православном, с принципом святости брачных уз и их нерасторжимости (кроме как в порядке особой исключительности), превратившись в свою очередную противоположность сразу после октябрьской революции, затем в очередную противоположность в 1940 – 50-е гг. «сталинского императива», и, наконец, достигла периода относительно «мирного сосуществования» своей доктринальной, законодательной и правоприменительной сущности.

«Многомненье» о путях совершенствования бракоразводной процедуры, о котором мы частично уже упоминали, даже относительно радикального толка, продолжает развиваться в рамках интеллигентной научной дискуссии и спокойного раз-

⁵⁵⁵ Курылев С.В. Формы защиты и принудительного осуществления субъективных прав и право на иск // Тр. Иркутск. гос. ун-та. Т. 22. Вып. 3, Сер. юрид. Иркутск, 1957. С. 176.

мышления законодателя над проектами ее усовершенствования. Остановимся на этом подробнее.

2.4.2. Административный развод

Административно-процессуальная форма, по сути своей, более всего отвечает задаче «констатации смерти брака». Орган ЗАГС как бы осуществляет государственную регистрацию соглашения (договора) супругов о расторжении брака⁵⁵⁶. Однако не всякий обладает таким договорным правом и не всякий административный развод основан на соглашении. Семейным кодексом, как и КоБС РСФСР 1969 г., установлены две административно-правовые бракоразводные технологии – основная и факультативная.

Применение первой основано на трех юридических фактах-предпосылках: отсутствие у супругов общих несовершеннолетних детей, взаимное согласие на прекращение брака, формальная реализация взаимной воли на развод (подача заявления, явка на регистрацию, оплата госпошлины и т.п.).

Территориально регистрация осуществляется органом ЗАГС по месту жительства супругов, одного из них или по месту заключения брака (ст. 32 ФЗ «Об актах гражданского состояния»; далее – ФЗ «Об АГС»). По общему правилу, подается совместное заявление по установленной форме. При невозможности явки одного из супругов воля последнего может быть фиксирована отдельным заявлением, удостоверенным нотариусом. Акт регистрации производится в присутствии хотя бы одного из супругов по истечении месяца со дня подачи заявления. (КоБС РСФСР устанавливал срок в 3 месяца, что нередко провоцировало супругов к созданию видимости спора, чтобы воспользоваться судебной процедурой, которая при соответствующем их «спектакле» под названием «Совместная жизнь абсолютно невозможна» могла быть осуществлена гораздо

⁵⁵⁶ Как мы уже отмечали ранее применительно к значению госрегистрации брака, госрегистрация соглашения о его прекращении путем расторжения не входит в состав данной сделки.

Аналогичной точки зрения, опираясь на обозначенную нами ранее позицию Е.А. Крашенинникова о фактическом составе сделки, придерживается и Ю.В. Байгушева. См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 450.

быстрее, если не в один день; в настоящее время срок административного развода и судебного развода по взаимному согласию одинаков – 1 месяц (п. 4 ст. 33 ФЗ «Об АГС», п. 2 ст. 23 СК РФ), а судебная исковая процедура несколько сложнее – все это является превенцией против подобных фиктивных споров). О факте регистрации каждому из бывших супругов выдается свидетельство о расторжении брака. (В нем, кстати, фиксируется и выбор фамилии супруга: сохранение брачной или возврат к добрачной, то есть собственной фамилии, данной от рождения.)

Применение второй бракоразводной технологии, суть которой в расторжении брака по одностороннему заявлению (односторонней сделкой) супруга, рассчитано на особый случай: признание второго супруга недееспособным, объявление его безвестно отсутствующим или осуждение за совершение преступления к лишению свободы на срок свыше трех лет (ст. 20 СК РФ). Наличие одного из указанных альтернативных юридических фактов должно быть подтверждено копией судебного решения (приговора). Орган ЗАГС в трехдневный срок извещает супруга, отбывающего наказание, либо опекуна недееспособного супруга или управляющего имуществом безвестно отсутствующего супруга (а в случае их отсутствия – органа опеки и попечительства) о поступившем заявлении и дате регистрации расторжения брака (один месяц со дня заявления).

Споры, вытекающие из брака (раздел общесупружеского имущества, взыскание алиментов и пр.), рассматриваются в судебном порядке. Ранее по КоБС РСФСР наличие подобных сопутствующих споров меняло административную подведомственность собственно бракоразводного дела на судебную, что, на наш взгляд, не отвечало сущности складывавшихся правоотношений: 1) если супруги полагают свой брак «умершим» и договорились об административно-правовой констатации этого факта, то возникшие между ними споры о разделе имущества и алиментировании (бывшего супруга) не должны «переворачивать» правило о подведомственности бракоразводного дела, ибо споры эти, в отсутствие детей, преимущественно частные (можно было бы квалифицировать их как «исключительно частные», однако возможны ситуации, где необходимо особо защитить интересы социально слабой стороны – одного из супругов); 2) когда закон предоставляет одному из супругов обоснованную «льготу» в виде права на односторонний развод, нелогично и несправедливо

ее отбирать в связи с заявлением вторым супругом или его опекуном о наличии споров из правоотношений, смежных с брачными. Поэтому действующий вариант СК РФ вполне оправдан.

2.4.3. О гражданско-процессуальном бракоразводном «ключе»

Несмотря на постоянное присутствие (с перерывом в 1940 – 50-е гг.) в семейно-правовой доктрине XX и начала XXI в. сторонников административной концепции, **гражданско-процессуальный бракоразводный «ключ»** остается технологичным и эффективным средством решения брачных проблем. При этом гражданский процесс (по крайней мере на уровне норм права, если уж не практики его применения) продолжает специализироваться в зависимости от предмета судебной деятельности – в нашем случае семейного дела, а еще точнее – дела о расторжении брака и смежных с ним дел из семейных правоотношений, с браком тесно, иной раз неразрывно связанных.

2.4.3.1. О подсудности

Ранее, как известно, все бракоразводные дела рассматривались судами общей юрисдикции (районными народными судами) в исковом производстве. В настоящее время ситуация принципиально изменилась.

Во-первых, существенно дифференцирована гражданско-процессуальная форма в зависимости от наличия спора о разводе: новеллой СК РФ стало производство о расторжении брака по взаимному согласию, которое давно уже было введено в ряде европейских стран⁵⁵⁷. Наряду с ним, разумеется, осталось классическое исковое производство о рассмотрении спорных случаев.

Первая технология, как и административная, ориентирована на «констатацию смерти брака», однако под судебным контролем. К предпосылкам ее применения относятся две существенно отличные друг от друга группы юридических фактов: 1) у сторон есть право на административный развод, однако они не

⁵⁵⁷ См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. Гражданские и торговые кодексы. М., 1986. С. 26.

достигли согласия в реализации этого права; 2) стороны стремятся к прекращению брака, но имеют общих несовершеннолетних детей.

Если первый вариант предпосылок ведет лишь к необходимости формального судебного принуждения, то наличие второго обусловлено традиционным и понятным желанием государства и общества защитить интересы ребенка.

Сторонница концепции административной формы развода О.Ю. Ильина выражает сомнение в том, что с помощью судебной процедуры расторжения брака «супругов с детьми» можно эффективно защитить интересы последних... Супруги, полагает автор, получившие свободу от брака, с меньшей агрессивностью и более разумно смогут решить вопросы, касающиеся их общих детей⁵⁵⁸. С этим трудно согласиться: 1) при «бесспорном разводе» в своей будущей свободе супруги и не сомневаются – агрессивности взяться неоткуда (если только они или один из них не агрессивен по натуре); зато имеется выигрыш во времени при решении вопросов о месте проживания ребенка и его алиментировании; 2) в «спорном» же разводе комплексное снятие конфликтности также предпочтительнее, чем «купирование» проблемы по частям.

Гражданско-процессуальная форма для обоих типов «бесспорных» казусов максимально упрощена (заявление подается супругами, примирительная процедура не применяется, в существо брачного конфликта суд не вникает), с другой стороны, для второго типа введена дополнительная «защитная технология»: суд обязан определиться с судьбой ребенка (детей), проживающего (проживающих) в «умирающей» семье их родителей. Данное служебное начало реализуется тремя альтернативными способами: суд либо утверждает соглашение супругов-родителей о месте проживания ребенка и его алиментировании (предварительно проверив их на предмет соблюдения интересов последнего), либо решает эти вопросы по существу требования, заявленного одной из сторон, либо, если соглашения супругов нарушают интересы ребенка или указанные требования не заявлены, осуществляет конкретизацию правоотношений по собственной инициативе. Второй и третий ситуацион-

⁵⁵⁸ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность меняющейся России. С. 51–53, 61.

ные варианты, конечно же, свидетельствуют о наличии между сторонами спора о праве. По классическому сценарию это должно было бы привести к исковому производству в «чистом» виде. Однако перед нами совершенно специальный набор элементов гражданско-процессуальной формы, сознательно допускающий указанные внутренние противоречия.

Сущность производства о расторжении брака по взаимному согласию не является исковой⁵⁵⁹. При этом если супруги достигли всех необходимых соглашений о детях и суд их утвердил, то производство природно ближе особому, в частности, производству об установлении фактов, имеющих юридическое значение. Однако, поскольку подобная гармония достигается отнюдь не всегда, разделять исследуемое производство на два подпроизводства («бесспорное» в полном объеме и частное «бесспорное») нецелесообразно, тем более что они взаимоперетекаемы. Поэтому, на наш взгляд, имеет смысл выделить группу специальных производств гражданского процесса, которые сущностно «выпадают» из классической схемы трех основных производств. («Наличие двух моделей расторжения брака, – отмечает И.П. Коржаков, – подчеркивает отличие процедуры как от искового, так и от особого производства»⁵⁶⁰.)

Представляет интерес законодательное решение в Украине: в соответствии с правилами ст. 109 СК супруги вправе подать совместное заявление о расторжении брака при условии достижения письменных договоренностей о месте проживания ребенка, участии в обеспечении условий его жизни того из родителей, который будет проживать отдельно, а также об условиях осуществления им права на личное воспи-

⁵⁵⁹ В результате необходим компромисс. Согласие обоих супругов, отмечают О.Ю. Ильина и Ю.Ф. Беспалов, подтверждается подачей одним из них искового заявления о разводе, а вторым – заявления об отсутствии возражений. См.: Ильина О.Ю., Беспалов Ю.Ф. Указ. соч. С. 95.

Процессуалистами также допускается возможность рассмотрения дела в заочном производстве. (См., например: Гражданское судопроизводство: особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел / Отв. ред. В.В. Ярков. М., 2001. С. 270.) Хотя в принципе это не исключается, подчеркивает Н.М. Кострова, однако и весьма не желательна. (См.: Судебная защита семейных прав. С. 121–122.)

⁵⁶⁰ См.: Коржаков И.П. Указ. соч. С. 12–13.

тание ребенка. При этом договор об алиментах должен быть нотариально удостоверен. Дело рассматривается в порядке особого производства. Суд не может выяснять причин развода, принимать меры к примирению супругов или любым иным образом вмешиваться в их личную жизнь. Для принятия решения он должен установить, что заявление отвечает действительному желанию жены и мужа, а после развода не будут нарушены личные и имущественные права ни одного из супругов и права их детей⁵⁶¹.

Кроме указанной новеллы, введено еще одно принципиальное изменение, касающееся регламентации подсудности между районными судами и мировыми судьями: в соответствии с нормой ч. 1 ст. 23 ГПК РФ мировыми судьями рассматриваются: а) дела о расторжении брака, если между супругами отсутствует спор о детях (п. 2); б) дела о разделе общесупружеского имущества (п. 3); в) иные возникающие из семейно-правовых отношений дела, за исключением дел об оспаривании отцовства (материнства), об установлении отцовства, лишении родительских прав, усыновлении (п. 4). Правилom ч. 3 ст. 23 определено, что при объединении нескольких связанных между собой требований, изменении предмета иска, если новые требования становятся подсудными районному суду, все требования подлежат его рассмотрению.

Тем самым, как справедливо отмечает О.Г. Миролюбова, проявляется нестыковка двух норм: в общей норме (п. 4) законодатель изымает из компетенции мирового судьи только три категории споров, связанных с детьми; в специальной (п. 2) – споры о детях вообще. Соответственно неясно, какие споры имеются в виду – все споры о детях или только те, которые предусмотрены нормой ст. 24 СК РФ (о месте проживания ребенка и его алиментировании). В этой связи выстраиваются самые различные варианты⁵⁶².

При этом, как показывает практика, данные вопросы в некоторых судах и рядом мировых судей обходятся с легко-

⁵⁶¹ См.: Белоусов Ю.В. Некоторые вопросы рассмотрения дел особого производства... С. 218–220.

⁵⁶² Подробно об этом см.: Миролюбова О.Г. О подсудности бракоразводных дел // Вестник Поморского ун-та. Сер. Гуманитарные и социальные науки. 2006. № 4. С. 160–164.

стью: принимается заявление о расторжении брака, а о наличии других требований стороны не опрашиваются, тем самым грубо нарушаются правила ст. 24 СК РФ. Н.М. Кострова отмечает, что в связи с нечеткостью соответствующих правил родовой подсудности возникают две проблемы. Во-первых, наблюдаются споры о подсудности бракоразводных дел «с детьми» между мировыми судьями и судами общей юрисдикции. Во-вторых, анализ судебной статистики показывает, что большинство таких дел рассматриваются в мировом суде, а следовательно, в нарушение норм ст. 24 СК РФ место жительства детей после развода их родителей судом не определяется⁵⁶³.

О.Г. Миролюбова, подчеркивая комплексность бракоразводных дел (в смысле предписаний ст. 24 СК РФ и возможностей ч. 1 ст. 151 ГПК РФ⁵⁶⁴), предлагает бракоразводные (а возможно, и иные семейные) дела целиком передать в компетенцию районных судов, тем более в связи с возрождением идеи о судебной семейно-правовой специализации⁵⁶⁵.

2.4.3.2. О процессуальных особенностях рассмотрения дел о разводе

Перечень **инициаторов** процесса ограничен нормой п. 2 ст. 16 СК РФ: супруг или опекун супруга. Полагаем, однако, в исключительных случаях, например, когда первый супруг является опекуном второго супруга и вероятно наступление конфликта интересов, такое право может реализовать прокурор, несмотря на личный характер дела, так как в соответствии с нормой ст. 45 ГПК РФ он уполномочен таким образом защитить интересы недееспособного гражданина (а также и в других

⁵⁶³ См.: Судебная защита семейных прав. С. 105–106.

Это же подтверждается и судебной статистикой Ярославской, а также Владимирской областей. (По поводу последней см.: Ильина О.Ю., Беспалов Ю.Ф. Указ. соч. С. 81.)

⁵⁶⁴ Об этом см. далее.

⁵⁶⁵ Миролюбова О.Г. О подсудности бракоразводных дел. С. 160–164.

Статистика подтверждает, что подобное изъятие не меняет соотношения сил принципиально, так как у мировых судей останется достаточный набор подсудных категорий дел.

случаях – тяжелой болезни, преклонного возраста заинтересованного лица и т.п.⁵⁶⁶).

Сохранено весьма специфическое правило об **ограничении гражданско-процессуальной правоспособности супруга**. Норма ст. 17 СК РФ повторила правила ст. 31 КоБС РСФСР: «Муж не имеет права без согласия жены возбуждать дело о расторжении брака во время беременности и в течение года после рождения ребенка». Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что запрет распространяется и на случаи, когда ребенок родился мертвым или умер, не дожив до достижения им возраста одного года⁵⁶⁷.

Это правило является своеобразным гендерным диссонансом. Перед нами один из случаев, когда неравенство обеспечивает равенство: женщина в это время испытывает физические и психологические трудности, нуждается в заботе и т.д. Наконец, она выполняет важнейшую социальную функцию материнства (прекрасно, если еще и обусловленную ее внутренней потребностью). Правда, невозможность инициации развода в одностороннем порядке, справедливо отмечает О.А. Хазова, может являться лишь формальным препятствием к расторжению брака и едва ли ограждает женщину от переживаний, связанных с этим фактом и процедурой подтверждения «смерти брака»⁵⁶⁸; тем не менее отсрочка психологической драмы может оказаться ей необходимой.

Запрет абсолютен. Однако муж может и не быть отцом этого ребенка (что подтверждено судебным решением, – оспаривание отцовства не ограничено сроками), женщина может вести «пикантный» образ жизни и (доведем ситуацию до абсурда) «перманентно» беременеть и даже рожать детей от других мужчин; наконец, женщина может «организовать» поздний выкидыш или

⁵⁶⁶ Споры по данному вопросу активно велись и при универсальной норме ст. 41 ГК РСФСР. См., например: Иванова С.А. Указ. соч. С. 19–22; Кострова Н.М. Судопроизводство по семейным делам. С. 37; Фархтдинов Я.Ф. Судебное рассмотрение дел о расторжении брака. Казань, 1978. С. 39–40; Судебная защита семейных прав. С. 108. (Автор главы – Н.М. Кострова).

⁵⁶⁷ Постановление от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» (п. 1).

⁵⁶⁸ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Л.Н. Завадской. С. 109.

иным способом убить ребенка... Все эти случаи находятся в рамках указанного императива. Защищать социально важные интересы необходимо, но – в разумных пределах. Как видим, иногда «юридически сочувствовать» в таком распаде брака нужно мужчинам. Поэтому полагаем, что ограничение их «бракоразводной» правоспособности (ст. 17) должно сохраняться, но не иметь абсолютного значения.

Так, например, норма ст. 35 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье устанавливает: «Расторжение брака недопустимо во время беременности жены и до достижения ребенком возраста трех лет без письменного согласия другого супруга на расторжение брака при условии, что он проживает с ребенком и осуществляет родительскую заботу о нем, за исключением случаев, когда отцовство по отношению к ребенку признано другим лицом или по решению суда сведения о муже как об отце ребенка исключены из записи акта о рождении ребенка».

Не все в приведенном правиле представляется нам обоснованным: чрезмерен срок ограничения (3 года), сомнительно гендерное равенство, однако предусмотренные исключения могут быть взяты в качестве образца.

Иначе сформулировано условие о действии запрета в норме ст. 34 СК Республики Молдова: «... если ребенок родился живым и в течение года оставался жизнеспособным».

В любом случае норма ст. 17 СК РФ нуждается в уточнении, преобразовании из категорического императива в относительный.

В бракоразводном процессе традиционно применяется **примирительная процедура**. Ранее она состояла в отложении дела слушанием до 6 месяцев, причем количество данных актов не ограничивалось – лишь бы соблюдался указанный максимальный срок.

В связи с дифференциацией гражданско-процессуальной формы на «бесспорную» и «спорную» примирительная процедура претерпела существенные изменения: общей для обоих вариантов осталась классическая судебная формула «настаивают ли стороны на своих требованиях и не желают ли они заключить дело примирением», а вот специальные отлагательные

сроки теперь применяются только при наличии между супругами спора о расторжении брака, которые при этом уменьшились до трех месяцев (п. 2 ст. 22 СК РФ). Однако для развода по взаимному согласию также установлен срок, являющийся, по сути, латентной формой примирительной процедуры (п. 2 ст. 23 СК РФ): «Расторжение брака производится судом не ранее истечения месяца со дня подачи супругами заявления о расторжении брака». Этот срок, кроме того, равен сроку административного развода, чтобы не поощрять супругов использовать судебную процедуру вместо административной – для ускорения решения вопроса (как это наблюдалось по КоБС РСФСР).

Примирение сторон в бракоразводном процессе является самостоятельной процессуальной технологией принципа диспозитивности и не относится к разновидностям мировых соглашений. Из договорной природы последних вытекают два важных вывода: 1) мировым соглашением разрешаются только те проблемы, которые могут быть урегулированы сторонами и без помощи суда; 2) вопросы, отнесенные к специальной судебной компетенции, исключают возможность мирового соглашения, – устанавливая императивную судебную подведомственность, законодатель выводит их за скобки договорного регулирования⁵⁶⁹.

Примирение супругов влечет прекращение производства по делу, что, впрочем, не лишает их права повторного обращения с иском о расторжении брака⁵⁷⁰. Предмет иска, конечно, останет-

⁵⁶⁹ См., например: Гукасян Р.Е. Мировое соглашение как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 142. См. также: Тарусина Н.Н. О мировых соглашениях по семейным делам // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Вып. 6. Ярославль, 2005. С. 46–50; Кострова Н.М. Судебная защита семейных прав. С. 116–119; Ильина О.Ю., Беспалов Ю.Ф. Указ. соч. С. 90–94.

О сущности судебной мировой сделки см.: Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М. 2005. С. 71–85. См. также очерк четвертый книги.

⁵⁷⁰ О.Ю. Ильина и Ю.Ф. Беспалов отмечают многочисленные случаи (до 50% изученных дел) неверного толкования последствий примирения: суды указывают на недопустимость повторного обращения

ся, неизменным, основания же изменятся даже «по умолчанию»: попытка сохранить семью не увенчалась успехом.

Н.М. Кострова, кроме того, полагает необходимым особо урегулировать ситуацию, когда супруги по окончании срока для примирения не явились в суд, не подали заявления о прекращении производства по делу: последствия не должны колебаться между отложением разбирательства дела и оставлением иска без рассмотрения – их целесообразно прямо обозначить в специализированной гражданско-процессуальной норме⁵⁷¹.

Ввиду связанности брачного правоотношения с целым комплексом других семейных правоотношений и частично – гражданско-правовых (например, жилищных), бракоразводный процесс традиционно «интегрируется» за счет **присоединения** к делу о расторжении брака различного ассортимента семейных дел.

В соответствии с ГПК РФ право это принадлежит как истцу, так и суду (п. 1 ст. 151). Однако право первого ограничено правом суда выделить одно или несколько соединенных требований в отдельное производство – из соображений целесообразности (п. 2 ст. 151 ГПК РФ). Все эти перечисленные нормы имеют диспозитивную природу.

Вместе с тем, как мы уже отмечали, одной из классических форм взаимодействия семейного и гражданско-процессуального законодательства является значительное присутствие в СК РФ специальных процессуальных норм. К сожалению, не все они соответствуют базовым предпосылкам – нормам общего характера ГПК РФ.

Именно так обстоит дело и в нашем случае. Нормы ст. 24 СК РФ, распространяя свое действие как на производство о расторжении брака по взаимному согласию, так и на спорное исковое, являются императивными, хотя внутри себя и содержат определенные диспозитивные варианты: при рассмотрении дела о разводе суд обязан либо утвердить соглашение о месте проживания ребенка и его алиментировании, либо дать ответ на

в суд с данным иском. См.: Ильина О.Ю., Беспалов Ю.Ф. Указ. соч. С. 93–94.

⁵⁷¹ См.: Судебная защита семейных прав. С. 119–120.

соответствующие требования одного из супругов, либо решить эти вопросы по собственной инициативе; одновременно суд утверждает соглашения супругов о разделе общего имущества и алиментировании одного из них или дает ответ на требования супругов, впрочем, располагая правом выделить первое из двух дел в отдельное производство, если раздел имущества затрагивает интересы третьих лиц.

Эти весьма специфические нормы, не имеющие аналога при взаимодействии гражданско-процессуального закона с другими отраслями законодательства, обусловлены не только системностью правоотношений, но и, как мы уже отмечали, наличием государственного интереса в специальной (особой) защите прав и интересов ребенка, женщины-матери, иных социально слабых субъектов и их неизменно важных интересов.

При этом наиболее спорной с точки зрения природы и сущности является, конечно, положение об обязанности суда решить вопросы о детях по собственной инициативе (если таковой не последовало от сторон бракоразводного процесса). Это исключение из «классики диспозитивного жанра» восходит еще к Декрету «О расторжении брака» от 19.12.1917 г. (последующие акты, в том числе кодексы 1918 и 1926 гг., такого императива не содержали) и в еще более жесткой форме присутствует в Указе Президиума Верховного Совета от 08.07.1944 г. В КоБС 1969 г. содержание данного правила было несколько неопределенным, что потребовало толкования Пленума Верховного Суда СССР⁵⁷². СК РФ эту неопределенность устранил. (Подобные «задолжения» суда не являются эксклюзивом нашего семейного закона: норма ст. 39 КоБС Республики Беларусь обязывает суд решить вопросы о месте проживания ребенка, порядке участия в его воспитании отдельно проживающего родителя и об алиментировании ребенка; правило ст. 90 ГК Испании предписывает суду и супругам урегулировать вопросы проживания, воспитания и алиментирования детей, использования семейного жилья и предметов обихода, алиментирования одного из супругов⁵⁷³.)

⁵⁷² См.: п. 13 и 14 Постановления от 28.11.1980 № 9 и п. 4 Постановления от 07.12.1979 № 9.

⁵⁷³ См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. С. 200.

Однако то обстоятельство, что данные специальные нормы не имеют основы в ГПК РФ, затрудняет их применение, тем более что положение ст. 4 ФЗ от 14.11.2002 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Гражданского процессуального кодекса РФ» объявляет нормы ГПК приоритетными по отношению к процессуальным нормам, содержащимся в других законах, в том числе СК РФ.

Однако многие процессуалисты обходят эту трудность, утверждая, что обязанность суда по собственной инициативе решить перечисленные вопросы должна квалифицироваться не как право суда возбудить гражданское (семейное) дело, а как его полномочие при вынесении судебного решения выйти за пределы заявленных истцом требований (п. 3 ст. 196 ГПК РФ⁵⁷⁴).

Некоторое основание к тому содержится в п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 23 от 19.12.2003 г. «О судебном решении»: выход за пределы исковых требований в том числе означает разрешение требования, которое не заявлено, а также удовлетворение требования истца в большем размере, чем оно было заявлено. Таковые возможности, действительно, вытекают из ряда материально-правовых норм, например, п. 2 ст. 166 ГК РФ (о праве суда по собственной инициативе применить последствия недействительности ничтожной сделки), ч. 5 ст. 394 ТК РФ (о праве суда при рассмотрении требования о признании увольнения незаконным и восстановлении на работе по своей инициативе изменить основания или формулировку увольнения)⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Защита семейных прав. Ярославль, 1985. С. 36–39; Она же. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. С. 52–53.

Традиционная квалификация продолжает свое бытие и в позициях нового поколения ученых. См., например: Позднякова Е.А. Особенности гражданских процессуальных норм, содержащихся в Семейном кодексе Российской Федерации: Авторф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2007. С. 13.

⁵⁷⁵ Подробнее об этом см.: Миролюбова О.Г. О взаимодействии гражданско-процессуальных и семейно-правовых норм в бракоразводном процессе (ст. 23, 24 СК РФ) // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Вып. 5. Ярославль, 2004. С. 110.

Однако рассматриваемый нами казус принципиально отличается от приведенных примеров: вопросы, которые по собственной инициативе обязан разрешить суд, вытекают не из брачного правоотношения, а из других абсолютно самостоятельных семейных правоотношений – родительских и по материальному содержанию. Поэтому данное правило п. 2 ст. 24 СК РФ является не частным случаем правила п. 3 ст. 196 ГПК РФ, а нормой-исключением, которая вступает в противоречие с нормой ст. 4 ГПК РФ (о возбуждении гражданского дела). Достижение правовой гармонии между нормами ст. 24 СК РФ и ст. 4 ГПК РФ возможно двумя путями: либо приведением первой в соответствие со второй, либо наоборот. Причем если первый вариант является сугубо формальным, то второй решает важную задачу оптимальной защиты социально значимых интересов. Кроме того, как справедливо отмечает О.Г. Миролубова, соответствующее дополнение следует внести и в норму ч. 5 ст. 151 ГПК РФ (о соединении исковых требований)⁵⁷⁶.

Не вполне ясно и соотношение норм ст. 23 и 24 СК РФ: в первой содержатся указания только о месте проживания детей и их алиментировании и ничего – о защите интересов супругов. Полагаем это необоснованным, тем более что в странах, где процедура развода по взаимному согласию внедрена гораздо раньше России, весь этот комплекс вопросов предусмотрен к разрешению⁵⁷⁷.

Однако и этим размышления, вызванные толкованием правил ст. 24 СК РФ, не исчерпываются. Так, еще в 1978 г. М.Я. Булошников, обобщая опыт зарубежного законодательства, в том числе вопросы комплексного разрешения брачного конфликта, отмечал, что судебное решение, расторгающее брак, должно обеспечить правовыми средствами будущее сотрудничество родителей в воспитании детей, максимально полно опередиться с иными правовыми последствиями развода, в том числе и в жилищном вопросе⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ См.: Миролубова О.Г. Указ. соч. С. 112.

⁵⁷⁷ Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 199, 527.

⁵⁷⁸ См.: Булошников М.Я. Развод: некоторые правовые проблемы // Развитие законодательства о браке и семье. М., 1978. С. 90–91.

Полагаем, что главными критериями оптимального решения проблемы «интеграции» бракоразводного процесса являются два: 1) насколько сопутствующие семейные дела мешают суду выполнить функцию по примирению супругов в целях сохранения семьи (в спорном разводе); 2) способствует ли комплексное решение смежных с брачным конфликтом правовых вопросов скорейшей и менее болезненной нормализации защиты «постбрачного» периода жизни бывших супругов и их детей. В этом смысле действие данных критериев, конечно же, строго индивидуально. Однако полагаем, тем не менее, что вопрос о порядке общения с ребенком должен быть включен в перечень ст. 24 (23) СК РФ. Возможно, по крайней мере, на диспозитивном уровне и включение вопроса о семейном жилье (в рамках нормы ст. 31 ЖК РФ). Это подтверждается и зарубежным опытом, и обычными практическими соображениями⁵⁷⁹.

До внесения соответствующих дополнений в ст. 23 и 24 СК РФ считаем возможным применять, в этом положительном контексте, общие нормы ст. 151 ГПК РФ, так как характер перечня ст. 23 – 24 СК РФ не представляется нам категорически исчерпывающим.

Судебное разбирательство бракоразводного дела, независимо от того, единичен ли предмет судебного исследования (брачный конфликт) или осложнен присоединенными к нему сопутствующими делами, должно осуществляться, на наш взгляд, «кейсно»⁵⁸⁰, отнюдь не при стечении публики, как правило, в закрытом судебном заседании, что следует из общего смысла нормы п. 2 ст. 10 ГПК РФ и из соображений разумности.

Главным искомым фактом предмета доказывания по-прежнему декларируется «невозможность дальнейшей совместной жизни супругов и сохранения семьи» (п. 1 ст. 22 СК РФ). Однако буквальное толкование формулы ч. 2 п. 2 ст. 22 позволяет прийти к выводу, что суд не вправе, если меры

⁵⁷⁹ Подробнее об этом см.: Миролюбова О.Г. О взаимодействии гражданско-процессуальных и семейно-правовых норм в бракоразводном процессе (ст. 23, 24 СК РФ). С. 114–115.

⁵⁸⁰ О случаях «сверхпубличности» подхода к бракоразводным делам см.: Булошников М.Я. Развод: некоторые правовые проблемы. С. 87–88.

по примирению супругов оказались безрезультатными, отказать в иске, на котором настаивает супруг-истец или тем более оба супруга, даже если у него сложилось убеждение о возможности «спасения» брака. Как небезосновательно полагает Е.Л. Невзгодина, это противоречие следовало бы разрешить путем возврата к прежнему правилу о праве суда отказать в иске. Тем более, констатирует автор, что действительность «примирительного» срока весьма сомнительна – ее можно было бы существенно усилить специальным образом: с помощью консультативной помощи психолога, психоаналитика, сексопатолога и др., участия в ролевых играх, лекторами по проблемам брака, – однако все это по понятным причинам неосуществимо у нас ни сегодня, ни завтра⁵⁸¹.

(Тем не менее еще процессуалисты и цивилисты XIX в. подчеркивали необходимость разумных, но непременных попыток суда произвести примирение. Так, А. Боровиковский писал: «... не суд та сила, которая способна восстановить мир». Но "умывая руки" там, где он мог бы помочь горю, суд совершал бы грех». И «наоборот: преувеличенное представление о могуществе суда в этом отношении ведет к пагубным последствиям; вместо того чтобы принести добро, суд лишь усиливает зло»⁵⁸².)

При разводе по взаимному согласию мотивы прекращения брака не выясняются (п. 1 ст. 23 СК РФ). Но и в спорных случаях, если супруги отказываются сотрудничать в этом вопросе с судом по каким-либо соображениям (нежелание вмешательства в частную жизнь в целом, наличие негативных обстоятельств нравственного порядка и т.п.), никаких мер к таким супругам, за исключением косвенной – отложения разбирательства дела на максимально допустимый срок – суд предпринять не может. Иногда не хочет, чаще не имеет на это времени, нередко не обладает необходимыми специальными познаниями, например, в области психологии, руководствуясь в своих оценках жизненным опытом. (Кстати, у многих мировых судей нет и такового, что является аргументом как в пользу возврата этой категории дел в районные су-

⁵⁸¹ См.: Невзгодина Е.Л. Проблемы защиты семьи... С. 97.

⁵⁸² Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1892. С. 214.

ды, так и в пользу семейно-правовой судебной специализации.)

О.Ю. Ильина полагает, что указание в законе на невозможность сохранения семьи как основание развода неточно: если в браке рожден ребенок, то отношения между ним и родителями после прекращения брака сохраняются – это свидетельствует и о сохранении, пусть и особенной, но семьи⁵⁸³.

С данной точкой зрения трудно согласиться. Как мы уже отмечали, кроме явления семьи (и соответствующего ему понятия), существуют и иные семейные связи, обусловленные правовыми и другими предпосылками социального порядка. Они, действительно, сохраняются, но, кстати, иногда лишь формально, так как по смыслу семейного закона, в интересах ребенка, суд может ограничить его общение с отдельно проживающим родителем (ч. 2 п. 1 ст. 66 СК РФ).

Ни право на развод, ни выстраивание его последствий традиционно не связывается в российском семейном законодательстве с виной супруга (супругов). Между тем иное нормативное решение вполне типично для зарубежной законодательной и судебной практики не только до реформ бракоразводного процесса, но в ряде стран и после (Болгария, Италия, Франция, отдельные штаты США и др.)⁵⁸⁴. Иногда это сопровождается перечнем оснований к разводу, а в контексте вины связано с брачным правонарушением.

Так, в болгарской теории семейного права «брачная вина» определяется как «субъективное отношение супруга к брачным нарушениям и их результату – глубокому и непоправимому расстройству брака», брачное же нарушение есть противоправное деяние супруга, заключающееся в нарушении супружеских обязанностей (например: необеспечение семейного благополучия, заботы о детях, необоснованное раздельное проживание, измена и т.п.⁵⁸⁵). Суд устанавливает вину лишь по просьбе одного из супругов. Факт «брачной вины» может повлиять на судьбу имущественных правоот-

⁵⁸³ Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 55.

⁵⁸⁴ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 526–528.

⁵⁸⁵ См.: Ненова Л. Вината в българското семейно право. София, 1983. С. 49–58.

ношений бывших супругов, в том числе алиментных обязательств, обязательств по несению судебных расходов, связанных с разводом, и др.

СК РФ предусматривает лишь косвенные варианты «брачной вины»: недостойное поведение супруга в браке может освободить второго супруга от обязанности по его материальному содержанию (ст. 92); неполучение одним из супругов доходов по неуважительной причине и/или расходование общего имущества в ущерб интересам семьи является основанием для отступления от принципа равенства долей в совместной собственности при ее судебном разделе (п. 2 ст. 39). Однако подобная «брачная вина» никоим образом не связана с судьбой бракоразводного процесса, что принципиально.

Иначе, чем в КоБС РСФСР, решен в СК РФ вопрос о моменте прекращения брака вследствие судебного развода. Законодатель 1969 г. считал своим долгом «биться за сохранение брака до конца», доводя нормативную позицию до абсурда: вступившее в законную силу судебное решение о разводе могло находиться в «подвешенном состоянии» сколь угодно долго, так как брак прекращался после регистрации решения в органах ЗАГС, а инициатива данного акта принадлежала одному или обоим супругам, которые нередко не спешили ее проявить или вовсе не проявляли. Соответственно возможна была парадоксальная ситуация, когда один супруг, заплативший присужденную ему часть пошлины, обратившийся в орган ЗАГС и получивший свидетельство о расторжении брака, считался свободным от брачных уз, а второй, бездействовавший, как бы продолжал состоять в браке... Нормы ст. 25 СК РФ исключают столь необычный вариант развития событий: брак прекращается судебным разводом со дня вступления в законную силу судебного решения; суд обязан в течение трех дней направить выписку из этого решения в орган ЗАГС по месту регистрации брака; с этого момента супруги могут получить свидетельства о расторжении брака, заплатив, разумеется, установленную пошлину.

Восстановление брака в случае явки супруга, объявленного умершим или признанного безвестно отсутствующим, и отмены соответствующих судебных решений осуществляется органом ЗАГС только по совместному заявлению супругов (а

не автоматически, как раньше), впрочем, при условии, если другой супруг не вступил в новый брак (ст. 26 СК РФ).

Очерк третий. Родительство и детство: современные семейно- правовые тенденции

До недавнего времени два варианта терминологического обозначения юридических связей, возникающих между родителями и детьми, а также между родителями, – «правоотношения между родителями и детьми» и «родительское правоотношение»¹ – полагались в равной степени имеющими право на существование. Хотя второй из них не отражает разнообразия данных явлений. В нем акцентировалось, как представлялось многим цивилистам, главное – родительские права и обязанности взрослых по отношению к детям², права же и обязанности детей находились как бы в тени.

Однако даже цивилисты XIX – начала XX в. (Д.И. Мейер, К.П. Победоносцев, Г.Ф. Шершеневич и др.), несмотря на приоритет института родительской власти, писали о правах «союза родителей и детей» или о «правоотношениях между родителями и детьми».

Современное представление о статусе родителей и в значительной мере решения законодателя о праве детей на надлежащую родительскую заботу, праве выражать свое мнение по вопросам жизни семьи, собственного воспитания, праве на защиту своих субъективных семейных прав и интересов предполагают не только содержательный, но и соответствующий реалиям терминологический выбор, то есть в пользу первого варианта.

Родительство (как, впрочем, и супружество), несмотря на то что подлежит более воздействию законов физиологии, нравственности и обычая, с внешней стороны поддается и юридиче-

¹ См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. III. М., 1965. С. 191; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 2007. С. 337.

² См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 155.

ским определениям, некоторой правовой формализации, особенно в тех случаях, когда первые обеспечивают отношения между родителями и детьми в их нормальном виде³.

При этом семейный закон пытается воздействовать на эти отношения и на регулятивной (нормально развивающейся) стадии. Однако соответствующие нормы носят скорее декларативный (например, нормы об осуществлении родительских прав – ч. 2 п. 1 ст. 65 СК), нежели классический формально-юридический характер. Как правило, последний приобретает семейно-правовыми нормами, в том числе о родительстве и детстве, уже на охранительной (конфликтной) стадии развертывания соответствующих отношений.

Хотя по общему правилу правоотношения между родителями и детьми основываются на происхождении, кровном родстве, современное российское и зарубежное законодательство в ряде случаев отдает приоритет социальному родительству. Например, при рождении ребенка на основе применения репродуктивных технологий отцом записывается не донор, а супруг матери этого ребенка; суррогатная мать, выносившая и родившая генетически чуждого ей ребенка по «заказу» супружеской четы, вправе оставить его себе, зарегистрировать на свое имя; своеобразным проявлением рассматриваемой тенденции является норма п. 5 ст. 48 СК РФ, допускающая установление отцовства в отношении совершеннолетнего лица («бывшего» ребенка) только с его согласия или по его инициативе.

Отношения между родителями и детьми составляют предмет регулирования различных отраслей российского права и законодательства. Наиболее близко в этом вопросе взаимодействуют гражданское, семейное, административное и гражданско-процессуальное законодательства. Два последних нормативных блока обеспечивают процедуры регулятивного или охранительного типа, гражданский закон сконцентрирован на имущественных аспектах и общих положениях об опеке и попечительстве несовершеннолетних, семейный – на аспектах личного характера: установление материнства и отцовства, лично-правовой статус родителей и детей, споры о детях, меры ответственности и меры защиты их интересов, приемное родительство.

³ Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 1997. Ч. 2. С. 375.

во, усыновление и иные формы попечения над детьми, оставшимися без родительской заботы, алиментные обязательства.

3.1. Об основаниях возникновения юридического родительства

3.1.1. Юридические предпосылки родительства в браке

Главным юридическим фактом в рамках юридико-фактического состава возникновения правоотношений между родителями и детьми является, как правило, **факт происхождения**, прямой генетической связи между ними. Однако сам по себе он не характеризуется как необходимое и достаточное обстоятельство, так как, во-первых, нуждается в том или ином подтверждении (удостоверении – ст. 47 СК РФ), во-вторых, – в государственной регистрации. Соответственно в юридико-фактический состав входят: факт происхождения ребенка от данной женщины и данного мужчины, подача заявления об этом в орган ЗАГС, госрегистрация, в отдельных случаях – судебное решение об установлении отцовства (материнства). При этом, несмотря на заявленный в 1917 г. и действующий, с некоторыми перерывами (1944 – 1968 гг.), принцип равенства детей независимо от обстоятельств их рождения, фактическое, и даже в определенном смысле юридическое, неравенство все же существует, так как факт состояния (несостояния) родителей ребенка в браке оказывает существенное воздействие на основания и процедуру установления его происхождения, и прежде всего по отцовской линии.

Материнство, как правило, **очевидно**. Оно подтверждается медицинским документом, свидетельскими показаниями или иными доказательствами (ст. 48 СК РФ). Разумеется, при наличии обоснованных сомнений орган ЗАГС вправе отказать в регистрации, и факт материнства придется устанавливать в судебном порядке. Такая возможность прямо семейным законом не предусмотрена, но вытекает из смысла нормы п. 1 ст. 48 СК. Не исключается также оспаривание материнства по правилам ст. 52 СК. Впрочем, в судебной практике такие дела встречаются исключительно редко.

(Более сложные случаи, связанные с различного рода операциями по искусственному оплодотворению женщины и суррогатным материнством, будут рассмотрены нами позднее – под общей рубрикой родительства в рамках применения вспомогательных репродуктивных технологий.)

Удостоверение отцовства, как мы уже отмечали, существенно дифференцировано в зависимости от наличия или отсутствия брачного союза между матерью ребенка и кандидатом на его отцовство.

В первом случае действует **презумпция отцовства**: отцом ребенка, рожденного в браке, является муж матери. Эта презумпция относится к разряду классических: будучи «изобретенной» римскими юристами, в той или иной форме она представлена в современном законодательстве большинства государств.

Презумпция отцовства имеет несколько значений. Во-первых, она упрощает процедуру и основания регистрации рождения ребенка: при предъявлении свидетельства о заключении брака и соответствующего медицинского документа о факте рождения ребенка запись об отцовстве может быть произведена по заявлению любого из родителей. Во-вторых, возражения мужа матери ребенка относительно данной записи органом ЗАГС во внимание не принимаются. В-третьих, действие рассматриваемого правила лонгируется во времени и охватывает несколько юридических «метаморфоз» брачного союза: отцовство презюмируется в течение 300 дней⁴ после смерти мужа или объявления его умершим, признания брака недействительным и расторжения брака (п. 2 ст. 48 СК). Нетрудно заметить, что объявление мужа безвестно отсутствующим никакого специфического правила не порождает. Наконец, поскольку презумпция отцовства, как и всякая иная презумпция, может быть опровергнута – оспорена заинтересованным лицом (матерью, мужем, мужчиной, считающим себя отцом и др.), она имеет важное гражданско-процессуальное значение, особым образом определяя обязанности сторон по доказыванию своих позиций: если по общему правилу каждая из сторон процесса обязана доказывать свои требования и возражения (п. 1 ст. 56 ГПК),

⁴ По КоБС РСФСР – 10 месяцев, в зарубежном законодательстве – до 305 – 307 дней.

то презумпция возлагает такую обязанность только на истца, допуская пассивность ответной стороны, ее право на «процессуальное молчание».

Семейно-правовое действие данной презумпции представляется разумным и справедливым не во всем. Видимо, именно поэтому первая версия ст. 48 СК РФ (п. 3) содержала возможность осуществления записи об отцовстве по правилу, предусмотренному для незамужних матерей (или, как некорректно их именуют в законодательстве и на практике, «одиноких»⁵). И эта версия особых возражений не вызывала⁶. Впрочем, когда презумпция была полностью восстановлена⁷, многочисленных возражений также не последовало – не только от цивилистов, но и от процессуалистов⁸, за исключением единичных случаев. Так, например, Г.С. Демидова полагает, что исключение п. 3 из ст. 48 СК РФ было сделано вопреки здравому смыслу: вместо изначального внесения действительных сведений закон теперь обязывает внести сначала заведомо неверную запись, а затем «милостиво» предоставляет возможность ее оспорить посредством долгой и зачастую унижительной процедуры публичного разбирательства интимных подробностей жизни матери ребенка^{9,10}. Однако, кроме этического замечания о сомнительном поведении женщины (в ситуации действующего брака), следует сделать еще два: 1) кто будет судьей в подобном вольном об-

⁵ Аналогичной точки зрения придерживается и Е.А. Татаринцева, которая считает, что термин не вполне соответствует норме ст. 8 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. о праве каждого на уважение его семейной жизни. Подробнее об этом см.: Татаринцева Е.А. Основания возникновения родительских прав и обязанностей по Семейному кодексу Российской Федерации // Семейное законодательство Российской Федерации: опыт десятилетия и перспективы. Тверь, 2006. С. 87–88.

⁶ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1996. С. 186.

⁷ Первичным актом восстановления явился ФЗ от 15.11.1997 г. «Об актах гражданского состояния».

⁸ См., например: Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве / Под ред. И.В. Решетниковой. М., 2005. С. 244.

⁹ Демидова Г.С. Особенности внесения сведений об отце при государственной регистрации рождения ребенка // Цивилист. 2008. № 4. С. 74.

¹⁰ Так и хочется заметить: а не прелюбодействуй...

ращении с отцовством?; 2) идеальных решений не бывает; как показывает практика, в том числе зарубежная, презумпция с большей эффективностью обеспечивает интересы ребенка, нежели «материнский императив». В качестве компромисса можно было бы предложить правило о подаче совместного заявления жены (матери), мужа и биологического отца – почти в духе классического «треугольника».

Тем не менее несколько «болевых точек» все же существует. Первая касается ситуации нахождения мужа в местах лишения свободы¹¹. Думается, предоставить матери ребенка в этом случае альтернативу целесообразно: либо воспользоваться правилом о презумпции, либо, предоставив соответствующий документ, применить норму о регистрации рождения ребенка вне брака (фиктивная запись, подача совместного заявления с фактическим отцом). Следует также подумать и об иных схожих ситуациях (из медицинских – кома, паралич и т.п.; из организационных – длительная заграникомандировка, служба в армии и т.п.).

Вторая относится к «конкуренции» двух браков. Так, О.А. Рузакова обращает наше внимание на то, что СК РФ не отвечает на вопрос о приоритете презумпции при рождении ребенка в браке, заключенном в течение действия презумпции отцовства бывшего супруга матери этого ребенка, то есть в течение 300 дней¹². В ряде стран (например, Франция, ФРГ) этот срок является правопрепятствующим для заключения нового брака.

Полагаем, однако, что толкование общего правила (а не специального – о пролонгации законного предположения) позволяет все же склониться в пользу второго брака. В то же время вопрос необходимо решить *de lege ferenda*, причем аналогичным образом, ибо на то указывает житейский опыт, который и рождает к жизни большинство презумпций.

Исковая давность по притязанию на оспаривание отцовства не установлена. При этом оспаривание исключено для супруга, давшего согласие на применение метода искусственного оплодотворения или на имплантацию эмбриона супруге, а также супругов и/или суррогатной матери в отношении ребенка, рож-

¹¹ По этому поводу см. также: Талинова Т.А. Презумпция отцовства: Что нужно изменить? // Цивилист. 2008. № 1. С. 115.

¹² См.: Семейное право / Под ред. П.В. Крашенинникова. С. 128.

денного в рамках программы суррогатного материнства (п. 3 ст. 52 СК).

Как известно, нормой ч. 5 ст. 49 КоБС РСФСР срок исковой давности был предусмотрен в один год и мотивировался интересами ребенка¹³ («домоклов меч» над его судьбой не может «висеть» бесконечно). Е.В. Князева полагает целесообразным вернуться к данной позиции, увеличив, впрочем, срок до трех лет. С одной стороны, пишет автор, отсутствие исковой давности расширяет возможности истца, с другой стороны, это нарушает интересы ребенка: нетрудно себе представить, «какой драмой может обернуться для ребенка, считавшего в течение многих лет мужчину своим отцом, сообщение о том, что последний таковым не является»¹⁴.

Однако упомянутое правило о годичном сроке имело, на наш взгляд, необоснованную «привязку»: лицо вправе оспорить отцовство в течение года с того времени, когда ему стало или должно было стать известным о произведенной записи. Думается, если перенести акцент с осведомленности о записи на осведомленность о своем «неотцовстве», то достаточно будет и срока в один год.

Вопреки мнению некоторых цивилистов¹⁵, мать ребенка, как мы уже отмечали, состоящая в браке, и фактический отец ребенка (не ее супруг) не вправе подать в орган ЗАГС совместное заявление об отцовстве последнего. Права и интересы участников данной жизненной коллизии могут быть защищены только путем предъявления в суд требований об оспаривании записи об отцовстве, осуществленной на основании указанной нами презумпции, и установлении отцовства другого лица.

Если иск предъявляется фактическим отцом вопреки воле матери ребенка и ее мужа, суд, при доказанности факта происхождения ребенка от данного лица, не вправе отказать в удовлетворении заявленного им требования, даже если это противо-

¹³ См., например: Комментарий к КоБС РСФСР / Под ред. Н.А. Осетрова. М., 1982. С. 100. (Автор комментария – А.И. Пергамент).

¹⁴ Князева Е.В. Особенности диспозитивного регулирования личных семейных отношений с участием несовершеннолетних // Труды института государства и права РАН / Под ред. А.М. Нечаевой. Семья и дети. 2008. № 2. С. 111.

¹⁵ Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 186.

речит интересам ребенка и семьи в целом, – в этом случае идея приоритета социального родительства над биологическим семейным законом не обеспечивается.

Рядом цивилистов ставится вопрос о допущении в этом и сходных случаях (например, также по делу об установлении отцовства), в порядке исключения, указанной возможности¹⁶, однако законодатель, видимо, полагает, что достаточных оснований разрушать правовую конструкцию отцовства на стадии его возникновения нет, а интересы ребенка могут быть защищены впоследствии иным, классическим, способом (например, путем ограничения или запрета общения с отцом).

3.1.2. Юридические предпосылки отцовства за пределами брака

Отцовство детей, рожденных вне брака, **неочевидно**. Именно поэтому, а также по соображениям политического и экономического порядка законодательство в этом вопросе имеет сложную противоречивую историю. Причем амплитуда нормативных решений весьма велика: от полного отрицания законности связи с биологическим отцом до излишне упрощенной схемы установления отцовства.

Так, А.И. Загоровский отмечал, что в глубокую старину к незаконным детям относились со снисхождением; им не был закрыт путь даже на великое княжение¹⁷. Г.Ф. Шершеневич также подчеркивал лишь некоторое отличие в положении таких детей в «первоначальную эпоху»¹⁸.

После крещения Руси ситуация изменилась: именно от духовной власти исходило стремление разделить детей на законно- и незаконнорожденных, ибо рождение детей освящалось только в законном браке¹⁹. В XVII столетии еще более четко

¹⁶Хазова О.А. Установление отцовства // Закон. 1997. № 11. С. 83 – 84; Антокольская М.В. Указ. соч. С. 191.

¹⁷ См.: Загоровский А.И. О внебрачных детях по новому закону (3 июня 1902 года). Одесса, 1903. С. 3.

¹⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 632 – 633.

¹⁹ См.: Российское законодательство X – XX веков. Т. 1. М., 1984. С. 176; подробнее об этом см.: Нечаева А.М. Россия и ее дети (ребенок, закон, государство). М., 2000. С. 10–11.

«выступает мысль о преимуществе детей от законной жены перед детьми наложницы» с возможностью «привенчивания» незаконных детей последующим браком²⁰. (Соборным уложением 1649 г. незаконнорожденными признавались дети, «прижитые от наложницы до законной жены или после брака, а равно и от четвертой жены»²¹. Этим же актом запрещалось узаконение детей даже в случае брака родителей. Такие дети не состояли в правовой связи с отцом и признавались родственниками только своей матери²².

При Петре I дела о законности рождения были переадресованы от суда церковного суду светскому, были также сформулированы некоторые правила относительно ответственности отца внебрачного дитяти: «ежели холостой человек прибудет с девкою, и она от него родит, то оный для содержания матери и младенца, по состоянию его, и платы нечто имеет дать, и сверх того тюрьмою и церковным покаянием имеет быть наказан, разве что он потом женится, и возьмет ее за сущую жену, и в таком случае их не штрафовать» (Арт. 176 Устава воинского 1715 г.)²³.

В XIX в., по мнению Г.Ф. Шершеневича, образуется более строгий взгляд на незаконных детей, отменяется даже (кроме исключительных случаев, под который, видимо, и попал прототип Пьера Безухова) узаконение детей прощением на высочайшее имя или посредством брака родителей²⁴. Лишь в конце XIX – начале XX в. происходят постепенные серьезные послабления в этом вопросе. Немалую роль сыграло и общественное мнение. Так, А.Л. Боровиковский писал, что к колыбели судьба

²⁰ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 632 – 633.

²¹ См.: Российское законодательство X – XX веков. Т. 3. С. 345.

Четвертый брак, как мы отмечали в очерке втором, считался недействительным.

²² См., например: Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. С. 63.

²³ Российское законодательство X – XX веков. Т. 4. С. 360.

²⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 633.

Узаконение внебрачных детей, отмечает А.И. Загоровский, то допускалось (при Александре I), то запрещалось (при Николае I); Александр II относился к ним снисходительно... (См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. Одесса, 1909. С. 432; Нижник Н.С. Указ. соч. С. 149.)

большого числа младенцев явилась почти готовою и самое тяжкое бедствие – сиротское рождение. Между тем, продолжал автор, могут быть «незаконнородившие, но незаконнорожденные»²⁵. Законом 1891 г. вновь объявлялось узаконение через последующий брак родителей. Закон 1902 г. впервые легализовал термин «внебрачные дети», им же был снят запрет на узаконение вследствие прелюбодеяния. Для данного акта по Высочайшему указу общих правил не существовало. Обстоятельства рождения могли лишь повлиять на объем статуса ребенка и отнесение законности к моменту самого рождения или более позднему сроку²⁶. В соответствии с данным законом права узаконенных детей представляла только мать, однако отец обладал «предпочтительным» правом для назначения его опекуном. Кроме того, отец был обязан сообразно своим средствам и общественному положению матери ребенка нести издержки его содержания, если он в том нуждается, до совершеннолетия, а также предоставлять содержание и самой матери. (При этом позиция церкви оставалась почти неизменной: всякое право, дарованное рожденному вне брака ребенку, умаляет святость и значение брачного союза.)²⁷.

Декретом о гражданском браке, о детях и о ведении книг актов гражданского состояния от 18 декабря 1917 г.²⁸ были введены принципиальные поправки в ситуацию: 1) положение о равенстве «брачных» и «внебрачных» детей; 2) производство органом ЗАГСа записи о родителях на основании их заявления; 3) возможность судебного отыскания отцовства. Кодекс 1918 года дополнил данные новеллы правом оспаривания отцовства и материнства лицами, считающими себя фактически родителями ребенка. Кодекс 1926 года через признание юридического значения фактического брака еще более облегчил фиксацию отцовства.

В этот период (до конца 1930-х гг.) судебная практика по делам об установлении отцовства представляется не только весьма либеральной, но в иных случаях почти невероятной (или

²⁵ Боровиковский А.Л. Новый законопроект об улучшении положения незаконнорожденных детей // Журнал Министерства юстиции. 1899. № 8. С. 1–2.

²⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 637.

²⁷ Подробнее об этом см.: Нечаева А.М. Указ. соч. С. 76–78.

²⁸ СУ РСФСР 1917 г. № 11. Ст. 160.

даже анекдотической) по степени такового либерализма. С учетом накопившейся практики 11 июня 1929 г. Пленумом Верховного Суда было утверждено инструктивное письмо по алиментным делам (включая иски об отцовстве)²⁹. В нем указывалось, что при рассмотрении дел об отцовстве суд должен занять особо активную позицию: отказ в иске в связи с отсутствием у истицы (часто малоразвитой, неграмотной) доказательств сожительства с ответчиком и других фактов недопустим, следует помочь ей в отыскании оных доказательств. И, напротив, необходимо избегать непродуманных, неверных формулировок обратного свойства, например: «Хотя истица не доказала своего иска, но, учитывая ее забитость и тупоумие, ответчик должен быть признан отцом ребенка», «... должен же кто-нибудь содержать ребенка». При этом суд, полагал Пленум, разрешая дело, должен опираться не только на прямые доказательства отцовства, отыскание коих весьма затруднительно, но скорее на косвенные доказательства (о сожительстве, материальной поддержке ребенка и т.п.).

Анализируя судебную практику того времени (1920–30-х гг.), М.В. Матерова отмечает случаи соучастия на ответной стороне, ориентацию судов на положительное решение из-за стремления помочь матери и ребенку. Причем в поисках доказательств отцовства суды, особенно при нескольких ответчиках, обращались к сходству между ребенком и отцом, используя два способа: во-первых, осмотр ребенка в судебном заседании и визуальный поиск сходных черт с одним из предполагаемых отцов, во-вторых, с помощью медицинской экспертизы сходства. Однако в 1939 г. Пленум Верховного Суда СССР производство такой экспертизы «как доказательство недостаточно научно обоснованное» запретил³⁰, обратив, напротив, внимание судов на допустимость судебно-медицинской экспертизы крови лиц, предположительно связанных происхождением.

Резкое ужесточение в исследуемом вопросе произошло с принятием неоднократно упоминавшегося нами Указа ПВС СССР от 8 июля 1944 г., запретившего как добровольное при-

²⁹ См.: Сборник разъяснений Верховного Суда РСФСР. М., 1935. С. 144–145.

³⁰ См.: Матерова М.В. Судебное рассмотрение дел об установлении отцовства. М., 1972. С. 19–22.

знание, так и судебное установление внебрачного отцовства и предписавшего в графе «отец» в этих случаях ставить прочерк. Тем самым вспять была повернута «река» демократических семейно-правовых реформ 1917 – 1926 гг., о которых В.И. Ленин писал: «мы не оставили в подлинном смысле слова камня на камне из тех подлых законов ... о непризнании внебрачных детей ... и т.п.»³¹.

Большинство юристов объясняли и объясняют положение Указа о юридическом непризнании фактического брака и внебрачного рождения чрезвычайными обстоятельствами военного времени, проведя даже параллель с древней историей. «Римский историк Плутарх рассказывает, – отмечает Д.М. Чечот, – что после одной из войн, в которой пало очень много римских граждан, было решено холостяков женить в принудительном порядке на ... вдовых, с тем, чтобы обеспечить продолжение рода. Меры по стимулированию рождаемости предпринимались во все эпохи: и в средние века, и в новое время, особенно в Европе после двух мировых войн»³². Указ, продолжает автор, «освободил мужчин от юридической ответственности за рождение внебрачного ребенка, возложив ее либо на мать, либо на государство». Однако далее автор, известный своей продуманной и вполне демократичной позицией, все же высказывает сомнение, повлияло ли это существенно на повышение рождаемости, так как состояние последней предопределяет множество факторов. Впрочем, относительно отрицательной оценки нравственно-правовой стороны обсуждаемого положения Указа у Д.М. Чечота сомнений нет³³.

А.М. Нечаева квалифицирует событие Указа как необъяснимый диссонанс в государственной политике, проходившей под лозунгом заботы о матери и ее ребенке – Указ, скорее, напротив, всячески помогал разрушить семью (прежде всего – фактическую семью, где уже росли совместные дети); им «был открыт путь, во-первых, к безответственному отношению к родительским правам и обязанностям, во-вторых, формированию

³¹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 39. С. 32.

³² Чечот Д.М. Брак, семья, закон. Л., 1984. С. 63.

³³ Там же.

не одного поколения детей, выросших, по общему правилу, ущербными физически и нравственно»³⁴.

Между тем необходимо сделать еще несколько уточнений. Во-первых, ужесточение правового режима семейных отношений началось гораздо раньше – примерно с 1936 г. (например, с введением высокой по тем временам пошлины за развод, запрета аборт и др.). Во-вторых, факторами, детерминирующими внебрачную рождаемость являются не только войны, но и экономические кризисы, диспропорция полов, нестабильность «законного» брака, уровень образования, обычаи, наконец, факторы биологического (природного) порядка, то есть внебрачная рождаемость – явление, объективно сопровождающее цивилизацию и воздействовать на него императивом бессмысленно с точки зрения длительности и оптимальности результата и безнравственно с точки зрения защиты интересов женщины-матери и ребенка – «без вины виноватых»³⁵. В-третьих, как верно отмечает М.В. Антокольская, эти меры «прикрывались лишенными всякого основания заверениями о том, что права внебрачных детей не нарушаются, так как заботу о них берет на себя социалистическое государство»³⁶: мизерность пособий, лишение детей отцовской заботы, идеологически спровоцированное общественное осуждение самого факта их рождения – вот неполный перечень социальной «картины» данного Указа в части внебрачной рождаемости.

Ситуация существенно изменилась лишь в 1968 – 69 гг.: в Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье и КоБС РСФСР законодатель вернулся на прежние рубежи, хотя и с некоторыми оговорками. Наиболее дискуссионной из них являлась нормативная позиция ст. 48 об ограничении судебного познания по делам об установлении отцовства четырьмя искомыми фактами (дополнительно к главному – факту происхождения): совместным проживанием и ведением общего хозяйства матерью и ответчиком в период зачатия ребенка, его совместным воспитанием и/или содержанием, а также признанием отцовства. За пределами предмета до-

³⁴ Нечаева А.М. Россия и ее дети... С. 103–104.

³⁵ Очень интересные и подробные рассуждения по данному вопросу см.: Босанац М. Внебрачная семья. М., 1981. С. 129 и след.

³⁶ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 77.

казывания оставались другие жизненные обстоятельства, которые в конкретной ситуации могли быть положены в основание удовлетворения иска, на что неоднократно указывалось в юридической литературе^{37, 38}.

Современный Семейный кодекс, воспроизведя разумные положения прежнего кодекса, предложил нам и ряд новелл, оставив, впрочем, некоторые пространства для дискуссии.

Отцовство детей, рожденных вне брака, устанавливается несколькими способами – административным или судебным (исковым либо в порядке особого производства гражданского процесса).

В административном порядке отцовство фиксируется путем подачи матерью и отцом ребенка совместного заявления в орган ЗАГС. Данное правило основывается на свободе, осознанности и взаимности волеизъявления указанных лиц. Следовательно, во-первых, этот акт как разновидность сделки может быть признан в судебном порядке недействительным – при наличии тех или иных пороков воли. Во-вторых, мать ребенка, руководствуясь самыми различными соображениями (сомнениями в отцовстве, интересами ребенка, конфликтными отношениями (с биологическим отцом и т.п.), может отказаться участвовать в акте признания. В этом случае предполагаемый биологический отец вправе защитить свой интерес только путем предъявления иска об установлении отцовства в судебном порядке. Если мать ребенка умерла, признана недееспособной, лишена родительских прав или ее местонахождение невозможно установить, отцовство может быть зарегистрировано по заявлению отца, однако, с согласия органа опеки и попечительства. В последнем может быть отказано по разным причинам: имеются данные о том, что признание преследует корыстные цели (например, воспользоваться имуществом ребенка, жилой площадью), заявитель представляет опасность для ребенка, яв-

³⁷ См., например: Никитина В.П. Правовые проблемы регулирования имущественных отношений в советской семье: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1976. С. 36–38; Рясенцев В.А. Задачи совершенствования законодательства о браке и семье // Развитие законодательства о браке и семье. М., 1978. С. 33–34.

³⁸ О фиктивном признании см. очерк четвертый.

ляется хроническим алкоголиком и т.д. Но если данный мужчина обратится в суд с иском об установлении отцовства и докажет его, то орган ЗАГС должен будет осуществить соответствующую запись на основании судебного решения³⁹. Орган опеки и попечительства, заинтересованные лица (например, бабушка и дедушка) смогут защитить интересы ребенка, прибегнув к процедуре ограничения его общения с отцом или отобрания с ограничением (лишением) родительских прав. Если же ребенок находится в детском учреждении или проживает в семье опекуна, приемных родителей, то передача ребенка отцу по его требованию возможна лишь при прекращении указанных правоотношений – с учетом интересов ребенка.

Спорным является вопрос о добровольном **признании** отцовства **несовершеннолетними** и **недееспособными** лицами. Современный семейный закон содержит ряд нормативных положений о несовершеннолетних родителях, не состоящих между собой в браке, в частности об их праве признавать и оспаривать отцовство на общих основаниях (п. 3 ст. 62 СК РФ). Из этого правила многие цивилисты делают выводы об отсутствии каких бы ни было возрастных ограничений на совершение акта признания и несвязанности его согласием опекуна (попечителя) несовершеннолетнего родителя, если таковой у него имеется⁴⁰. Между тем формула закона «на общих основаниях», по умолчанию, адресуется ко всем сделкам (актам) цивилистической природы. В соответствии с нормами ст. 26 и 28 ГК граждане, не достигшие 14-летнего возраста, являются малолетними и их сделкоспособность минимальна, от 14 до 18 лет – существенно ограничена, в частности, согласием законных представителей. Последняя категория несовершеннолетних вправе, например, самостоятельно осуществлять авторские и смежные права, однако даже при некотором квазиюрдическом их сходстве с явлением отцовства, вряд ли законодатель допускает столь широкое толкование п. 2 ст. 26

³⁹ Некоторые цивилисты, как мы уже отмечали применительно к оспариванию отцовства, в интересах защиты интересов ребенка, матери и семьи в целом небезосновательно предлагают предоставить суду действовать по своему усмотрению, т.е. отказать в удовлетворении иска, несмотря на достоверность биологического отцовства (см.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 191; Хазова О.А. Указ. соч. С. 83–84).

⁴⁰ Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 145.

ГК. Впрочем, указанное правило как раз возрастные ограничения содержит – 14 лет. Одновременно норма ст. 62 СК РФ разрешает с этого же возраста требовать установления своего отцовства в судебном порядке. Очевидно, что административная процедура признания отцовства, не располагающая ресурсами судебной, никак не может быть ориентирована на лиц младше 14 лет. (В качестве аналогии семейного закона можно также прибегнуть к норме п. 2 ст. 13 СК РФ о снижении брачного возраста до 16 лет, а в исключительных случаях, законами субъектов Российской Федерации, – ниже этого предела – 15 или 14 лет⁴¹).

Недееспособный (лишенный дееспособности судом) гражданин признать свое отцовство в добровольном порядке не может. Что касается статуса в этом вопросе опекунов (попечителей) несовершеннолетних и недееспособных лиц, то их право дать согласие на акт признания несовершеннолетним или осуществить оный акт за недееспособного вызывает сомнения в силу сугубо личного характера правоотношения. Полагаем, что интересы ребенка и предполагаемых родителей в этих случаях должны обеспечиваться в судебном порядке, тем более что речь идет о жизненно важных и длительных правоотношениях.

К числу новелл семейного законодательства относится весьма оригинальное правило, непосредственно ориентированное на охрану интересов женщины-матери и ребенка: в период беременности женщины, если имеются основания предполагать, что добровольное признание отцовства после рождения ребенка окажется затруднительным или невозможным (тяжелая болезнь, рискованная операция, длительная командировка и др.), мужчина и женщина вправе подать в орган ЗАГС заявле-

⁴¹ Формула п. 3 ст. 62 СК РФ противоречива и нуждается в уточнении.

Так, если несовершеннолетние вправе предъявлять иск об установлении отцовства с 14 лет, то с какого же возраста – иск об оспаривании отцовства (притом на «общих основаниях»)?. Видимо, следует возрастные границы четко обозначить, например: добровольное признание – с 16 лет (если федеральный брачный возраст будет установлен, в исключительных случаях, на уровне 14 лет, то должно последовать и соответствующее снижение «возраста признания»); иск об установлении отцовства – с 14 лет, о его оспаривании – с 16 лет, то есть с возраста, равного «возрасту признания».

ние о признании будущего отцовства⁴². Соответствующая запись в этом случае производится, разумеется, по факту рождения ребенка (ч. 2 п. 3 ст. 48 СК). До этого момента заявление может быть отозвано. В таком случае при предъявлении иска об установлении отцовства в судебном порядке признание будет расцениваться в качестве одного из доказательственных фактов.

Если заявление о признании отцовства по каким-либо причинам не подано (отказ матери ребенка, легкомыслие, сомнение мужчины в своем отцовстве, возражение его родственников или жены и т.п.), то заинтересованные лица вправе прибегнуть к судебной процедуре установления происхождения ребенка от данного мужчины. В частности, инициаторами процесса могут быть мать ребенка, предполагаемый отец, опекун, сам ребенок – по достижении 18-летнего возраста и др. (ст. 48 СК РФ).

При этом еще во времена прежних семейного закона и ГПК обсуждался вопрос о праве прокурора предъявить данное исковое требование⁴³. Полагаем, как ранее, так и в настоящее время такое возможно, ибо среди оснований подобной процессуальной активности прокурора норма п. 1 ст. 45 ГПК РФ называет возраст и другие уважительные причины. Если мать ребенка и другие поименованные в ст. 49 СК РФ лица по каким-либо причинам не инициируют процесса, его интересы должны быть проанализированы и при необходимости защищены.

В качестве доказательственных фактов судом могут быть приняты самые различные жизненные обстоятельства: признание своего отцовства, совместное проживание с матерью ребенка в предполагаемый период зачатия, участие в содержании и/или воспитании ребенка, фактические брачные отношения⁴⁴,

⁴² Правило оригинально, но далеко не ново. Например, аналогичное положение предусматривалось КоБС Эстонской ССР 1969 г.

⁴³ См.: Тарусина Н.Н. Защита семейных прав. Ярославль, 1985. С. 34–35; Кострова Н.М. Судопроизводство по семейным делам. Махачкала, 1978. С. 37.

⁴⁴ Нетрудно заметить, что данный ряд аналогичен ст. 48 КоБС РСФСР, что неудивительно, так как он являет собою результат длительного социального и судебного, в частности, опыта. Подробнее об этом опыте см., например: Матерова М.В. Указ. соч. С. 70–111; Червяков К.К. Установление отцовства в судебном порядке // Социалистическая законность. 1973. № 1. С. 27–28; Чечот Д.М. Брак, семья, закон. С. 65–74; Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 87–88. См. также:

даже сексуальное насилие и др. Однако в силу косвенного характера связи между ними и искомым фактом (фактом происхождения) суды очень взвешенно подходят к их оценке, тщательно проверяя, нет ли обстоятельств, исключающих отцовство (длительная командировка, физиологическая неспособность к отцовству, наличие у женщины нескольких сексуальных партнеров и т.п.), не свидетельствуют ли какие-то из них о желании мужчины помочь женщине в трудной жизненной ситуации (например, оказание материальной поддержки) и т.д.⁴⁵

Особое значение для данной категории дел имеют различного рода экспертизы: графологическая (например, исследование почерка записки, содержащей признание ребенка своим), акушерско-гинекологическая (о доношенности ребенка, примерном времени зачатия), урологическая (о способности к зачатию), медико-биологическая (сравнительный анализ крови), психиатрическая (склонность к самооговорам и т.п.), наконец, генетическая, или генная дактилоскопия. Последняя, с вероятностью, близкой к 100%, позволяет сделать вывод о наличии или отсутствии связи по происхождению (генетический код человека индивидуален, при этом ДНК ребенка всегда сочетает признаки ДНК отца и матери). Однако эта экспертиза является дорогостоящей, проводится экспертными учреждениями лишь крупных городов, что, конечно, затрудняет ее применение как универсального средства доказывания по любому делу об установлении отцовства.

Прямое процессуальное принуждение явки на экспертизу и/или предоставления эксперту необходимых материалов для исследования по гражданским делам исключается в силу принципа

Судебная защита семейных прав / Под ред. Н.М. Костровой. С. 158–167.

⁴⁵ Формула ст. 49 содержит совершенно вопиющее указание суду на достоверность представленных доказательств. Совершенно очевидно, что такая редакция является «рудиментом» прежнего ограничительного решения (ст. 48 КоБС РСФСР) и следствием опасения возврата описанной нами «легкомысленной» судебной практики по делам об установлении отцовства. Тем не менее она не может быть оправдана – суду совершенно достаточно общепроцессуального указания норм ст. 67 ГПК РФ, в частности п. 3 об относимости, допустимости, достоверности каждого доказательства, а также достаточности и взаимной связи их совокупности.

диспозитивности и иных основ гражданского процесса. Поэтому законодателем «изобретена» новелла, как бы поощряющая стороны содействовать экспертному исследованию: при уклонении от участия в экспертизе в той или иной необходимой форме суд в зависимости от того, какая сторона уклоняется от экспертизы, а также какое для нее она имеет значение, вправе признать факт, для выяснения которого она была назначена, установленным или опровергнутым (п. 3 ст. 79 ГПК)⁴⁶. Разумеется, суд учитывает при этом все обстоятельства дела, обычную степень достоверности экспертного заключения (так, отцовство может быть исключено по результатам и медико-биологической экспертизы крови, и генной дактилоскопии, но лишь последняя способна его подтвердить).

Круг доказательственных фактов существенно сужается, если стороной (истцом или ответчиком) является недееспособное лицо. Поскольку оно не в состоянии осознавать причинно-следственной связи между своим поведением (признанием отцовства, участием в воспитании, содержании ребенка и т.д.) и фактом отцовства, в качестве основного объективного обстоятельства должно приниматься устойчивое длительное совместное проживание сторон процесса (по типу фактического брака), а одним из ключевых средств доказывания – заключения экспертов по вопросам суда.

Если предполагаемого отца ребенка нет в живых, то дело, ввиду отсутствия спора о праве, рассматривается в порядке особого производства гражданского процесса путем подачи заинтересованным лицом заявления об установлении факта отцовства умершего лица. При этом толкование соседних норм СК

⁴⁶ З.И. Воронина небезосновательно полагает, что в связи с отсутствием в российской и мировой практике четких процессуальных механизмов, обеспечивающих проведение теста на ДНК, необходимо, без изменения диспозитивного характера п. 3 ст. 79 ГПК РФ, в порядке исключения из общего правила, предусмотреть в ст. 49 СК РФ положение о презумпции факта биологического отцовства при уклонении ответчика без уважительных причин от участия в экспертизе. Это вытекает, по мнению автора, из приоритетного характера права ребенка знать своего кровного отца. См.: Воронина З.И. Реализация права ребенка на идентифицирующую информацию при применении вспомогательных репродуктивных технологий // Российский юридический журнал. 2008. № 1. С. 68.

(ст. 49 и 50) и п. 2 ст. 264 ГПК РФ как будто бы позволяет сделать вывод об ограничении оснований такого заявления исключительно фактом прижизненного признания (это следует даже из названия ст. 50 СК). В действительности, в качестве оснований могут быть приняты любые существенные для дела обстоятельства, с достоверностью свидетельствующие об отцовстве умершего, например, длительные фактические брачные отношения. Однако применять в этом случае необходимо норму ст. 49 СК, по смыслу своему отнюдь не ориентированную исключительно на исковое (спорное) производство⁴⁷.

На это указывает и Верховный Суд РФ⁴⁸, а также ряд цивилистов и процессуалистов⁴⁹. В этой связи О.Ю. Косова предлагает следующую редакцию ст. 50 СК РФ: «В случае смерти лица, не состоящего в зарегистрированном браке с матерью ребенка, факты отцовства либо признание отцовства могут быть установлены судом по правилам гражданского судопроизводства»⁵⁰. Полагаем, однако, что целесообразнее возможность установления факта отцовства предусмотреть в ст. 49 СК РФ или же вообще удовлетвориться ее действующей редакцией, вбирающей в себя, как мы уже отмечали, оба варианта.

Представляет также интерес взаимодействие искового и особого производства в случае, если привлеченные по делу об установлении факта отцовства заинтересованные лица (жена, близкие родственники умершего и др.) возражают по существу заявления, например, в связи с возможной претензией в будущем на долю в наследстве.

⁴⁷ Наличие подобной коллизии в СК является, на наш взгляд, так же как и в ситуации своеобразного процессуального указания ст. 49, «рудиментарным» следствием ограничений установления отцовства в прежнем законодательстве, а возможно, и некорректностью в данном случае законодательной техники.

⁴⁸ См.: п. 4 – 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 9 от 25 октября 1996 г. «О применении судами Семейного кодекса РФ при рассмотрении дел об установлении отцовства и взыскании алиментов» // БВС РФ. 1997. № 1.

⁴⁹ См.: Судебная защита семейных прав. С. 175–176; Косова О.Ю. Установление факта происхождения ребенка в особом судопроизводстве // Российская юстиция. 1998. № 1. С. 42.

⁵⁰ Там же.

А.М. Нурбалаева и В.М. Кошкин полагают целесообразным в этой связи облегчить суду установление заинтересованных лиц путем указания в соответствующем заявлении не только общей цели (внесение сведений об отце в актовую запись), но и специализированной цели установления факта⁵¹. Это как раз с высокой степенью вероятности и спровоцирует так называемый спор.

Для процессуалистов такая жесткая «связка» между установлением факта и его возможными будущими последствиями давно уже стала почти аксиоматической⁵². Аналогичную позицию занимает и Верховный Суд РФ. При этом, из буквального толкования п. 3 ст. 263 ГПК РФ непосредственно ее не следует: можно вполне предположить, что речь идет о появлении спора в рамках общего правоотношения, то есть родительского. Однако Верховный Суд вносит существенное добавление с помощью эпитета «последующий»: заявление не принимается или остается без рассмотрения, если установление факта связано с последующим разрешением спора о праве, подведомственного суду⁵³. Таким образом, при обращении матери ребенка, органа опеки и попечительства или прокурора⁵⁴ в суд с заявлением об установлении факта отцовства последний привлекает жену, детей и т.п. в процесс в качестве заинтересованных лиц. Те, разумеется, заявляют о последующем споре на наследство – и факт установлен не будет. Заявителю придется предъявить иск о признании за ребенком права на долю в данном наследстве и внутри спора просить об установлении факта отцовства. Соот-

⁵¹ См.: Судебная защита семейных прав. С. 179; Кошкин В.М. Судебное установление отцовства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1972. С. 20.

⁵² Так, П.Ф. Елисейкин писал: «Если установление факта связано с разрешением спора о праве, то заинтересованным лицам разъясняется, что они должны обратиться в суд в порядке искового производства (например, в случаях обращения в суд за установлением юридического факта в целях последующего разрешения спора о праве)». См.: Елисейкин П.Ф. Судебное установление фактов, имеющих юридическое значение. М., 1972. С. 47.

⁵³ См. п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РСФСР № 9 от 21 июня 1985 г. «О судебной практике по делам об установлении фактов, имеющих юридическое значение».

⁵⁴ Пусть и в крайне исключительных случаях.

ветственно суд, удовлетворив иск, сошлется на установленный им факт отцовства умершего лица. Органу же ЗАГСа для совершения записи в порядке п. 2 ст. 51 СК РФ придется «расшифровывать» судебное решение, вынесенное по существу совершенно другого вопроса.

Нам представляется данная конструкция усложненной и не отвечающей сути первого дела, возбужденного по началам особого производства. Возражения родственников, нередко построенные не на фактах, а на желании избавиться от «конкурента», должны квалифицироваться всего лишь как свидетельские показания о характере отношений умершего и матери ребенка и оцениваться судом наряду и в совокупности с другими обстоятельствами. (Впрочем, изложенное имеет характер сомнений в действующей трактовке ситуации, ибо, разумеется, не меняет правоприменительной практики – для этого потребуется либо уточнение *de lege ferenda* редакции ст. 263 ГПК РФ, либо указанного постановления высшей судебной инстанции.)

На основании судебного решения об установлении отцовства орган ЗАГС производит соответствующую запись. Отцовство как юридический факт действует с обратной силой – личные правоотношения между ребенком и отцом формально-юридически считаются возникшими с момента рождения ребенка, имущественные же (например, право на алименты) – с момента законного установления факта происхождения (по правилам ст. 51 СК).

Если отцовство не установлено (не подано совместного заявления в орган ЗАГС, отказано в удовлетворении иска или заявления, мать вообще не инициировала процедуру удостоверения данного факта), то органом ЗАГС производится фиктивная запись: фамилия отца определяется фамилией матери, а его имя и отчество – по ее указанию⁵⁵. Цивилисты справедливо указы-

⁵⁵ В отличие от явления фиктивных актов (фиктивного брака, усыновления и др.), негативно оцениваемых обществом, законом и судом, фиктивная запись, как мы уже отмечали ранее, есть разновидность фикции как особого технико-юридического приема (технологии), применяемого в случаях, когда иным способом отрегулировать ситуацию затруднительно или вовсе невозможно.

О фикциях см. очерк седьмой.

вают на недопустимость вольного обращения с данной записью со стороны матери. Так, п. 3 ст. 17 ФЗ «Об актах гражданского состояния» предоставляет матери внебрачного ребенка право не вносить сведения об отце, а ст. 23 допускает внесение в свидетельство о рождении фамилии, имени, отчества и гражданства лишь одного из родителей (то есть, как правило, только матери). Это вопиющее противоречие норме п. 1 ст. 58 СК РФ о праве ребенка на отчество. Г.С. Демидова не без горечи предлагает, «следуя формальной логике, именовать младенца по батюшке «Прочеркович» или «Отсутстович»⁵⁶. Более того, как верно отмечает Е.А. Татаринцева, это также противоречит ст. 7 Конвенции о правах ребенка (в первую очередь, конечно, в ситуации, когда отец матери известен)⁵⁷. А.М. Нечаева подчеркивает, что такое явное нарушение интересов ребенка есть следствие неясности соотношения прав и обязанностей родителей (в рамках известной концепции «правообязанности»)⁵⁸. Праву ребенка должна корреспондироваться обязанность родителей (в данном случае – матери), а не ее право индивидуализировать своего ребенка через имя и отчество (по поводу фамилии в этой ситуации выбора нет)⁵⁹.

Полагаем, что до решения вопроса *de lege ferenda* допустимо вмешательство органа опеки и попечительства путем подачи соответствующего заявления в орган ЗАГС, а при отказе последнего в совершении фиктивной записи – в суд с обжалованием отказа в интересах ребенка. При этом, если органу опеки известны обстоятельства для установления отцовства, он должен предъявлять иск и в любом случае предпринять разумные меры по убеждению матери в необходимости использовать законные способы фиксации отцовства. В случаях, когда мать неизвестна, эту функцию выполняет орган опеки и попечительства.

⁵⁶ Демидова Г.С. Указ. соч. С. 73.

⁵⁷ См.: Татаринцева Е.А. Основания возникновения родительских прав и обязанностей по Семейному кодексу Российской Федерации // Семейное законодательство Российской Федерации: опыт десятилетия и перспективы. Тверь, 2006. С. 89.

⁵⁸ См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы... С. 18.

⁵⁹ Подробнее об этом см. параграф о статусе родителей.

3.1.3. Репродуктивные вспомогательные технологии: биологическое и социальное родительство

Целеполаганием вспомогательных репродуктивных технологий является преодоление бесплодной неспособности зрелого человеческого организма к зачатию. В России в течение уже многих десятилетий бесплодие супружеских пар составляет около 20%, то есть каждый пятый брак.

Репродуктивные технологии становятся все разнообразнее, эффективнее, все глубже проникают в естественные процессы взаимоотношений полов, а в настоящее время в связи с открытием метода клонирования животных подходят к черте, за которой могут начаться непредсказуемые процессы.

Соответственно они вызывают к жизни, одновременно с ребенком, этические и правовые проблемы, связанные с репродукцией человека, притом что законодательство, в том числе российское, в этом вопросе фрагментарно и противоречиво.

Идея борьбы с данным недугом с помощью тех или иных репродуктивных технологий, по мнению исследователей, зародилась давно и проявляла себя в индийских, эллинских, римских и других версиях⁶⁰.

Далеко не безусловное понимание находит идея применения данных технологий в религиозной этике. Так, ислам и му-

⁶⁰ Пересадка плода из чрева женщины низкого сословия в чрево женщины высокого сословия (легенда о зачатии Махавиры – 599 г. до н.э.); связь мужа с другой женщиной по просьбе бесплодной жены (свидетельство Плутарха) и т.п. Подробнее см., например: Дронова Ю.А. Что нужно знать о суррогатном материнстве. М., 2007. С. 11–12.

По мнению Н. Рулана, Древнему Риму было известно понятие «отдача внаем чрева»: муж передавал для соответствующего использования бесплодной супружеской паре свою жену; ребенок, рожденный с помощью «наемной» матери, признавался законным ребенком данной пары. См.: Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999. С. 261.

В.К. Толкачева полагает, что проблема «замещающей» матери была известна и решается даже в первобытном обществе, например, путем разделения функций между женскими особями с различным сексуальным потенциалом: одни преимущественно рожали детей, другие были их кормилицами, третьи в основном заботились о них и воспитывали. См.: Дронова Ю.А. Указ. соч. С. 14–15.

сульманское право одобряют их лишь при соблюдении строгого набора требований: для оплодотворения может быть востребован только генетический материал мужа и жены, использование донорского материала противоречит святости и целостности брачных уз, приводит к нарушению родословной и генетического кода семьи, к необычному, но все же прелюбодеянию.

Противниками применения ряда рассматриваемых технологий, прежде всего суррогатного материнства, являются основные христианские вероучения, в том числе православная церковь: последнее разрушает неповторимую связь между матерью и младенцем во время беременности и в целом таинство брака как единения души и тела⁶¹.

Тенденции зарубежного законодательства также далеко не однотипны: в ряде стран, при общем разрешении и позитивном регулировании отношений по применению методов вспомогательной репродукции, суррогатное материнство либо запрещено (Франция, Германия, Австрия, Норвегия, Швеция, некоторые штаты США), либо ограничено определенными условиями: отношения некоммерческого типа разрешены в Австралии, Великобритании, Дании, Канаде, Израиле, Нидерландах и др.; в некоторых странах оно осуществляется на фактическом уровне (Бельгия, Греция, Испания, Финляндия, и др.). В большинстве штатов США, ЮАР, в Украине, Казахстане «квазиматеринство», в том числе коммерческое, допускается. Как отмечает Ю.А. Дронова, анализ указанных тенденций показывает, что исследуемый институт развивается независимо от отношения к нему церкви и общества, «поскольку человек природой запрограммирован на продолжение рода и "свой" ребенок психологически всегда был и будет роднее и ближе, чем приемный», поэтому мужчины и женщины, лишённые обычной репродук-

⁶¹ См., например: Балашов О.Н. Искусственное оплодотворение: что думают православные // Человек. 1995. № 3. С. 78–79.

В основе социальной концепции Русской православной церкви суррогатное материнство представляется как недопустимое, противоестественное и аморальное явление, разрушающее эмоциональную и духовную близость матери и младенца во время беременности; оно травмирует как вынашивающую женщину, материнские чувства которой попираются, так и дитя, могущее испытать кризис самосознания. (Подробнее см., например: Воронина З.И. Реализация права ребенка на идентифицирующую информацию... С. 64.)

тивной возможности, объективно будут искать для этого иные, сущностно близкие, способы⁶², нежели классические адаптационные (усыновление, приемная семья, патронат и т.д.).

В настоящее время применяется несколько технологий «непорочного зачатия»: 1) оплодотворение яйцеклетки жены генетическим материалом мужа; 2) аналогичная операция, но с использованием донорской спермы; 3) имплантация супруге эмбриона, зачатого вне ее организма путем оплодотворения яйцеклетки с использованием генетического материала супруга либо донора; 4) «полное» («гестационное») суррогатное материнство, когда яйцеклетка, оплодотворенная *in vitro*, переносится в тело женщины (суррогатной матери) для вынашивания и рождения ребенка для генетических родителей – «заказчиков» (последняя является генетически ему посторонней); 5) частичное («традиционное») суррогатное материнство (искусственная инсеминация женщины, которая вынашивает и рождает генетически своего ребенка для «заказчиков» – с использованием генетического материала «заказчика» – мужчины или донора)⁶³.

В связи с применением данных технологий возникают многочисленные вопросы. Первый: вправе ли ребенок знать своих генетических родителей (донора; супружескую пару, если суррогатная мать не передала им ребенка)? Второй: только ли женщина или в равной мере мужчина может иметь доступ к методам вспомогательной репродукции? Третий: можно ли вообще говорить «о праве каждого человека независимо от пола, брачного статуса и других обстоятельств иметь своего ребенка, коль скоро уровень медицины позволяет ставить вопрос таким образом»⁶⁴. Четвертый (в продолжение третьего): допустимы ли в качестве «заказчиков» фактические супруги, однополые пары?..

⁶² Дронова Ю.А. Указ. соч. С. 35.

⁶³ На самом деле вариантов даже несколько больше. Подробнее об этом см., например: Литвинова Г.И. Правовые аспекты искусственного оплодотворения // Советское государство и право. 1981. № 9; Она же. Свет и тени прогресса. М., 1989. С. 132–133; Горожанкина М.А. Суррогатное материнство // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 2. Томск, 2002. С. 51.

⁶⁴ См.: Хазова О.А. Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России // Современное медицинское право в России и за рубежом. М., 2003. С. 200.

В качестве предпосылок решения этих вопросов О.А. Хазова выдвигает следующие. «Автоматический» взгляд на проблему бесплодия «через призму женщины» является неверным с самого начала – с внедрением в практику суррогатного материнства право доступа мужчин к методам вспомогательной репродукции наравне с женщинами перестает быть умозрительным, приобретает реальные очертания. Шире следует смотреть и на так называемые медицинские показания. В норме ст. 35 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан подчеркивается условие о «детородном возрасте» женщины, претендующей на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона (до 48 – 50 лет). В настоящее время этот барьер не является абсолютно непреодолимым. (Правда, в этой связи возникает вопрос, в какой мере это соотносится с интересами ребенка, так как немолодая мама может не успеть вырастить ребенка.) По общему правилу, медицинскими показаниями являются стойкое бесплодие, болезни супругов и иных «заказчиков», опасности естественного способа рождения для здоровья матери или ребенка. Однако, полагает автор, не исключается и расширительное толкование данного условия – и позиция по нему российского законодателя должна быть выражена более определенно, с учетом права человека самому принимать решения в репродуктивной сфере⁶⁵.

Роль семейно-правового регулирования в этих процессах узкоспециальна – на большинство вопросов отвечает или должно отвечать административное законодательство.

Так, семейный закон не предусматривает права ребенка знать своих генетических родителей (донора) в случае рождения с применением репродуктивных технологий. С учетом некоторых иных тенденций зарубежного законодательства (например, США) эта позиция подлежит дальнейшей дискуссии. Однако нам представляется, что консервативное решение более приемлемо – в интересах ребенка.

Еще прежним семейным законом введено правило о необходимости письменного согласия мужа на операцию по искусственному оплодотворению жены и запрете последующего ос-

⁶⁵ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 202–208.

Поскольку в нашу задачу не входит анализ всего комплекса проблем, ограничимся по общим вопросам данными констатациями.

паривания им своего отцовства (в настоящее время – ч. 1 п. 4 ст. 51, ч. 1 п. 3 ст. 52 СК РФ). Нетрудно заметить, что и в современной редакции не упоминается об одинокой женщине как субъекте подобной операции – речь идет только о супругах (лицах, состоящих в браке). Их согласие с точки зрения общей классификации юридических фактов является разновидностью правомерного акта. Между ними и медицинским учреждением заключается гражданско-правовой договор об оказании возмездных услуг.

Новеллой СК РФ стали нормы о суррогатном материнстве (ч. 2 п. 4 ст. 51, ч. 2 п. 3 ст. 52 СК РФ), однако они либо оспори́мы, либо совершенно неудовлетворительны.

Во-первых, как и во всех других «репродуктивных» вариантах, закон игнорирует (и мы это уже отмечали) ситуации, где «заказчиками» выступали бы фактические супруги, однополые пары, одинокие женщина или мужчина. В ряде стран разрешена та или иная модификация. Например, в США после соответствующего судебного прецедента (2000 г.) неженатые пары получили право использования института суррогатного материнства⁶⁶. В Голландии однополые союзы приравнены к союзу брачному и т.д.⁶⁷

Полагаем неперменным (для начала – при наличии соответствующих медицинских показаний) расширить «ассортимент» субъектов означенного права за счет одиноких мужчины и женщины⁶⁸.

Во-вторых, излишне жесткие требования предъявляются к суррогатной матери и по возрасту (20 – 35 лет), и по «брачности» (только замужняя женщина), и по медицинским характеристикам (родившая своего здорового ребенка, не являющаяся носителем заболеваний согласно перечню). По крайней мере, возраст может быть увеличен, а «брачность» – и вовсе не обязательна.

(Е.С. Митрякова полагает, что необходимо установить требование и к «заказчикам» – по возрастным ограничениям, пси-

⁶⁶ См.: Пестрикова А.А. Субъектный состав договора суррогатного материнства // Цивилист. 2007. № 2. С. 84.

⁶⁷ Подробнее см. очерк второй.

⁶⁸ Например, относительно последней в Кодексе Республики Беларусь о браке и семье есть прямое указание (п. 1 ст. 53).

хическому здоровью и т.п.⁶⁹ Думается, что вопрос требует дополнительной дискуссии: с одной стороны, имеется аналогия с требованиями к усыновителям, с другой – в репродуктивной сфере законодатель придерживается, как правило, решений с большей диспозитивностью, нежели при регулировании отношений усыновления.)

Кстати, в этой связи возникает еще одна проблема: семейный закон выводит за скобки согласования мужа суррогатной матери. Поскольку последней законом предоставлено право оставить рожденного ребенка себе (заказчики) могут быть записаны родителями ребенка только с ее согласия – ч. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ), в отношении ее мужа не исключается формальное действие презумпции отцовства (п. 2 ст. 48 СК РФ). Следовательно, не только из соображений гендерной симметрии, но и по существу условие о согласии мужа на суррогатное материнство жены должно быть предусмотрено в нормах ст. 51 – 52 СК РФ. Данной точки зрения придерживается и О.А. Хазова⁷⁰.

Наконец, в-третьих, много неясного в части собственно договора о суррогатном материнстве⁷¹. В тексте закона даже не употребляются термины «соглашение» или «договор». Между тем на практике иного пути, как заключить специальный семейно-правовой договор, мы не видим, что подтверждается и зарубежными вариантами регуляции данного вида отношений. Так, в нормах ст. 53 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье в качестве правового основания суррогатного материнства признается договор (п. 1 ст. 53), который заключается в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению (п. 2 ст. 53).

Разумеется, первое затруднение в решении вопроса по указанному вектору состоит в императивной норме о передаче ребенка супругам-«заказчикам» только с согласия суррогатной матери. Это правило несправедливо, так как оно совершенно не за-

⁶⁹ См.: Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 17–18.

⁷⁰ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Л.Н. Завадской. М., 2001. С. 129–130. См. также: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 82.

⁷¹ Подробнее о договоре см. очерк четвертый.

щищает интересы женщины, мечтающей о ребенке, но по состоянию здоровья не способной его родить, да и супружеской четы («нареченных» генетических родителей) в целом⁷².

М.Н. Малеина по этому поводу делает и дополнительное замечание: если суррогатная мать способна иметь детей естественным способом, то при современной дороговизне оказания медицинских услуг, небольшого количества донорского материала непонятно решение законодателя предоставить ей возможность иметь ребенка путем метода искусственного зарождения⁷³. Подобное же недоумение высказывают С.Ю. Чашкова, Е.С. Митрякова, З.И. Воронина и др.⁷⁴

Иную позицию занимает О.А. Хазова: «При разработке соответствующих положений СК ставилась цель последовать лучшим правовым решениям, существующим в этом отношении в

⁷² А также одинокой женщины с аналогичным диагнозом.

Вызывает сомнение позиция Е.С. Митряковой о необходимости предоставления такого права тем супружеским парам, в которых женщина «просто не хочет вынашивать ребенка самостоятельно». (См.: Митрякова Е.С. Указ. соч. С. 8.) На наш взгляд, это окончательно превратит ребенка в товар, а договор о суррогатном материнстве – в типичный договор гражданского права, что, мягко говоря, не соответствует сущности отношений.

⁷³ См.: Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001. С. 92–93.

⁷⁴ См.: Чашкова С.Ю. Договор как способ регулирования отношений между участниками репродуктивной технологии суррогатного материнства // Юстиция. 2005. № 2. С. 67; Митрякова Е.С. Указ. соч. С. 19; Воронина З.И. Указ. соч. С. 65.

В США по одному из дел о передаче двойни суд решил вопрос в пользу суррогатной матери, по другому – принял сторону бездетной супружеской четы, но наделил «квазимаму» правами матери-визитера, в третьем деле было принято постановление об отобрании ребенка и помещении его в приют, что вынудило суррогатную мать отдать младенца генетическим родителям. Напротив, в один из судов мужем был предъявлен иск о признании матерью ребенка, выношенного из генетического материала супругов, именно суррогатной матери, – в иске было отказано, а ее статус определен как «няни», которой супруги доверили ребенка на определенное время. См.: Дронова Ю.А. Указ. соч. С. 31–32.

В соответствии с правилом п. 2 ст. 123 СК Украины родителями такого ребенка являются супруги.

зарубежных странах, и тем рекомендациям, которые были сделаны в свое время экспертной группой Совета Европы. ... Предоставленное суррогатной матери право оставить ребенка у себя – один из немногих правовых механизмов, который позволяет в определенной степени избежать злоупотреблений, связанных с использованием этого метода»⁷⁵.

Однако, кроме того, что отказ суррогатной матери передать ребенка «нареченным» родителям является для них тяжким психологическим ударом, подобное правило провоцирует шантаж недобросовестной женщины.

Таким образом, российскому законодательству в ближайшее время необходимо определить свою позицию по комплексу перечисленных проблем – тем более, что во многих вопросах его опережают законодатели как дальнего, так и ближнего зарубежья.

3.2. О семейно-правовом статусе ребенка и его родителей

3.2.1. Ребенок – субъект семейного права

Эволюция семейно-правового статуса ребенка начиналась с ситуации его «правового небытия» (как объекта права), продажи детей, тягот положения незаконнорожденного дитяти, абсолютизма родительской власти⁷⁶, шаг за шагом продвигая идеи равенства детей (независимо от обстоятельств их рождения), общественного и государственного контроля за осуществлением родительских прав, ответственности за их злоупотребление или ненадлежащее исполнение обязанностей, эмансипации, права голоса в семейных вопросах и права на защиту. В начале XIX в. в широких кругах европейского общества было принято называть разворачивающееся столетие «веком ребенка»⁷⁷, однако революции и войны не позволили достойным образом реализовать идеи о ребенке как равноправном и высокоценном человеке и гражда-

⁷⁵ Хазова О.А. Правовые аспекты ... С. 210.

⁷⁶ Подробнее об истории соответствующего законодательства см.: Нечаева А.М. Россия и ее дети. С. 6–153. См. также следующий параграф.

⁷⁷ Подробнее об этом см.: Нечаева А.М. Указ. соч. С. 88.

нине, хотя определенные к тому предпосылки в международном и российском семейном праве последовательно создавались.

Среди системных действующих источников международно-правового характера следует выделить Конвенцию от 20 ноября 1969 г. «О правах ребенка»⁷⁸, где указанные идеи воплощены наиболее полно. Однако в России правовые представления о ребенке как самостоятельном обладателе комплекса субъективных прав и охраняемых законом интересов (в нашем случае – семейных) были закреплены лишь в Семейном кодексе (в КоБС РСФСР 1969 г. и более ранних кодифицированных актах подобного системного нормативного блока не было). Глава 11 СК открывается новеллой российского семейного закона об определении понятия «ребенок» (п. 1 ст. 54): «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)». Соответствующая дефиниция Конвенции о правах ребенка несколько точнее: «...ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, он не достигнет совершеннолетия ранее» (ст. 1). Очевидно, что некоторые виды эмансипации с соответствующим наступлением полной гражданской дееспособности (в том числе вступление в брак до 18 лет) статус детства прекращают. В этой связи редакция п. 1 ст. 54 СК РФ должна быть уточнена.

Характеристика ребенка как субъекта права, в том числе права семейного, осуществляется при помощи нескольких правовых конструкций – правоспособности, дееспособности и правового статуса.

Опираясь на классические (или почти классические) представления о содержании указанной триады (способность ребенка обладать личными и имущественными правами и обязанностями, способность своими действиями их осуществлять; совокупность прав и обязанностей), отметим, однако, что являемся также сторонниками понимания первых двух «композиций», как динамично развивающихся в зависимости от возраста ребенка⁷⁹: напри-

⁷⁸ СССР присоединился к ней лишь в 1990 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1990. № 45. Ст. 955.

Россия участвует в данной Конвенции в порядке правопреемства.
⁷⁹ См., например: Рясенцев В.А. Семейное право. С. 49; Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в гражданском и семейном пра-

мер, способность к браку несовершеннолетнего родителя; частичная дееспособность в виде совершения акта согласия на определенные действия (усыновление, передачу в приемную семейную семью, изменение имени).

Наряду с **общим** межотраслевым правовым статусом **ребенка**, в рамках общего правового статуса гражданина, который отражает особое положение несовершеннолетних (в этом смысле он является специальным⁸⁰), целесообразно выделять **специальные правовые статусы** различных категорий детей (сирот, инвалидов, приемных детей и т.п.). Н.В. Летова, кроме специального, предлагает рассматривать и индивидуальный статус ребенка, отражающий положение конкретного субъекта в определенный период времени⁸¹. В этом смысле общий правовой статус отражает возможности любого ребенка в рамках такой (пока несуществующей) комплексной отрасли законодательства, как «**детское право**»⁸², специальный межотраслевой статус включает возможности той или иной категории детей в рамках той же отрасли. Существует также семейно-правовой

ве. С. 190–201; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 109.

⁸⁰ Специальный правовой статус охватывает специфические права и обязанности определенной категории людей, выполняющих те или иные социальные роли, в том числе семейно-правовые. См., например: Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 186–191.

См. также о специальном правовом статусе членов семьи: Мананкова Р.П. Правовые проблемы членства в семье. Томск, 1985. С. 60–63.

⁸¹ См.: Летова Н.В. Правовой статус несовершеннолетних: понятие и виды // Труды института государства и права РАН. 2008. № 2. С. 67, 73.

⁸² Подробнее об этом см. очерк первый.

Н.В. Летова именует его комплексным нормативно-правовым актом, правда, без ссылки на то обстоятельство, что идея уже достаточно давно «витает в правовом пространстве». См.: Летова Н.В. Указ. соч. С. 74.

По этому вопросу см., например: Кобец В. Все лучшее – детям! Так ли на самом деле? // Права человека. Механизмы реализации. М., 1999. С. 51–59; Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 112; Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 64.

статус, который также можно модернизировать в специальные (уже внутриотраслевые) и т.д. Такая дифференциация имеет, по меньшей мере, две практические пользы: как система она дает представление гражданам о правах ребенка абстрактного, ребенка «стратифицированного» и ребенка-индивидуума, а законодателям позволяет видеть проблемы, слабины или дискуссионные «фабулы» для совершенствования законодательства об охране и защите прав и интересов детей.

В целях дальнейшей систематизации личных прав ребенка Н.А. Темникова с учетом классификаций, разработанных М.Н. Малеиной и Ю.Ф. Беспаловым, предлагает выделить следующие группы: 1) права, обеспечивающие автономию личности ребенка (право на жизнь, здоровье; гражданство, имя, семейные связи; неприкосновенность личной, семейной жизни; на уважение чести и достоинства); 2) права, обеспечивающие социализацию ребенка (право жить и воспитываться в семье; на образование, приобщение к культуре, языку, религии своего народа); 3) права, обеспечивающие реализацию личности ребенка во внешнем мире – экстернализацию (право на свободу ассоциаций, доступ к информации, на отдых и досуг и т.п.); 4) права, обеспечивающие защиту ребенка (внутри и вне семьи; на представительство его интересов; на государственную помощь в данном вопросе)⁸³.

В соответствии с нормой ст. 8 Конвенции ребенок имеет право на приобретение и сохранение своей **индивидуальности**, которая в том числе обеспечивается именем, отчеством, фамилией и родством, а также правом на собственное мнение. Отчество, как известно, предопределено связью по происхождению от отца⁸⁴, фамилия – от родителей, при разных фамилиях – соглашением между ними (ст. 58 СК)^{85,86}. Разногласия родителей

⁸³ См.: Темникова Н.А. Реализация и защита личных неимущественных прав ребенка в семейном праве России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2006. С. 13–14.

⁸⁴ Ранее мы уже отмечали, что прочерк в записи об отце, а следовательно, и неясность с отцовством должны быть исключены.

⁸⁵ С учетом национальных особенностей региона законами субъектов РФ могут быть предусмотрены иные правила.

по данному вопросу разрешаются органами опеки и попечительства. Спор может также возникнуть между родителями и органом ЗАГС, если последний, руководствуясь общественной традицией и интересами ребенка, откажет в регистрации имени – «новояза» (например: Бо № 110707 – биологический объект с обозначением даты рождения; имени, производные от технических терминов; фамилий известных политиков и т.п.⁸⁷). Родители вправе обжаловать этот отказ в судебном порядке. Имя и/или фамилия могут быть изменены – по инициативе одного или обоих родителей. С 10-летнего возраста требуется согласие ребенка на данное изменение, а с 14 лет последний вправе стать его личным инициатором. Споры по данному вопросу разрешаются органом опеки и попечительства.

В соответствии с нормой ст. 19 ФЗ «Об актах гражданского состояния» имя «найденышу» дается альтернативно представителями самых разных учреждений (ОВД, медицинских, воспитательных, соцзащиты, органами опеки и попечительства). Следует согласиться с Ю.Ф. Беспаловым, что такой широкий перечень необоснован – право должно быть предоставлено только последней из перечисленных структур⁸⁸.

Правилом п. 2 ст. 54 СК предусмотрено право ребенка знать своих родителей. В этой связи он может рассчитывать на помощь в их розыске со стороны законных представителей, органов опеки

⁸⁶ М.М. Агарков отмечал, что «социальное бытие личности достигается только путем обособления ее от других», иначе она «растворилась бы в общественной среде», имя есть социальное обособление индивидуальности. Фамилия, кроме того, указывает на принадлежность к определенной семье и роду. См.: Агарков М.М. Право на имя // Сб. статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005. С. 143, 158.

⁸⁷ Например: Ревдит (революции дитя), Вольфрам, Рубин, Алгебрина, Турбина... (См.: Петровский Н.А. Словарь русских личных имен. М., 1966. С. 7.)

И.Г. Король приводит пример судебного решения об отказе в удовлетворении жалобы на действия органа ЗАГС: родители просили зарегистрировать имя БОЧ р ВФ 260602 (Биологический Объект Человека рода Ворониных-Фроловых, родившийся 26 июня 2002 г.). См.: Король И.Г. О праве ребенка на имя // Российское правосудие. 2007. № 11. С. 32.

⁸⁸ См.: Беспалов Ю.Ф. Судебная защита семейных прав ребенка: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 85.

и попечительства, внутренних дел и других компетентных государственных структур. Исключения прямо или косвенно предусмотрены семейным и иным законодательством. Это касается, во-первых, усыновления (при определенных условиях обеспечивается его тайна по правилам ст. 132, 134 – 136, 139 СК); во-вторых, – тайны донорства и/или суррогатного материнства, т.е. при применении репродуктивных технологий (из смысла п. 4 ст. 51 СК). Преодоление этих запретов невозможно даже по достижении ребенком совершеннолетия. Впрочем, не исключено, что с учетом зарубежных тенденций наше законодательство в этом вопросе может измениться, стать более либеральным. Так, З.И. Воронина полагает, что право конкретного индивидуума (не только ребенка – он как раз в силу возраста может не осознавать такой потребности) знать правду о своем биологическом происхождении должно обладать приоритетом над иными правами, в том числе над правом на тайну усыновления, суррогатного материнства, донорства и т.д. В отличие от взрослых ребенку такая информация должна, по мнению автора, предоставляться «дозированно»: во-первых, по решению суда (с учетом мотивированного заключения органа опеки и попечительства); во-вторых, возможно, не в полном объеме, например, предоставить сведения о биологических родителях, а о факте применения суррогатного материнства – по достижении совершеннолетия⁸⁹. Полагаем, однако, что информацию об усыновлении, применении репродуктивных технологий и т.п. следует открывать либо с 18 лет, либо в 16 (14) – для лиц, ставших дееспособными по семейно-правовым основаниям. По крайней мере, обозначенные критерии хотя бы относительно объективны.

Как мы уже отмечали, если мать внебрачного ребенка не обеспечивает защиты данного права, с иском об установлении отцовства необходимо обратиться в орган опеки и попечительства или к прокурору.

В соответствии с нормами п. 2 ст. 54 СК одним из важнейших социально значимых компонентов рассматриваемого статуса является право ребенка **жить и воспитываться в семье**, в том числе и прежде всего с родителями (одним из них), рассчитывать на их заботу, воспитание, обеспечение интересов, уважение его достоинства. Те или иные исключения составляют

⁸⁹ См.: Воронина З.И. Указ. соч. С. 66.

ситуации сиротства, раздельного проживания родителей, ограничения или лишения родительских прав. В этих случаях происходит компенсация за счет иных форм попечения над детьми. Декларативность данного комплекса прав лишь кажущаяся, так как ему корреспондируют соответствующие обязанности родителей, обеспеченные мерами защиты и ответственности (п. 3 ст. 66, ст. 69, 73 СК).

Предусмотренное нормой ч. 1 п. 2 ст. 54 СК **право на воспитание** (обычно справедливо подчеркивается: на надлежащее воспитание) реализуется прежде всего посредством общения родителей и ребенка, в том числе при раздельном проживании одного из родителей и даже при ограничении их родительских прав и отобрании у них ребенка на этом основании (п. 1 ст. 66, ст. 75 СК). Ребенок также имеет право на общение с другими родственниками. Причем при определении круга этих лиц законодатель непоследователен: на регулярном уровне не предлагая исчерпывающего перечня («дедушка, бабушка, братья, сестры и другие родственники» – п. 1 ст. 67 СК), в охранительной норме, обеспечивающей судебную защиту этого права, оперирует понятием «близкие родственники» (п. 2 ст. 67 СК). Несмотря на отсутствие в семейном законодательстве классификации степеней родства, применение к нашему случаю по аналогии нормы ст. 14 СК о препятствиях к браку позволяет сделать вывод, что таковыми как раз и являются родственники по восходящей и нисходящей линии и боковой I степени (кроме родителей – это дедушки, бабушки, братья и сестры)⁹⁰. Впрочем, руководствуясь интересами ребенка, суд вправе толковать норму расширительно. Общение может осуществляться в форме личных встреч, по телефону, обмена письмами, электронной почтой, в системе on-line⁹¹. В то же время общение с родителями, отдельно проживающими родителями, родственниками судом может быть ограничено или исключено, если оно не отвечает интересам ребенка (хотя современные способы общения с применением мобильной связи и Интер-

⁹⁰ Косвенно такой вывод подтверждается и нормами ст. 1142 – 1145 ГК об очередности наследования по закону.

⁹¹ Семейное право / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2007. С. 151.

нета проконтролировать или трудно, или невозможно). Право ребенка на общение с родителями и родственниками должно обеспечиваться и при нахождении его в экстремальной ситуации (задержание, арест, заключение под стражу и др.) и ограничиваться только при наличии серьезных оснований (например, специальные правила доступа в реанимационную палату, учебно-воспитательные учреждения для детей с девиантным поведением; карантин и т.п.).

Важным достижением российского семейного закона является предписанное Конвенцией о правах ребенка (ст. 13) и закрепленное в норме ст. 57 СК **право ребенка** выражать свое **мнение** по вопросам, затрагивающим его интересы, в семье, учреждении образования, медицины (в разумных пределах), а также быть заслушанным в ходе административного или судебного разбирательства. Это право дифференцировано по двум критериям, действующим как порознь, так и совместно, – возрасту и значимости семейно-правового акта.

До достижения 10-летнего возраста указанное право обеспечивается в диспозитивном режиме: его следует учитывать, однако степень обязательности и мотивация иного решения отдается на усмотрение его родителей или лиц, их заменяющих, органа опеки и попечительства, суда и других компетентных органов – в рамках следования «категорическому императиву», нравственному и правовому: соответствие интересам ребенка⁹².

С 10-летнего возраста обязательным является согласие ребенка на изменение имени, фамилии, восстановление в родительских правах, передачу под опеку или в приемную семью, усыновление (за исключением случаев, когда он считает кандидата в усыновители своим родителем и является целесообразным сохранение тайны данного акта). По аналогии с нормой ст. 57 СК его позиция должна признаваться существенно значимой и в других семейно-правовых вопросах, хотя несогласие по ним не может считаться обязательным (правопрепятствующим). Некоторые цивилисты небезосновательно полагают не-

⁹² В ГК выделяются дополнительно 2 категории несовершеннолетних: до 6 лет, с 6 до 14 (п. 2 ст. 28). Напротив, 10-летний барьер юридического значения не имеет. Возможно, семейный закон в какой-то мере должен коррелировать с позицией о дополнительных юридических возможностях детей с 6-летнего возраста.

обходимым расширить перечень за счет согласия 10-летнего ребенка при рассмотрении дел об установлении отцовства и об отмене усыновления⁹³.

С 14 лет ребенок вправе самостоятельно защищать свои субъективные семейные права и интересы в суде, в том числе предъявлять иски об установлении своего внебрачного отцовства, отмене усыновления. Несмотря на отсутствие в семейном законе императивной нормы об обязательности согласия 14-летнего ребенка при заключении родителями соглашения о месте его проживания и порядке общения, а также при рассмотрении судом споров по аналогичному вопросу, право на судебную защиту предполагает очевидную связанность решения суда с позицией несовершеннолетнего 14 лет и старше. (Впрочем, целесообразнее перевести данное правоприменительное предположение в статус нормативного предписания.)

Систематическое толкование норм ст. 56, 69, 72, 73 СК свидетельствует о том, что хотя 14-летний ребенок и обладает правом самостоятельно обращаться за защитой своих субъективных семейных прав и интересов в суд, в том числе при ненадлежащем выполнении родителями обязанностей по его воспитанию, образованию и т.п. либо злоупотреблении родительскими правами, возможность предъявить иск об ограничении или лишении их родительских прав или восстановлении в родительских правах у него нет, а право предъявить иск об отмене усыновления ему, напротив, предоставлено (ст. 142 СК). Такое противоречивое решение законодателя по сходным вопросам должно быть скорректировано. В целом право ребенка на защиту возрастом не ограничено. По общему правилу, предполагается, что оно должно обеспечиваться его законными представителями (в первую очередь родителями), органом опеки и попечительства, прокурором, уполномоченным по правам человека (или непосредственно ребенка, если такая служба в регионе предусмотрена), другими государственными и муниципальными структурами.

По достижении 16-летнего возраста ребенок вправе вступить в брак – с соблюдением процедуры снижения брачного воз-

⁹³ Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. С. 109; Антокольская М.В. Указ. соч. С. 191.

раста⁹⁴ (п. 2 ст. 13 СК), что влечет приобретение им полной дееспособности (п. 2 ст. 21 ГК). Он также может быть объявлен таковым (эмансипирован) по иным основаниям, предусмотренным гражданским законодательством (ст. 27 ГК).

За пределами цивилистики его статус дополняется правом на профориентацию и труд (с 14 лет), отдых, медицинское обслуживание, образование, членство в ассоциациях, информацию, обеспечение жизни в пределах социальных стандартов, неприкосновенность частной жизни и жилища, тайну переписки и др. (Конвенция о правах ребенка, Федеральный закон «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации»)⁹⁵.

К числу новелл семейного закона относятся и нормы ст. 62 СК о **несовершеннолетних родителях**, не состоящих в браке. Казалось бы, характеристика статуса таких лиц является частным случаем проблемы статуса родителей. Но это не совсем так. С одной стороны, несовершеннолетние родители имеют право на совместное проживание с ребенком и участие в его воспитании, а с 16 лет – самостоятельно осуществлять родительские права, с другой – они сами находятся под законным попечением своих родителей (или других лиц) до 18 лет, так как формально остаются детьми по смыслу ст. 54 СК и лишь частично дееспособными в соответствии с ГК (ст. 26). Этот парадокс должен быть снят путем внесения изменений в гражданское законодательство: либо несовершеннолетний родитель (как и несовершеннолетнее лицо, вступившее в брак) автоматически приобретает полную дееспособность с 16 лет, либо такое родительство становится основанием для эмансипации⁹⁶.

Семейным законом предусмотрен своеобразный «возврат в детство», хотя и крайне редко встречающийся в юридической практике он представляет собой последствия судебного признания брака, заключенного с несовершеннолетним, недействи-

⁹⁴ Как мы уже отмечали в очерке втором, во многих регионах-субъектах Российской Федерации, в рамках правомочий, установленных правилом ч. 2 п. 2 ст. 13 СК, приняты законы о снижении брачного возраста до 14 или 15 лет.

⁹⁵ Обеспечение последней статутной триады представляет очевидные трудности и пока не поддержано конкретными санкциями, кроме права ребенка на административную жалобу и судебную защиту.

⁹⁶ Антокольская М.В. Семейное право. С. 220–221.

тельным: в соответствии с нормой ч. 3 п. 2 ст. 21 ГК суд вправе в этом случае принять решение об утрате полной дееспособности, полученной при вступлении несовершеннолетнего в брачный союз.

Имущественные права ребенка определяются в основном гражданским законодательством. И лишь в незначительной мере – семейным⁹⁷: дети и родители не имеют права собственности на имущество друг друга, хотя при проживании семьей они неизбежно им пользуются на основе взаимного согласия (ст. 60 СК) и разумности (применительно к ребенку), ребенок вправе распоряжаться своими доходами и совершать сделки по правилам норм ст. 26 и 28 ГК, а также рассчитывать на управление своим имуществом родителями и другими опекунами (попечителями) в его интересах. Непосредственно семейным законом регулируются лишь отношения по предоставлению материального содержания ребенку (алиментные обязательства), в которых последний выступает самостоятельным субъектом (а при предъявлении в суде иска о взыскании алиментов – истцом в материально-правовом смысле). Однако распоряжаются этими средствами родители в целях обеспечения насущных потребностей ребенка. Если родитель-плательщик считает, что алиментные суммы расходуются не по целевому назначению, он вправе обратиться в суд с требованием о перечислении до 50% суммы на банковский счет ребенка.

Критерием законности действий родителей, лиц, их заменяющих, должностных лиц и т.д. являются **интересы детей** (ст. 56, 57, 64, 68 СК и многие другие). Данная формула была и остается «краеугольным камнем» построения правоотношений с участием ребенка и по поводу ребенка всех семейных кодексов, хотя и эволюционировала от конструкции «исключительно в интересах детей» (ст. 33 КЗоБСО 1926 г.), контекст которой можно было бы трактовать как «во что бы то ни стало, пусть даже с явным ущербом для родительских интересов»⁹⁸ до формулировки «не в противоречии с интересами детей» (п. 2 ст. 52

⁹⁷ Нам не представляется это целесообразным решением: «скачки» (это регулируется здесь, а это там...) не создают ни системности восприятия, ни собственно системности регулирования. Подробнее об этом см. очерк первый.

⁹⁸ Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 180.

КоБС РСФСР и п. 1 ст. 65 СК РФ). Это означает, что должен достигаться баланс между интересами общества, родителей и детей, по возможности исключаться конфликт этих интересов. Собственно интересы ребенка могут трактоваться как его потребности в благоприятных условиях существования, надлежащей материальной и психологической заботе, воспитании, формировании навыков, необходимых для будущего жизнеобеспечения, – в пределах разумного сочетания его индивидуальности и объективно заданной общности характеристик с другими членами социума, свободным от которого он, как известно, быть не может. Толкование, обеспечение, охрана и защита этих интересов осуществляются в определенной степени (в зависимости от возраста и социальной зрелости) им самим и в значительно большей степени – родителями, иными попечителями, родственниками, органом опеки и попечительства, судом и другими компетентными государственными структурами⁹⁹.

В главе 11 СК делается очевидный и традиционный акцент на права ребенка и отсутствие в семейном законе указания на их обязанность подчиняться воспитательному и иному законному воздействию родителей и других правомочных лиц. В то же время сущность правоотношений между родителями и детьми, как и всяких других, сводится к взаимодействию в них прав и обязанностей участников. Правам родителей, отмечал О.С. Иоффе, соответствуют обязанности, а обязанностям – права детей¹⁰⁰. В первую очередь обязанность ребенка состоит в том, чтобы соотносить свое поведение с требованиями, предъявляемыми к нему родителями. Значение такой правовой конструкции сводится прежде всего к обеспечению воспитательного воздействия на ребенка, и это значение усиливается с взрослением последнего¹⁰¹.

«На фоне международной охраны прав детей, в том числе от злоупотреблений со стороны родителей, – отмечал А.М. Раец, – у несовершеннолетних детей, на которых не возложено никаких обязанностей, формируется сначала чувство, а в дальнейшем и

⁹⁹ Подробнее об этом см., например: Ильина О.Ю. Интересы ребенка... С. 13–67 и след.

¹⁰⁰ Иоффе О.С. Советское гражданское право. С. 238–239.

¹⁰¹ Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 188.

осознание вседозволенности». Возможности родителей по применению адекватны к случаю мер по принуждению к детям фактически реализуются, однако, продолжает автор, вне правового поля. Представляется не только целесообразным, констатирует А.М. Рабец, но жизненно необходимым введение в СК нормы об обязанности детей повиноваться требованиям родителей, направленным на их надлежащее воспитание, и праве родителей «порицать и наказывать детей за недостойное поведение и неподчинение разумным требованиям родителей». Следует согласиться с автором в том, что при этом обеспечение исполнение данной обязанности мерами государственного принуждения не так уж и важно, даже ее декларативное присутствие будет способствовать повышению авторитета родителей в семье. Реализация данного положения не приведет к возвращению в семейно-правовое пространство института родительской власти¹⁰², так в нормах ст. 65 СК РФ четко сформулированы принципы и пределы осуществления родительских прав (и прежде всего в рамках широко понимаемого критерия «интересы ребенка»), а нормами ст. 69 и 73 СК РФ – меры защиты или ответственности за злоупотребление указанными правами¹⁰³.

Возражения, однако, сводятся не только к возможности проявления родительской власти как бы под благословлением семейного закона в опасных для ребенка формах – злоупотреблять можно любым правом (было бы право – злоупотребитель найдется). Н.Д. Егоров полагает, например, что право родителей на воспитание своих детей существует только в рамках абсолютного правоотношения (с соответствующими обязательными лицами), а не относительного между родителями и детьми. «В противном случае, – пишет автор, – пришлось бы прийти к нелепому выводу о том, что на малолетних детей возлагается юридическая обязанность подчиняться воспитательному воздействию со стороны родителей»¹⁰⁴. А разве это не так фактически? В зависимости от возраста (а далее – и характера) реакция ребенка может быть пассивной в форме претерпевания

¹⁰² Тем более в его жестких исторических версиях.

¹⁰³ См.: Рабец А.М. Проблемы укрепления нравственных начал в нормах о личных неимущественных правах и обязанностях родителей и детей // Научные труды РАЮН. М., 2003. № 3. С. 162–163.

¹⁰⁴ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 2007. С. 295 – 296.

или активной (осознанное подчинение, партнерство и т.п.). Не говоря уже о том, что такие «нелепые» выводы делают цивилисты, много лет занимавшиеся семейно-правовой проблематикой, например Е.М. Воржейкин, а также О.С. Иоффе¹⁰⁵. Как мы неоднократно отмечали, а на предыдущих страницах проявили в том солидарность с А.М. Рабец, не все обязанности, закрепленные в законе (в нашем случае – в семейном законе, что важно в силу обозначенных ранее семейных правоотношений и технологии семейно-правового регулирования), должны иметь прямое обеспечение принуждением – исключения всегда были, есть и будут.

Разумность требований родителей¹⁰⁶ оценивается как самим ребенком через реализацию права на мнение по семейным вопросам, административную жалобу и судебную защиту, так и органом опеки и попечительства, а в необходимых случаях – судом. Полагаем, что корректная формулировка указанного взаимодействия все же должна присутствовать в Семейном кодексе.

3.2.2. О семейно-правовом статусе родителей

«Любовь к детям, – отмечал А. Боровиковский, – не имеет себе аналогии ни в каких иных чувствах людей друг к другу; это высшее проявление альтруизма. Тут нет расчета на взаимность, на благодарность; взаимность, конечно, желательна родителю – но не она есть стимул родительской любви»¹⁰⁷.

Отношения между родителями и детьми «основываются, – пишет Д.И. Мейер, – преимущественно на любви родителей к детям – любви невольной, бессознательной, чуждой всякого расчета, нередко незаслуженной со стороны детей и даже необъяснимой с точки зрения холодного рассудка. ... Если мать радуется улыбке своего ребенка, то потому, что любит его, а не потому, что улыбка младенца содержала какое-либо объективное основание для счастья: не радуется же ее улыбка чужого ре-

¹⁰⁵ См. об этом в следующем параграфе – в рамках анализа концепции слияния родительских прав и обязанностей.

¹⁰⁶ А также одного родителя другим родителем, близкими родственниками, имеющими право на общение с ребенком.

¹⁰⁷ Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. С. 253.

бенка»¹⁰⁸. Добавим, впрочем, что социализация отношений развивает чувства положительного свойства и относительно других детей, доводя их в усыновлении, опеке, приемном родительстве и других отношениях попечения до уровня или почти до уровня (а иногда и более) материнства и отцовства.

Очевидно, что социализация, в наиболее общем виде понимаемая как влияния среды в целом, которые приобщают человека (мужчину, женщину) к участию в общественных отношениях, учат его пониманию культуры, поведению в малых (семья и т.п.) и больших группах, выполнению различных социальных ролей, в том числе родительских, использует, как мы уже отмечали, в основном неправовые методологии и технологии. Однако в определенный момент бытия общества и конкретного (индивидуального) общественного отношения право становится необходимым. Его воздействие в регулятивном плане, отражая двуединый интерес индивидуального и общественного, осуществляется скорее декларативно, нежели формально-определенно, стратегически, нежели тактически. Другое дело – в плане охранительном: поскольку «в человеческом обществе не все явления нормальны, встречаются и уродливые отклонения от нормы, ... нужны определения ... права, которые, по возможности, поддерживали бы явления в нормальном виде»¹⁰⁹, а в необходимых случаях выполняли бы не только превентивно-охранительную функцию, но и защитно-карательную по отношению к родителям и лицам, их замещающим.

В раннеправовых системах существовало «принципиальное единство власти примитивного господина» над вещами, рабами, женой и детьми. Однако «незаметное, но неуклонно растущее признание человеческой личности приводит к тому, – отмечает И.А. Покровский, – что указанная первоначально единая власть начинает дифференцироваться: оставаясь прежней по отношению к вещам, она уже несколько модифицируется по отношению к рабам и сильно изменяется по отношению к жене и детям»¹¹⁰. Как в римском праве, так и большинстве других правовых систем абсолютная власть домовладыки в семье, над

¹⁰⁸ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 375.

¹⁰⁹ См.: Там же. С. 375.

¹¹⁰ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 162.

женой и детьми, была краеугольным камнем «правового здания». Первые трещины в этом «здании абсолютизма» заключались в постепенном освобождении женщины¹¹¹.

С аналогичной эволюцией мы встречаемся и в сфере правового регулирования отношений родителей и детей¹¹². Медленно и по частям право начинает признавать за детьми правосубъектность, ограничивать абсолютную власть отца (запрещается убийство детей, их продажа и т.п.), предписывать ему известные обязанности – воспитания, содержания и т.д. Тем самым отношения приобретают юридически двусторонний характер¹¹³. Хотя институт родительской власти продолжал существовать, впрочем, все в более и более цивилизованном виде – от призывов воспитывать послушание телесным наказанием («не щадите, родители, жезлов ваших: налагайте язвы на детей; угощайте их не душевредным лобзанием, а нравственно-направительным биением») к ограничению права продажи детей (Судебник 1550 года), наказанию за их убийство (XVII век), при Петре I – к запрету отдавать детей в монастырь, принуждению к браку, ограничению права отдавать детей в наем (предельным сроком до 5 лет) и др., приданию в XIX в. родительского статуса матери (жене) при сохранении преимущественного права отца (мужа)¹¹⁴. Родительская власть включала не только право, но и обязанность воспитания детей¹¹⁵: давать «детям доброе и честное воспитание, соответствующее их общественному положению, ... приготовить нравы их и содействовать видам правительства». Однако, отмечает Г.Ф. Шершеневич, поскольку нет органа, контролирующего действия родителей в

¹¹¹ См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 163–187.

¹¹² Более подробно историю вопроса см., например: Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. С. 63–71; 145–149; Нечаева А.М. Россия и ее дети. С. 6–87.

О социально историческом контексте данных отношений (и прежде всего материнства) См.: Пушкирева Н.Л. Частная жизнь русской женщины... С. 65–93, 191–207.

¹¹³ См.: Покровский ИА. Указ. соч. С. 188–189.

¹¹⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 623–625.

¹¹⁵ «Понятие о родительской власти, о "праве" на детей, – подчеркивал А. Боровиковский, – есть капля, тонущая в бездне понятия об "обязанностях" перед детьми». Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. С. 253.

ожидаемом направлении, и закона, устанавливающего последствия несоблюдения ими своих обязанностей (например, в виде передачи детей другим лицам), то приведенные инструкции закона лишены всякого юридического значения¹¹⁶.

Ряд усилий ограничить родительскую власть, направить ее на благо подвластных отмечает и Д.И. Мейер. Однако и данный автор характеризует предписанные законом заботу о содержании, воспитании детей и приговлении их к какому-либо званию или состоянию в жизни обязательствами, не имеющими определенного юридического содержания (кроме обязанности материально поддерживать детей, да и она сводится лишь к тому, чтобы последние «не умерли с голоду, не замерзли от холода»). Но что значит дать воспитание детям? – задается вопросом автор: «Воспитание – понятие такое общее, что юридическое содержание его теряется: нередко одно пребывание дитяти при родителях выдается за воспитание, и юридически против этого нечего возразить, потому что, пожалуй, и это также воспитание»¹¹⁷.

Из содержания родительской власти следовало совместное жительство родителей и детей, почтительность детей (обязаны «сносить родительские увещания без ропота» – иски о личных обидах и оскорблениях не принимаются; «должны отзываться о родителях с почтением, даже и по кончине их»; «сносить исправление родителей, если только оно не переходит в истязание и изувечение», ввиду безуспешности иных мер могут подвергнуться за неповиновение родительской власти, развратную жизнь и другие явные пороки внесудебному заключению в смиренный дом)¹¹⁸.

Институт родительской власти, в том или ином виде, существовал и сохраняется в современном зарубежном законодательстве – с соответствующими, однако, законными и общественными ограничителями¹¹⁹. В международно-правовом плане к числу таковых относится прежде всего Конвенция о правах ребенка 1989 года.

¹¹⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 625–626.

¹¹⁷ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 381.

¹¹⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 627–628.

¹¹⁹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 525–526; Л.Ж. де Морандьер. Гражданское право Франции. С. 590–617.

Российское семейное законодательство с 1917 г. термина «родительская власть» не упоминает. Однако в определенном, разумеется, цивилизованном смысле властеотношения существуют не только *de facto*, но и *de jure*: родители являются законными представителями детей, имеют преимущественное право на их воспитание перед всеми третьими лицами (п. 1 ст. 64, ч. 3 п. 1 ст. 63 СК РФ); праву родителей на воспитание, по всем канонам юриспруденции, корреспондирует обязанность ребенка подчиниться такому воздействию.

Прочем, в отличие от прежних кодексов, СК РФ 1995 г. существенно расширил систему «сдержек и противовесов» реализации фактической родительской власти: «методом прямым» уточнив статус родителей и «методом от противного», введя новеллу – институт «Права несовершеннолетних детей» (гл. 11 СК).

Поскольку родители должны **взаимодействовать** при реализации своих прав и обязанностей в отношении детей, как в силу закона (п. 2 ст. 65 СК), так и по жизненной необходимости, в том числе достигать соглашения о способах воспитания, выборе образовательного учреждения, месте проживания ребенка и порядке общения с ним отдельно проживающего родителя либо соучаствовать в аналогичном судебном деле и т.п., возникают два типа правоотношений – собственно между ними и каждого из них (обоих) с ребенком (или с каждым ребенком, если детей несколько).

Права и обязанности родителей основаны на принципе **равенства**, хотя определенные отступления от него неизбежны. Во-первых, по гендерным причинам: как мы отмечали ранее, существенно различаются правила удостоверения материнства и отцовства, предусмотрены также обязанности мужа по содержанию, в необходимых случаях – жены (бывшей жены) до достижения ребенком 3-х лет. Косвенно из данного положения, а также из правила об ограничении права мужа на расторжение брака в течение года после рождения ребенка вытекает преимущественное право женщины на непосредственную заботу о малолетнем ребенке (ст. 19, 48, 89 – 90 СК)¹²⁰, что и подтвер-

¹²⁰ См. очерк пятый книги. См. также: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде. С. 71–76.

ждается судебной практикой. Во-вторых, при раздельном проживании родителей равенство также заведомо и объективно не может быть обеспечено¹²¹.

Большинство родительских прав и обязанностей имеют **срочный**, хотя и длящийся, характер, т.е. действуют до совершеннолетия детей или приобретения ими полной дееспособности (п. 2 ст. 61 СК). Однако между ними могут возникнуть и продолжаться неограниченное время правоотношения по материальному содержанию – от родителей совершеннолетним детям или наоборот (ст. 85, 87 СК), по опеке взрослых недееспособных детей и т.п.¹²²

Родительский статус обусловлен биологическим родством, поэтому закон не предусматривает возможности **отказа** от соответствующих **прав и обязанностей**¹²³. Если они не исполняются, к родителям применяются меры защиты или ответственности – ограничение или лишение родительских прав. Такая правовая конструкция, по справедливому мнению ряда цивилистов, неоспорна: отказаться от прав родители не могут, осуществление права является их обязанностью, за неисполнение которой применяется санкция, в том числе в виде лишения (принудительного прекращения) родительских прав, поэтому недобросовестные родители как бы понуждаются законом для достижения того же правового результата к правонарушению, то есть должны перестать осуществлять свое право, вместо того чтобы передать ребенка заботам органа опеки и попечительства¹²⁴.

«Безвыходность положения родителей, являющихся в отношении своих детей фактически только обязанными лицами, – отмечает А.М. Рабец, – нередко отражается на отношении их к

¹²¹ Такое возможно лишь в фантастическом варианте соглашения, которым на равные периоды времени ребенок, как «мячик», перебрасывается от родителя к родителю.

¹²² Например, такое событие, как смерть, становится юридическим фактом для наследования (детей, родителей) по закону, завещанию или на основании обязательной доли при наличии завещания в пользу других лиц.

¹²³ Подробнее об этом далее.

¹²⁴ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 211–212.

детям как "виновникам" создавшейся ситуации»¹²⁵. При этом передача детей органам опеки и попечительства или учебно-воспитательному учреждению закрытого типа должна осуществляться родителями на договорной основе и не должна сопровождаться угрозой возможности усыновления детей без их согласия по формально трактуемому в данном случае основанию (прекращение проживания с ребенком и непосредственной заботы о нем более 6 месяцев)¹²⁶. Частный случай такого отказа законом предусмотрен давно (ст. 129 СК) – в виде дачи родителями согласия на усыновление своего ребенка другими лицами. (Ранее рассматриваемого права не было и у усыновителя, так как усыновление с юридической точки зрения приравнивается к родительству. Теперь нормой ст. 142 СК им предоставляется возможность инициировать перед судом отмену усыновления.) Кроме того, в силу прямого указания гражданского и семейного законов, родители обязаны защищать интересы своих детей, видимо, в том числе и от самих себя. Однако, чрезвычайность права на отказ от родительства потребует судебной процедуры – не исковой, а в порядке особого и при том ускоренного производства: суд исследует обстоятельства дела, вынесет соответствующий вердикт и передаст ребенка в распоряжение органа опеки и попечительства.

Яркой особенностью является своеобразная как бы **«спаянность воедино»** большинства родительских прав и обязанностей, и прежде всего прав и обязанностей по воспитанию ребенка, заботе о нем, представительстве его интересов. Наиболее очевидным образом эта идея закреплена в норме п. 1 ст. 63 СК: «Родители имеют право и обязаны воспитывать своих детей».

В.А. Рясенцев, делая в характеристике семейно-правового статуса родителей акцент на их права, тем не менее, замечал, что, предоставляя родителям важные права в отношении детей, государство одновременно возлагает на них и обязанности, в том числе обязанность осуществлять свои права в интересах де-

¹²⁵ См.: Рабец А.М. Проблемы укрепления нравственных начал... С. 161–162.

¹²⁶ Там же.

тей и общества; в этом смысле «можно говорить, что права родителей являются в то же время их обязанностью»¹²⁷.

(О данном единстве как вещи аксиоматической писали и цивилисты конца XIX – начала XX в. Так, Г.Ф. Шершеневич подчеркивал: «Для родителей составляет право и вместе обязанность *воспитания* детей»¹²⁸.)

На связь права на воспитание с обязанностью по воспитанию детей в форме их единства указывали также Е.М. Ворожейкин, А.М. Белякова, А.Е. Пергамент¹²⁹. А.П. Сергеев, применительно к проблеме осуществления субъективных гражданских прав в целом, также подчеркивает, что некоторые из них одновременно выступают в качестве обязанностей; например, опекун не только вправе совершать от имени несовершеннолетнего сделки, но и обязан это делать, если того требуют интересы последнего¹³⁰. М.В. Антокольская в этой связи пишет: специфическая черта родительских прав состоит в том, что «их осуществление является одновременно и обязанностью родителей; неосуществление права есть неосуществление обязанности»¹³¹. Л.М. Пчелинцева отмечает, что «родители не только вправе, но и обязаны осуществлять родительские права»¹³². О.А. Рузакова приходит к аналогичному заключению: в число родительских прав и одновременно обязанностей входят право на воспитание, право представлять интересы ребенка, право на образование, право на защиту и др.¹³³

¹²⁷ См.: Рясенцев В.А. Советское семейное право. М., 1982. С. 154.

¹²⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 625.

¹²⁹ См.: А.М. Белякова, Е.М. Ворожейкин. Советское семейное право. М., 1974. С. 207–208; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 187–188; Пергамент А.Е. Родительские права и обязанности // Советская юстиция. 1975. № 1. С. 23.

¹³⁰ См.: Гражданское право / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Ч. 1. СПб., 1996. С. 222; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. М., 2008. С. 518.

¹³¹ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1996. С. 211.

¹³² Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 303.

¹³³ См.: Семейное право / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2007. С. 164.

Такое **единство** некоторым цивилистам представляется **недопустимым**. Так, пытаясь уточнить рассматриваемую взаимосвязь, А.М. Нечаева относит воспитание к родительским правам, а в круг их обязанностей включает надлежащее воспитание ребенка, защиту его прав, осуществление родительских прав в интересах несовершеннолетних¹³⁴. Мера дозволенного поведения родителей, отмечает автор, представляет собой меру определенной свободы отношений, связанных с семейным воспитанием детей¹³⁵. В то же время, подчеркивает А.М. Нечаева, обладатель субъективного (семейного) права не может не иметь представления о том, что ему дозволено, что одобряется государством¹³⁶.

В.Н. Леженин, опираясь на положения теории права о том, что вопрос о правах и обязанностях в юриспруденции может ставиться только по формуле «либо право, либо обязанность» – иное уводит от сущности явления и не обеспечивает работоспособность правовой нормы¹³⁷, уточняет: «свобода» закрепленная в семейном законе, проявляется не только в возможности применения к ребенку различных воспитательных приемов и мер воздействия, но и в самом факте возникновения этого права у родителей¹³⁸. Последние, в принципе, замечает Н.Г. Юркевич, по своей воле решают вопрос, когда и сколько иметь детей, иметь ли их вообще¹³⁹. Поэтому право на воспитание есть результат «свободного» возложения родителями на себя соответствующих правомочий; обязанностью же родителей, считает В.Н. Леженин, является осуществление права на воспитание. Содержание «родительской обязанности по заботе о воспитании детей» включает, по его мнению, два вида должного поведения – активный (осуществление права на воспитание, защита прав и интересов детей, выявление наклонностей и способно-

¹³⁴ См.: Нечаева А.М. Обязанности по воспитанию детей в свете новой Конституции СССР // Развитие законодательства о браке и семье. М., 1978. С. 105–106.

¹³⁵ См.: Нечаева А.М. Семья и закон. М., 1980. С. 93–94.

¹³⁶ См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы ... С. 18.

¹³⁷ Леженин В.Н. Правовые вопросы семейного воспитания детей. Воронеж, 1992. С. 59.

¹³⁸ См.: Леженин В.Н. Указ. соч. С. 58–59.

¹³⁹ См.: Юркевич Н.Г. Советская семья. С. 16.

стей детей для определения и реализации образовательных задач) и пассивный (соблюдение чести и достоинства ребенка, неприменение жестких мер наказания, соблюдение прав второго родителя и т.п.). Соответственно праву родителей на воспитание корреспондирует обязанность детей принять на себя воспитательные действия родителей, а обязанности родителей – право детей на надлежащее воспитание и заботу¹⁴⁰.

Впрочем, об этом писал еще О.С. Иоффе. В правоотношениях между родителями и детьми, полагал он, имеет место классическая корреспонденция прав и обязанностей: правам родителей соответствуют обязанности, а родительским обязанностям – правомочия детей. В связи с отсутствием прямого закрепления в законе «детских обязанностей» автор далее отмечал: «Упоминание в кодексе о правах родителей по отношению к детям уже само по себе должно было бы свидетельствовать о возложении на детей обязанностей, соответствующих этим правам». Но поскольку обязанность предполагает за свое неисполнение санкцию в виде возможности применения мер государственного принуждения, продолжал О.С. Иоффе, а неисполнение детьми родительских требований воспитательного характера как будто бы таких правовых последствий не влечет, принято говорить о личных правах родителей без упоминания о противостоящих им личных обязанностях детей¹⁴¹. Между тем родителям, как бы по умолчанию, разрешается «применять к детям любые непротивоправные и непротиворечащие принципам морали методы», и, коль скоро они тем самым получают защиту закона, «налицо правовая охрана возлагаемых на детей обязанностей». Однако почти сразу вслед данному утверждению автор все же проговаривает традиционную формулу: «... права (право на воспитание детей, защиту их интересов и др.) являются в то же время родительскими обязанностями (обязанность воспитывать, защищать их интересы и др.), причем обязанностями не только перед детьми, но и перед государством и обществом в целом, которые уполномочены добиваться в установленном порядке их надлежащего исполнения»¹⁴².

¹⁴⁰ См.: Леженин В.Н. Указ. соч. С. 59–63, 65–66.

¹⁴¹ Об обязанностях детей см. предыдущий параграф.

¹⁴² Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. III. С. 238–239.

И это отнюдь не случайно. Действительно, праву родителей должна корреспондировать обязанность детей – и при том корректно фиксированная в семейном законе¹⁴³, на что неоднократно обращали внимание цивилисты¹⁴⁴. Однако это не решает вопроса о своеобразном единстве прав и обязанностей родителей. Попытка разделить, например, право и обязанность по воспитанию с помощью «приложения» эпитета «надлежащее» именно к обязанности вызывает риторический, но неизбежный вопрос: а праву на воспитание разрешено быть ненадлежащим?..

Почти такой же риторический вопрос вызывает и внутренне дифференцированный комплекс по В.Н. Леженину «право на воспитание как результат свободного возложения родителями на себя соответствующих правомочий и обязанность по воспитанию как осуществление этого права»: может ли обязанность быть осуществлением права?

«Общим местом» в теории права является положение о том, что свобода распоряжения (разумеется, в определенных пределах) есть неотъемлемое свойство любого субъективного права; оно тем и отличается от обязанности, что предполагает возможность его осуществления или неосуществления¹⁴⁵. Осуществление есть жизнь субъективного права в относительном правоотношении¹⁴⁶.

Очевидно, что эта «жизнь» не может иметь содержания, противоположного содержанию ее носителя. Хотя, разумеется,

¹⁴³ См., например, вариант: « Дети имеют равные права и обязанности в отношении родителей, независимо от того, состояли ли их родители в браке между собой» (ст. 142 СК Украины).

¹⁴⁴ Кроме О.С. Иоффе «классику проблемы» активно поддерживал Е.М. Ворожейкин, предложив, в частности, закрепить эту «детскую обязанность» в законе. (См.: Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 188–189.)

¹⁴⁵ См., например: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 224–225.

¹⁴⁶ Л.С. Явич отмечал, что реализация права – способ его социального бытия. (См.: Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 127.) Аналогичной точки зрения придерживаются и другие авторы. (См., например: Малейн Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. М., 1981. С. 56.)

с учетом различных привходящих факторов действительности она и не вполне тождественна ему.

Родившись как отражение социалистической экономики (ряд прав госпредприятий одновременно являются их обязанностями – ввиду планового характера хозяйства и подконтрольности деятельности участников хозяйственного оборота государству¹⁴⁷), концепция слияния прав и обязанностей распространилась далее и на другие сферы – арбитражный процесс (для организации обращение в арбитраж есть не только право, но и обязанность по охране собственности¹⁴⁸), гражданский процесс (за редкими исключениями права суда, прокурора и органов госуправления являются одновременно их обязанностями¹⁴⁹: например, право прокурора на предъявление иска в защиту интересов государства и жизненно важных интересов граждан есть и его обязанность – в силу компетенции), трудовое право (право на труд и обязанность трудиться)¹⁵⁰, семейное право (рассматриваемый комплекс прав и обязанностей) и др.

Критикуя данную концепцию, Р.Е. Гукасян подчеркивает определенные различия интересов, например, между государством и правоохранительными органами (они не есть «воплощенный государственный интерес», их интерес прозаичен – достижение высоких показателей в работе), между ним же и госпредприятиями (последние также ориентируются на соответствующие показатели и отчетность). «Создается лишь иллюзия, – пишет автор, – совместного действия права и обя-

¹⁴⁷ См., например: Генкин Д.М. Сочетание прав с обязанностями в советском праве // Советское государство и право. 1967. № 7. С. 35; Теоретические проблемы хозяйственного права. М., 1975. С. 73.

¹⁴⁸ См.: Арбитражный процесс в СССР. М., 1981. С. 88.

¹⁴⁹ См., например: Елисейкин П.Ф. Гражданские процессуальные правоотношения. Ярославль, 1975. С. 70–71; Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1. С. 235; Шакарян М.С. Субъекты советского гражданского процессуального права. М., 1970. С. 143. (Автор, в частности, в качестве примера тезиса о невозможности проведения резкой грани между процессуальными правами и обязанностями приводила бремя доказывания как «правообязанность».)

¹⁵⁰ См., например: Пашков А.С., Хрусталева В.В. Обязанность трудиться по советскому праву. М., 1974. С. 43.

Впрочем, с принятием Конституции 1993 г. эта проблема из трудового права «ушла».

занности, подкрепления одного правового средства другим, появление своеобразного "тянитолкания". На самом деле в ход пущена только одна сила – сила обязанности»¹⁵¹. «Концепция слияния», подчеркивает Р.Е. Гукасян, не соответствует действительному соотношению данных двух конструкций. Подключая в это «двуполое существо» интерес (энергетическое начало всяческого социального движения, в том числе правового), автор констатирует, что сторонники концепции тем самым признают незаинтересованность правовых субъектов в реализации своих прав, незадействованность личных интересов граждан в механизме правового регулирования, тотальность подмены интереса как естественного побудителя деятельности принуждением¹⁵². Кроме всего прочего это дезориентирует законодателей и правоприменителей (и прежде всего суд)¹⁵³.

Достаточно непримиримую позицию занимает А.М. Рабец. Фиксируя традицию признания феноменом семейного права рассматриваемого комплекса, автор также подчеркивает, что конструкция «правообязанности» противоречит общей правовой идее о невозможности субъектам в одном и том же правоотношении, применительно к одному и тому же объекту выступать одновременно носителями субъективного права и юридической обязанности. Эта конструкция, продолжает А.М. Рабец, чревата также весьма тяжелыми последствиями для родителей, которые без вины к тому неспособны, не умеют воспитывать ребенка и должны за это подвергнуться жестким мерам семейно-правового воздействия (ст. 69, 73 СК РФ); поэтому необходимо сместить акцент с обязанности в право и предоставить им хотя бы некоторую свободу в его осуществлении или неосуществлении – без тотального наказания за последнее. По сути, «правообязанность» – не позитивный феномен, а негативный дисбаланс прав и обязанностей родителей и детей¹⁵⁴.

А.М. Нечаева также подчеркивает, что дело не только и не столько в теоретических рассуждениях, сколько в неопределен-

¹⁵¹ См.: Гукасян Р.Е. Концепция слияния прав и обязанностей и административно-командные методы управления // Избранные труды по гражданскому процессу. М., 2009. С. 417–418.

¹⁵² Гукасян Р.Е. Концепция слияния прав и обязанностей и административно-командные методы управления. С. 420.

¹⁵³ Там же. С. 421.

¹⁵⁴ См.: Рабец А.М. Указ. соч. С. 161–162.

ности из-за такого «слияния» целого ряда семейно-правовых норм, порождающих на практике нарушение интересов ребенка и/или родителей. Так, автор приводит право матери внебрачного ребенка на осуществление записи об отце¹⁵⁵, которое, скорее всего, должно рассматриваться как обязанность матери; обязанность родителей обеспечить получение детьми основного общего образования (ч. 4 ст. 43 Конституции РФ) – без предоставления им необходимых прав в СК РФ. Таким образом, включает А.М. Нечаева, отсутствие четкой, последовательной взаимосвязи (в той или иной форме) между правами и обязанностями, способно свести на нет действия и того, и другого¹⁵⁶.

Н.Д. Егоров, как мы уже отмечали ранее, квалифицируя такую одновременность существования как «недоразумение», разводит ситуацию по абсолютным и относительным правоотношениям: право родителей на воспитание детей – элемент абсолютного (все должны воздерживаться от действий препятствующего характера)¹⁵⁷, обязанность родителей по воспитанию – элемент относительного правоотношения¹⁵⁸. («Перевернутая ситуация»: у родителей – право, у ребенка – обязанность – автором исключается; с его точки зрения, этот вывод просто нелеп, ибо на малолетних не может возлагаться обязанность подчиняться воспитательному воздействию родителей¹⁵⁹.) В то же время автор напоминает нам о возможности, когда поведение лица в одном правоотношении может быть осуществлением права, а в другом исполнением обязанности, и приводит примеры гражданского, административного и трудового права¹⁶⁰.

(Следует подчеркнуть, что мнение автора разделяется не всеми членами авторского коллектива цитируемого учебника.

¹⁵⁵ Подробнее об этом – в параграфе о судебном установлении отцовства (тема – о записи отцовства).

¹⁵⁶ См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы... С. 18–19.

¹⁵⁷ Собственно об этом, с теми или иными нюансами, писали многие другие цивилисты. См., например: Пергамент А.И. Родительские права и обязанности // Ленинские идеи и законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 27; Рясенцев В.А. Семейное право. С. 492.

¹⁵⁸ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 307.

¹⁵⁹ Там же. С. 296.

¹⁶⁰ Там же. С. 307.

Так, его научные редакторы в своем примечании пишут: такое своеобразное единство все же возможно – право родителей на воспитание детей является и обязанностью родителей по отношению к тем же детям; обязанности родителей соответствует право детей требовать надлежащего воспитания (в необходимых случаях – при посредстве органов опеки и попечительства), а праву родителей – обязанность детей не чинить препятствий при осуществлении этого права в интересах самих детей; эта обязанность по причинам, связанным с дееспособностью, не всегда обеспечивается самими детьми, а восполняется уполномоченными на то субъектами¹⁶¹.)

Понимая классику «жанра» и подчеркивая, тем не менее, допустимость такой монолитной формы существования права и обязанности, Н.И. Матузов отмечает, что в ряде случаев слияние прав и обязанностей происходит не в силу предписания законодателя и/или недостатков системы, а в силу объективного характера взаимосвязей, которые опосредуются правом: родители имеют право на воспитание своего ребенка и обязаны перед ним и обществом реализовывать его надлежащим образом – в содержании правоотношений по воспитанию присутствует большая доля публичного начала¹⁶², так как забота о ребенке и его воспитании родителями есть частное дело общественного значения, а со стороны общества и государства – публичное поручение частному лицу.

Полагаем следует попытаться поискать «истину», как всегда, где-то посредине. Во-первых, юриспруденция, с большим или меньшим успехом реагируя на жизненные ситуации, не может опираться везде и только на собственные классические каноны, особенно в тех областях правового пространства, где, с одной стороны, неизбежно и активно присутствуют ситуационность, а следовательно, значительная доля «усмотренчества», «оценочности» действий, «импрессионистские» технологии, а с другой стороны, публично-государственная «крыша здания» частно-правовых отношений. Именно на последние случаи и указывает Н.И. Матузов.

¹⁶¹ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 307.

¹⁶² Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2004. С. 59.

Во-вторых, необходимо сделать некоторые уточнения в рамках теории злоупотребления правом. Уже само определение субъективного права содержит в себе качество долженствования («мера дозволенного управомоченному лицу поведения...»¹⁶³). Его правовой смысл в юридическом мире определяется не только через «возможно», «дозволено», но и через такие системные понятия, как «назначение, ценность, добросовестность, разумность, уважение прав других лиц»¹⁶⁴ (ст. 10 ГК РФ, ст. 7 СК РФ), что и предопределяет в том числе пределы, границы его осуществления, при отсутствии которых оно превращается в свою противоположность – произвол и перестает быть правом¹⁶⁵. Запрет на злоупотребление правом и иного ненадлежащего его осуществления является одним из принципов гражданского права¹⁶⁶.

При этом осуществление субъективного права является, по приведенной ранее мысли О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородского, его неотъемлемым свойством. Содержание субъективного права и содержание осуществления права, полагает В.П. Грибанов, соотносятся прежде всего как возможность и действительность¹⁶⁷. (Не соглашаясь с позицией В.Н. Леженина о праве как возможности, а его осуществлении как обязанности – в комплексе прав и обязанностей родителей по воспитанию ребенка, мы уже отмечали сходным образом данное соотношение.)

Причем возможность (дозволенность) объективна, поскольку не зависит от воли субъекта, а процесс осуществления всегда субъективен (или преимущественно субъективен). Именно здесь заложена «бомба» злоупотребления, ибо послед-

¹⁶³ См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. ЛГУ, 1958. С. 71.

С.Н. Братусь определял его через меру возможного или дозволенного. Подробнее об этом см., например: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 307.

¹⁶⁴ Подробно об этом см., например: Волков А.В. Теория концепции «злоупотребления гражданскими правами». Волгоград, 2007. С. 140–141, 160–165, 252–279.

¹⁶⁵ См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 18.

¹⁶⁶ См., например: Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. М., 1998. С. 41–42.

¹⁶⁷ См.: Грибанов В.П. Указ. соч. С. 44–45.

нее имеет место лишь в случае, когда субъект, действуя в границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках возможностей его содержания, использует такие формы и способы реализации этого содержания, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права¹⁶⁸ (дееспособности, временных границ, социального назначения, способов и т.д.¹⁶⁹).

Порядок реализации прав предопределяется и отраслевой природой – соответственно заложенный элемент «долженствования» усиливается в отраслях, построенных на мощном публичном начале. Так, М.В. Лушникова, размышляя о пределах осуществления трудовых прав, отмечает, что последние, характеризуясь единством личного, организационного и имущественного элементов (1), дихотомией частных и публичных начал (2), личным (неотъемлемым, неотчуждаемым) качеством (3) и дифференциацией на индивидуальные и коллективные, осуществляются на основе сочетания государственного, социального и договорного регулирования трудовых отношений – в целях оптимального согласования интересов сторон и государства. Иначе осуществляются гражданские (частные) права, где диспозитивность играет решающую роль (приобретать – не приобретать, отказаться от реализации, выбрать способ реализации, прибегнуть – не прибегнуть к защите и т.д.). В публичных отраслях субъективные права осуществляются, как правило, в порядке, предусмотренном законодательством, т.е. государством¹⁷⁰.

А.В. Волков предполагает, что разумное и добросовестное осуществление своего права, соблюдение его пределов есть **обязанность** внутри субъективного права, его «пятый элемент»¹⁷¹,

¹⁶⁸ См.: Грибанов В.П. Там же. С. 47.

¹⁶⁹ Там же. С. 49–50.

¹⁷⁰ См.: Лушникова М.В. Пределы осуществления трудовых прав // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения / Под ред. К.Н. Гусова. М., 2006. С. 94–102.

¹⁷¹ См.: Волков А.В. Указ. соч. С. 160–161.

Классическая триада (возможность совершения собственных действий, возможность требования о совершении действий (или воздержании от них) от обязанного лица, право на защиту) дополняется четвертым элементом – правовой целью и указанным пятым.

Впрочем, по поводу структурных элементов субъективного права существуют различные точки зрения: указанная классическая триада Н.Г. Александрова, «квадриада» Н.И. Матузова, М.С. Строговича

тем самым почти солидаризируясь с точкой зрения В.Н. Леженина. С большой долей условности следовало бы добавить эпитеты «своеобразная» и «специальная», так как никакой обязанности в субъективном праве заложено быть не может.

В принципе этот «пятый элемент» можно рассматривать как проявление позитивной юридической ответственности. Так, в этой связи, подводя итог точкам зрения по вопросу о соотношении позитивной и негативной ответственности, В.В. Бутнев отмечает, что юридическая ответственность есть в том числе обязанность точно использовать предоставленные субъективные права¹⁷². Ю.И. Гревцов, исследуя различные аспекты о реализации субъективного права, в том числе подчеркивает, что одним из центральных моментов в процессе развития ответственного отношения индивида, является перенос инстанции, перед которой субъект должен держать ответ, с внешнего уровня (воздействие угрозы применения мер государственного принуждения) на внутренний (механизм саморегуляции своего поведения – внутренний контроль)¹⁷³.

Также обстоит и с правом родителей на воспитание: оно должно осуществляться разумно, добросовестно, в интересах ребенка, и такое осуществление является внутренней сущно-

(плюс возможность пользоваться определенным социальным благом) и др. (Подробнее об этом см.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 306–308; Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 134–136; Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 490–493.)

В соответствии с теорией регулятивных и охранительных правоотношений структура регулятивного субъективного права дуалистична, ибо право на защиту включается в охранительное субъективное право. (Подробнее см., например: Крашенинников Е.А. Структура субъективного права // Построение правового государства: вопросы теории и практики. Ярославль, 1990. С. 73–82; Бутнев В.В. Понятие субъективного права // Философские проблемы субъективного права. Ярославль, 1990. С. 11; и др.)

¹⁷² См.: Бутнев В.В. Правоотношение юридической ответственности // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Вып. 11. Ярославль, 2007. С. 28–29. Подробнее о позитивной ответственности см.: Он же. Гражданская процессуальная ответственность. Ярославль, 1999. С. 5–26.

¹⁷³ См.: Гревцов Ю.И. Правовые отношения и осуществление права. Л., 1987. С. 62–63.

стью данного субъективного права¹⁷⁴, принадлежащего отрасли с сильным публичным энергетическим «полем», а не содержанием суверенной обязанности. Ему корреспондирует, как мы уже отмечали, обязанность ребенка подвергнуться воспитательному воздействию, подчиниться их воле. Одновременно ребенок обладает правом жить совместно с родителями, на участие в решении семейных вопросов, в которых затрагиваются его интересы, правом на заботу о его питании, здоровье, образовании и т.п. – с соответствующими обязанностями родителей.

Таким образом, вроде бы, «развести» рассматриваемую «слитность» можно. Однако не до конца, так как, по общему правилу, обладатель субъективного права свободен в выборе его осуществления и неосуществления, а в нашем случае такая альтернатива невозможна (или пока невозможна) – отсюда и предположение о единении в отдельных случаях двух противоположностей, то есть прав и обязанностей.

Р.Е. Гукасян полагает, что ситуации, однако, две. В конкретном (относительном) регулятивном правоотношении есть права родителей и обязанность ребенка или права ребенка и обязанность родителей. Публичная же обязанность родителей перед государством существует в рамках иных отношений – общерегулятивных, где входящие в его содержание обязанности не реализуются в каждом акте родительской власти, а лишь определяют цель ее реализации¹⁷⁵. Полагаем, что это – не решение проблемы. Если уж разводить исследуемые конструкции, то по секундарным относительным правоотношениям между родителями и детьми, конкретизировав и дифференцировав права и обязанности. Так, А.М. Нечаева предполагает, что в

¹⁷⁴ Как верно отмечает А.П. Сергеев, в рассматриваемой сфере проблема пределов осуществления субъективных прав особенно актуальна: «многие семейные права действуют по отношению к лицам, не обладающим необходимыми способностями к самостоятельной защите своих интересов либо находящимся в фактической зависимости от правообладателей». См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 403 и след.

¹⁷⁵ См.: Гукасян Р.Е. Соотношение субъективных прав и обязанностей граждан // Избранные труды. С. 385–388.

Автор при этом не затрагивает существа общерегулятивных отношений, опираясь на суждения других авторов, например Н.И. Матузова, С.С. Алексеева, А.В. Мицкевича.

праве на воспитание позволительно выделить несколько правомочий: возможность воспитывать лично, надзор за детьми, передача в детское учреждение и др.¹⁷⁶

Таким образом, теоретически выходов не менее четырех. Первый: констатировать единство («слияние») ряда родительских прав и обязанностей (прежде всего по воспитанию, представительству и защите его интересов, заботе о питании и т.п.) в качестве классического же исключения из классического взаимодействия данных конструкций. Второй: развести их существование по разным типам правоотношений. Третий¹⁷⁷: признать наличие субъективных прав особого рода, где публичный интерес усиливает элементы долженствования в рамках формулы: «мера дозволенного поведения», в результате чего неосуществление права становится поведением недозволенным¹⁷⁸. Четвертый: «расчленить» право на воспитание на отдельные правомочия, реализуемые в секундарных правоотношениях. Разумеется, трактовка проблемы по последним вариантам потребует корректировки ряда норм СК РФ (п. 1 ст. 63, п. 1 ст. 64, ст. 69), построенных по варианту первому, то есть на основе «правообязанности». В любом случае очевидно, что вопрос пока остается в дискуссионном «поле».

Своеобразной «предтечей» родительских прав и обязанностей является право¹⁷⁹ мужчины и женщины, а в определенном контексте – только женщины, принимать решение о своем будущем родительстве. К особо дискуссионным в юриспруденции и обществе относится вопрос о так называемом праве на аборт, который «раздваивается» на право женщины распоря-

¹⁷⁶ См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы ... С. 16. См. также: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР, С. 186.

¹⁷⁷ Который, однако, не исключает второго.

¹⁷⁸ Впрочем, если допустить правомерный отказ от родительских прав (по аналогии с правами усыновителя, о чем мы писали ранее), то можно будет признать и «право на неосуществление».

¹⁷⁹ Это право, как и ряд других правомочий родителей и детей, не является субъективным правом в классическом смысле. Уточнение их терминологического обозначения и юридического содержания составляет одну из перспективных задач цивилистической науки.

жаться своим телом (а в конечном счете и судьбой) и право неродившегося ребенка (проточеловека) на жизнь¹⁸⁰. В российском законодательстве эта дилемма решается компромиссно, хотя и с определенным предпочтением обеспечения интересов женщины: на первичной стадии формирования плода (до 12 недель) она вправе прибегнуть к прерыванию беременности по своему усмотрению, на более поздней стадии (до 22 недель) – по специальным медицинским показаниям, в особых случаях – независимо от срока. Замена диспозитивного правила на императивное обусловлена тем, что человеческое существо примерно в указанный период уже обладает потенциальностью к рождению и выживанию, причем с развитием медицинской науки и практики эти границы становятся более подвижными. В цивилистике поставлена и проблема учета в вопросах репродукции позиции мужчины, поскольку факт рождения ребенка, как в браке, так и вне брака, обуславливает появление родительских прав и обязанностей (в первую очередь мужа – по смыслу правила п. 2 ст. 31 СК, предписывающего, что все аспекты материнства и отцовства решаются супругами совместно). Однако, в силу разности биологических задач и невозможности формального равенства мужчины и женщины в деторождении, подчеркивает О.А. Хазова, требование об обязательном согласовании их позиций в вопросе сохранения плода пока не представляется возможным – личность мужа (тем более мужчины, не состоящего в браке с этой женщиной) в этом правовом вопросе является как бы «невидимой». Как запрет абортов, так и признание за мужем права участвовать в принятии решения о его производстве означали бы признание законным принуждение женщины к материнству¹⁸¹. Дальнейшее развитие репродуктивных технологий, возможно, даст основания к более компромиссным решениям.

С рождением ребенка статус родителей возникает, а с его взрослением – изменяется, так как разнообразие и объем прав и обязанностей родителей коррелирует с соответствующими

¹⁸⁰ См.: Поленина С.В. Права женщины в системе прав человека: международный и национальный аспект. М., 2000. С. 69.

Подробнее см. также очерк пятой книги.

¹⁸¹ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства. С. 125–127.

щими правовыми возможностями ребенка до 10 лет, с 10, 14 и 16 лет.

Присвоение ребенку имени и фамилии является и правомочием родителей, и их обязанностью: первое обусловлено достаточно свободным выбором имени и соглашением о фамилии (при разности последних), второе – правом ребенка на индивидуализацию своей личности как субъекта права. Правило об отчестве ребенка относится к императивным. Если имя или фамилия (неблагозвучные, ассоциативные и т.п.) доставляют ребенку страдания, существенные неудобства, родители вправе принять решение об их изменении, причем последняя должна меняться одновременно и у ребенка, и, по крайней мере, у одного из родителей¹⁸². Изменения могут быть обусловлены и другими причинами, например, расторжением брака. Во всех случаях требуется разрешение органа опеки и попечительства.

Содержание **права** родителей на **воспитание** ребенка и **обязанности надлежащего воспитания** в первую очередь составляют правомочия на их собственные действия: с помощью различных разумных воспитательных технологий, набор которых зависит от интеллектуального уровня родителей, их образования, типа темперамента, семейных традиций, жизненного опыта и других факторов, осуществлять систематическое воздействие на психологию ребенка, его сознание с целью привить ему определенные желаемые качества, научить его самоопределению, способности к жизненному самообеспечению; решать вопросы быта, общего и специального (дополнительного) образования ребенка, его досуга; формировать его нравственный и социальный статус – в границах, установленных нормами ст. 63 и 65 СК.

В связи с реализацией данных правомочий родители вправе рассчитывать на подчинение ребенка их указаниям, советам и наставлениям, а с определенного возраста – на его соучастие в воспитательном процессе (самовоспитание, самообразование). Как мы уже отмечали, указанное долженствование, в отличие от законодательства до 1917 г., строившегося на идее родительской

¹⁸² Однако такое правило далеко не всегда обеспечивает интересы ребенка. Возможно, следует подумать о предоставлении ребенку с 10 лет права обратиться с просьбой об изменении имени (фамилии) в орган опеки и попечительства.

власти, в современном семейном законе прямо не зафиксировано (кроме общего положения о взаимном уважении, заботе и согласовании решений членов семьи). Однако оно вытекает и из права родителей на воспитание, и из их полномочий как законных представителей интересов детей. Защита данного права обеспечивается административными процедурами (разрешение органом опеки и попечительства споров между родителями о выборе форм и способов воспитательного воздействия, образовательного учреждения и т.д.) и в судебном порядке (о месте проживания ребенка, праве на общение с ним, возврате от других лиц и т.п.).

Одной из важнейших предпосылок правовой позиции по данному вопросу является предусмотренное нормой ч. 3 п. 1 ст. 63 СК **преимущественное право родителей** на воспитание своих детей перед всеми третьими лицами. С гражданско-процессуальной точки зрения последнее имеет значение презумпции: пока не доказано обратное, родители предполагаются приоритетными воспитателями ребенка и вправе требовать его возврата от любого лица, удерживающего его у себя не на основании закона или судебного решения (п. 1 ст. 68 СК). Дети оказываются в семье других лиц (как правило, близких родственников – дедушки, бабушки, старшего брата или сестры и т.д.) по разным причинам – как виновным, предосудительным, так и объективного характера: смерть матери (при раздельном проживании родителей вследствие развода), воинская служба, длительная командировка, арест, отбывание наказания в виде лишения свободы, легкомысленное поведение родителей и др. Иск о возврате ребенка от «третьих лиц» обычно обусловлен отпадением соответствующего обстоятельства и отказом фактических воспитателей вернуть ребенка. Установив, что родители не являются надлежащими воспитателями и передача им ребенка противоречит его интересам, суд вправе в иске отказать (ч. 2 п. 1 ст. 68 СК), и тем самым презумпцию опровергнуть.

Особо следует остановиться на проблеме реализации права на воспитание недееспособными родителями, а также лицами, чье отцовство установлено в судебном (принудительном) порядке. Первые в этом вопросе должны быть подконтрольны со стороны опекуна и органа опеки и попечительства и в необходимых случаях отстранены от общения с ребенком, если оно для него опасно (ст. 73 СК). Вторые, в отличие от

мужчин, признавших свое внебрачное отцовство добровольно и проявляющих желание заботиться о ребенке, нередко оказываются в позиции «вынужденного отцовства» (на основе установленного факта происхождения) и плательщиков алиментов. Такое формально-юридическое отцовство с высокой степенью вероятности может не содержать позитивного социального компонента: в лучшем случае биологический отец будет бездействовать, в худшем – мстить матери и «отыгрываться» на ребенке. В этой связи некоторые цивилисты полагают целесообразным, по усмотрению суда, вообще не наделять лицо родительскими правами помимо его воли¹⁸³. Думается, что этот непростой (и с юридической, и с нравственной точки зрения) вопрос должен решаться законодателем на более компромиссной основе: поскольку судебным установлением отцовства родительский статус появляется с неизбежностью, следует предоставить суду право в этом же процессе определить тот или иной объем и способы его реализации, не исключая, разумеется, обязанности по предоставлению материального содержания (выплате алиментов) ребенку, впоследствии же, с изменением статуса в лучшую или худшую сторону, адекватно на нее реагировать по заявлению заинтересованных лиц.

3.2.3. Изменение и прекращение правоотношений между родителями и детьми

Изменение личных правоотношений между родителями и детьми обусловлено весьма различными юридическими фактами или их совокупностью (юридико-фактическим составом): достижением ребенком возраста 10, 14, 16 лет – с соответствующим выражением его позиции по тому или иному семейному вопросу (ст. 57 СК); расторжением брака (или фактическим прекращением брачного союза) либо раздельным проживанием родителей в ситуации внебрачного родительства – необходимостью заключения соглашения (разрешения судебного спора) о месте проживания ребенка и участии в его воспитании отдельно проживающего родителя (ст. 23, 24, п. 2 ст. 66 СК); несоответствием действий родителя интересам ребенка – ограничением общения с ним или передачей ребенка другому родителю на основании судебного

¹⁸³ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 212–213.

решения (ч. 2 п. 1, п. 2 ст. 66 СК); отказом суда удовлетворить иск родителей о возврате ребенка от третьих лиц (ч. 2 п. 1 ст. 68 СК); наконец, отобранием ребенка у родителей в связи с судебным ограничением их прав (ст. 73 СК).

Решение вопроса о месте проживания ребенка может осуществляться соглашением родителей, а при наличии спора – судом. При этом семейный закон особым образом регулирует данную ситуацию, если она сопровождается бракоразводным процессом родителей: суд обязан либо утвердить соглашение¹⁸⁴ о том, с кем из них будет проживать ребенок, либо дать ответ на заявленные требования одного из них, либо решить этот вопрос по собственной инициативе (п. 1 ст. 23, п. 2 ст. 24 СК). Последнее правомочие суда является существенным исключением из общего принципиального положения о диспозитивных началах гражданского судопроизводства. Оно обусловлено необходимостью максимально эффективной защиты таких социально значимых интересов, как интересы несовершеннолетнего ребенка в получении надлежащих воспитания и заботы.

При рассмотрении вопроса о месте проживания ребенка суд учитывает его привязанность к каждому из родителей, братьям и сестрам (в этом случае потребуется заключение органа опеки и попечительства, а при необходимости – и специалиста-психолога о возможности разлучения детей), пол и возраст ребенка, личные качества отца и матери, состояние их здоровья (в том числе психического), их возможности по созданию условий для нормального воспитания (вид трудовой деятельности и режим работы, командировки, материальное и семейное положение, жилищно-бытовые условия и др.). При этом в ситуации, когда мать и отец – достойные люди и хорошие воспитатели, обладают благоприятными условиями жизни для ребенка, но к соглашению по рассматриваемому вопросу не пришли, суд, по существу, сталкивается с неразрешимой жизненной драмой и, поскольку известное Соломоново решение исключается, выносится вердикт, который заведомо содержит не справедливое, а лишь процессуально вынужденное и неизбежное суждение органа юстиции.

Решая вопрос о порядке участия в воспитании ребенка отдельно проживающего родителя (при недостижении соответствующего соглашения или его неисполнении), суд должен опре-

¹⁸⁴ Подробнее об этом см. очерк четвертый.

делить место и время их общения, в том числе в каникулы, отпуска, выходные и праздничные дни, порядок изменения установленного графика – с учетом личностных и семейных обстоятельств отца, матери и самого ребенка. При невыполнении решения суда к виновному родителю применяются меры гражданско-процессуального воздействия, а при злостном невыполнении, по иску добросовестного родителя, суд может вынести решение о передаче ребенка ему. Подобная возможность оказывает и превентивное воздействие на поведение родителей. Однако во всех случаях приоритетными объектами защиты и критериями решения остаются интересы ребенка.

Ограничение в родительских правах, в зависимости от наличия в действиях родителя (родителей) состава семейного правонарушения, является либо мерой семейно-правовой ответственности, либо мерой оперативного характера, направленной на защиту интересов ребенка. В первом случае санкция имеет не только карательную, но и в значительной мере профилактическую направленность, так как, хотя основанием ее применения в рассматриваемом контексте является виновное поведение родителей, наносящее ребенку вред (злоупотребление правом, ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию и заботе о нем и т.п.), оценка судом обстоятельств дела позволяет сделать вывод о возможности исправления родителей, следовательно, отсутствии достаточных оснований к такой суровой мере ответственности, как лишение родительских прав. Суд принимает решение об ограничении в родительских правах, отобрании ребенка и передаче его в распоряжение органа опеки и попечительства, который обеспечивает устройство последнего в детское учреждение или под опеку (иную форму попечения) родственников либо других лиц. Если родители (один из них) не изменят своего поведения, орган опеки и попечительства обязан по истечении шести месяцев (а при необходимости – и ранее этого срока) предъявить иск о лишении их родительских прав (ч. 2 п. 2 ст. 73 СК).

Во втором случае механизм защиты иной. Основанием ограничения родительских прав является невиновное поведение родителей, объективно наносящее вред ребенку, – как следствие их психического расстройства, хронического заболевания, стечения тяжелых жизненных обстоятельств и т.д. Оставление ребенка у таких родителей опасно (п. 2 ст. 73 СК), поэтому

суд и выносит решение об отобрании у них ребенка. Сроков отобрания, тем более обязанности предъявить иск о лишении родительских прав, закон не устанавливает и не может устанавливать. Если ситуация «патовая», например, у душевнобольного родителя нет шансов на излечение, органу опеки и попечительства целесообразно ставить вопрос о лишении данного лица дееспособности, чтобы получить возможность передать ребенка не только под опеку, в приемную семью (или иное попечение подобного рода, формы которого установлены региональным законодательством – ч. 1 п. 1 ст. 123 СК РФ), но и на усыновление (без согласия родителя – ст. 130 СК РФ).

Основанием прекращения родительских прав (кроме общего условия о совершеннолетии ребенка или приобретении им полной дееспособности до 18 лет) является лишение родительских прав. Объективную сторону правонарушения, за которое следует применение данной меры семейно-правовой ответственности составляют, по смыслу семейного закона, несколько типов поведения (ст. 69 СК РФ).

Во-первых, уклонение родителей от выполнения своих обязанностей. Оно проявляется в отсутствии заботы об обеспечении жизненно важных потребностей ребенка – в питании, одежде, лечении, воспитании, образовании и т.п. Особую угрозу подобное систематическое бездействие родителей представляет для малолетнего ребенка. В качестве специальной разновидности такого поведения семейный закон называет злостное уклонение родителя от уплаты алиментов. При этом факт надлежащей заботы о материальном благополучии ребенка со стороны второго родителя, опекуна, приемного родителя и других лиц значения для квалификации правонарушения не имеет¹⁸⁵. Впрочем, на практике в большинстве случаев невыполнение обязанности по материальному содержанию ребенка действительно крайне неблагоприятно сказывается на его жизненно важных интересах.

Во-вторых, в качестве самостоятельного основания лишения родительских прав действующий семейный закон признает отказ без уважительных причин взять своего ребенка из родильного дома, иного лечебного учреждения, воспитательного учреждения, учреждений социальной защиты и др., где ребе-

¹⁸⁵ Нечаева А.М. Семейное права. С. 189 – 190.

нок по тем или иным причинам временно находится. Ранее подобного основания не предусматривалось, поэтому ответственность родителей могла наступать лишь по прошествии определенного времени в связи с уклонением от исполнения родительских обязанностей (отсутствием контактов с ребенком, непредоставления ему материальной поддержки) или же, напротив, вредным влиянием на ребенка при его посещении. Однако суд в каждом конкретном случае должен выяснить причины, по которым родители (родитель) отказались забрать своего ребенка, обеспечить ему возможность жить и воспитываться в семье, получать такую необходимую ему заботу близких людей. Возможно, такой отказ обусловлен тяжелыми жизненными обстоятельствами (болезнью, отсутствием средств к существованию, жилья и т.п.), как правило, временного характера, которые родители намерены разумно преодолеть. При этом они проявляют интерес к судьбе ребенка, заявляют о своем желании в будущем заботиться о нем. Чаще всего в такой ситуации оказывается молодая (или даже несовершеннолетняя) женщина, не состоящая в браке и не имеющая помощи со стороны своих родных или других близких людей, а также не информированная о формах государственной поддержки детства и материнства. Во всех подобных случаях следует разъяснять особенности правового статуса лица, рекомендовать органу опеки и попечительства оказать психологическое и иное содействие в рамках их компетенции и возможностей.

В-третьих, противоправное поведение может проявляться в злоупотреблении родительскими правами, которое предполагает совершение родителями активных виновных действий: принуждение к труду в семейном или ином предприятии, попрошайничеству, занятию проституцией, эксплуатация иными способами; принуждение к участию в религиозной секте, деятельность, которая опасна для психического и/или физического здоровья ребенка; вовлечение в преступление; склонение к употреблению алкоголя, наркотиков; незаконное расходование имущества ребенка в корыстных целях и т.п.

В-четвертых, основанием для лишения родительских прав может и должно служить жестокое обращение с ребенком: физическое насилие над ним (побои, причинение телесных страданий иным способом); негативное психическое воздействие в виде подавления его воли, унижения, ограничения свободы,

угроз, внушения чувства страха; покушение на его половую неприкосновенность. Подобное поведение является разновидностью злоупотребления родительскими правами, однако выделено законодателем в самостоятельную группу.

А.М. Рабец обращает внимание на не вполне продуманную редакцию данной части нормы: нарушение половой неприкосновенности ребенка отнюдь не всегда является проявлением жесткого обращения. Это так, если речь идет о насильственных действиях. Однако в ряде случаев, отмечает автор, «родитель действует обманом, хитростью, обещанием всяческих похвал и удовольствий или даже их реальным предоставлением, ласками, уговорами и т.п., словом, путем развращения, растления ребенка»; может даже образовывать своеобразный «союз» против второго родителя, требующего от ребенка послушания, добросовестного отношения к учебе и т.д. А.М. Рабец полагает целесообразным выделить это правонарушение в качестве самостоятельного основания лишения родительских прав – во всем многообразии его фактического проявления¹⁸⁶.

Особое место занимают факты хронического алкоголизма или наркомании. С одной стороны, и то, и другое является заболеванием, разрушающим психику человека, ослабляющим его волю, с другой – у истоков развития болезни он еще в состоянии противостоять своим пагубным желанием. Не вникая в аналитику соотношения в этой ситуации виновности и невиновности лица, законодатель полагает хронический алкоголизм или наркоманию достаточным основанием для лишения родительских прав, ибо они неизбежно оказывают вредное, порой губительное воздействие на ребенка, нередко сопровождаются аморальным образом жизни, являются причиной уклонения и/или злоупотребления родительскими правами и другого асоциального и общественно опасного поведения родителей¹⁸⁷. Подобное решение

¹⁸⁶ См.: Рабец А.М. Указ. соч. С. 163.

П.Н. Мардахаева также предлагает иную редакцию, разведя жесткое обращение и покушение на половую неприкосновенность как разновидность злоупотребления правами. (См.: Мардахаева П.Н. Лишение родительских прав как мера семейно-правовой ответственности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 15.)

¹⁸⁷ Подробнее об этом см., например: Нечаева А.М. Споры о детях. М., 1989. С. 73–76; Она же. Семейное право. С. 193–194.

подвергается в цивилистике критике: хронический алкоголизм или наркомания не всегда могут квалифицироваться как виновное поведение, так как, являясь болезнями, нередко становятся следствием отягощенной наследственной или иной предрасположенности организма, а наркомания может явиться еще и следствием неправильного лечения. Значит, справедливо подчеркивает А.М. Рабец, квалификация должна быть дифференцированной: необходимо установить причину заболевания, виновность и противоправность в поведении родителя (родителей); если они есть – следует применить лишение прав (в противном случае, по существу, наступает ответственность за болезнь – «юридический нонсенс, игнорирование ценнейшей с нравственных позиций правовой идеи – идеи ответственности только при наличии вины»¹⁸⁸).

В специальное основание выделены факты совершения родителем умышленного преступления против жизни или здоровья своих детей: покушение на убийство ребенка, нанесение ему телесных повреждений, истязание, стремление довести до самоубийства, заражение венерической болезнью или ВИЧ-инфекцией, оставление в опасной, угрожающей его жизни обстановке. Аналогичные последствия влечет умышленное преступление против жизни или здоровья супруга. При этом, по смыслу семейного закона, последний может и не быть родителем ребенка¹⁸⁹. Если отчим (мачеха) были его воспитателями, заботились о нем, то преступление указанного типа отрицательно скажется на психике ребенка. Для применения данного основания лишения родительских прав, в принципе, достаточно установления факта преступления приговором суда. Однако и в этом случае не должно быть исключительно формаль-

¹⁸⁸ См.: Рабец А.М. Указ. соч. С. 164–165.

Автор также отмечает, что такие лица, лишенные родительских прав, даже после выздоровления (ценой тяжких усилий), практически не могут быть в них восстановлены (если ребенок усыновлен) и соответственно не только навсегда утрачивают возможность вернуть своего ребенка, но и не имеют юридической возможности воспитывать детей на основании усыновления, опеки, приемного родительства и т.д. (См. там же. С. 165.)

¹⁸⁹ А.М. Нечаева, напротив, предлагает ограничительное толкование: преступление против супруга-родителя. (См.: Нечаева А.М. Семейное право. С. 193).

ного подхода, так как уголовно наказуемое умышленное деяние мать (отец) ребенка может совершить, например, охраняя его здоровье или спасая его жизнь.

Данная часть редакции ст. 69 СК РФ также подвергается критике. Так, А.М. Рабец в этой связи задается сразу несколькими вопросами: 1) о каком ребенке идет речь? Почему не квалифицируются в качестве оснований преступления против брата, сестры или друга ребенка? (Добавим: других близких родственников, например, дедушки, бабушки...) 2) Почему речь идет о супруге, а не втором родителе ребенка, не состоящем с первым в браке? Такая редакционная небрежность, подчеркивает автор, недопустима – тем более, что перечень оснований ст. 69 СК РФ является исчерпывающим¹⁹⁰.

Перечень оснований является исчерпывающим и при этом практически достаточным, так как включает в себя все возможные жизненные ситуации, которые могут причинить вред ребенку.

Семейный закон не исключает несовершеннолетних родителей из числа субъектов данной чрезвычайной меры ответственности. Полагаем это неразумным. Смысл норм ст. 62 СК РФ свидетельствует о понимании законодателем «недозрелости» их родительских качеств. Следовательно, к таким папам и мамам целесообразно применять в качестве меры ответственности (при их виновном поведении) ограничение в родительских правах, сделав специальную оговорку в ст. 73 СК РФ о нераспространении на эти случаи правила ч. 2 п. 2 ст. 73 (шестимесячном сроке на исправление с последующим ужесточением санкции).

Право на предъявление иска о лишении родительских прав предоставлено одному из родителей, органу опеки и по-

¹⁹⁰ С определенной натяжкой, очевидно, иные негативные действия родителей можно «обнять» рамками оснований «уклоняются от выполнения обязанностей...», т.к. норма п. 1 ст. 63 СК РФ предусматривает их заботу о психическом, духовном и нравственном развитии детей. Однако, разумеется, вместо «натяжки» гораздо лучше получить корректную, оптимальную редакцию ст. 69 СК РФ, тем более что раннее основания, пусть и не столь дифференцированные, предполагали значительную долю профессионального судейского усмотрения: «...оказывают вредное влияние на детей своим аморальным, антиобщественным поведением...» (п. 1 ст. 59 КоБС РСФСР).

печительства и другим органам и учреждениям, компетентным защищать интересы детей, а также прокурору. Орган опеки и попечительства и прокурор обязаны, кроме того, при любом инициаторе процесса, дать заключение по делу (ст. 70 СК). Презумпция вины или невинности родителей семейным законом не установлена, хотя в связи с карательной (а не только защитной) функцией рассматриваемой меры, акцент в распределении обязанностей по доказыванию неизбежно смещен в сторону истца: именно он должен представить факты, свидетельствующие о виновном противоправном поведении родителей в отношении своих детей.

М.В. Антокольская, отмечая, что в этом случае к ответчикам не применяется презумпция невинности, установление действительных обстоятельств дела требует специального расследования данного правонарушения, а последствия положительного решения носят карательный характер, считает гражданско-процессуальную форму не приспособленной к выполнению таких задач и нуждающейся в замене на уголовно-процессуальную – с предварительным включением лишения родительских прав в систему уголовных наказаний¹⁹¹.

Во-первых, в истории уголовного права и процесса это уже было. Во-вторых, при анализе ситуации автор исходит из обсужденной нами ранее концепции институциональной принадлежности семейного права к праву гражданскому, что методологически исключает кару, наказание. Однако мы, напротив, отстаиваем суверенность семейного права, специфику его метода, сочетающего «на паях» частно-правовые и публично-правовые начала, поэтому допускаем в системе мер семейно-правовой ответственности и данный вид. Тем более, уж если доводить анализ до логического конца, то и отмену усыновления, опеки, приемного родительства (особенно первую меру!), если они осуществляются по виновным основаниям, также следует перебросить в систему уголовных наказаний, ибо, по крайней мере, отмена усыновления как следствие правонарушения усыновителя, приравненного законом к родителю, есть мера аналогичная. (Разумеется, варианты отмены усыновления по невиновным основаниям в виду не имеются).

¹⁹¹ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 235–236.

В-третьих, цивилистике известны меры, содержащие значительную карательную компоненту: ограничение дееспособности (ст. 30 ГК РФ); последствия признания сделки недействительной, как совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК РФ); снос самовольной постройки (ст. 222 ГК РФ); принудительная продажа с публичных торгов жилого помещения собственника (ст. 293 ГК РФ) и т.д.; известны такие меры трудовому праву (увольнение за прогул, пьянство и т.п., отстранение от должности и др.).

В-четвертых, если решится, наконец, положительно вопрос о специализированных семейных судах, процессуальная форма подвергнется существенным изменениям, да и практически у судов окажется больше времени, энергетика и профессионализма для исследования обстоятельств дела и вынесения справедливого решения.

В-пятых, определенное расследование данного семейного правонарушения возможно и в рамках действующего законодательства.

В процессуальной литературе высказана также точка зрения о необходимости передислокации дел о лишении (ограничении) родительских прав из искового в производство по делам из публичных правоотношений. Признание, что в делах о лишении родительских прав реализуется семейно-правовая ответственность¹⁹², пишет Л.В. Туманова, требует смены вида гражданского судопроизводства: они возбуждаются в целях применения карательной санкции семейно-правовой нормы публичного порядка, исключают встречный иск, признание иска и мировое соглашение; право же родителей защищаться против предъявленного требования может реализовываться и не в исковой форме¹⁹³.

¹⁹² В.В. Бутнев среди споров о праве особо выделяет споры об ответственности (отноюдь не предполагая, впрочем, их изъятия из искового производства). См.: Бутнев В.В. Реализация юридической ответственности в гражданском процессе. Ярославль, 1985. С. 63–64.

¹⁹³ См.: Туманова Л.В. Некоторые проблемы гражданского судопроизводства с участием несовершеннолетних // Тенденции развития гражданского процессуального права России. СПб., 2008. С. 94–96; Она же. Защита публично-правовых интересов в гражданском производстве: Автореф. д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 38–39.

Это верно. Однако верно и то, что таковыми или сходными особенностями обладают и другие дела: об отмене усыновления, прекращении приемного родительства, признании акта (сделки, в т.ч. брака как сделки) недействительным – по виновным основаниям и т.п. Видимо, надо решить проблему чуть иначе: сосредоточить все дела по спорам об ответственности в единую группу либо в исковом производстве – с соответствующей процессуальной спецификой (как цивилистические дела с публичным элементом), либо в производстве по делам из публичных отношений (как публичные споры из отношений цивилистической природы).

Последствием удовлетворения иска и вступления судебного решения в законную силу является утрата родителями всех прав, основанных на факте прямой связи по происхождению с конкретным ребенком. Как правило, следует отобрание ребенка, однако не всегда: например, в ситуации супружества второй родитель, не лишенный прав, может продолжать совместное проживание с первым и предпринимать малоэффективные попытки устранить влияние последнего на ребенка; защищаемые законом права собственника на жилое помещение также не упрощают ситуацию. Значит, в подобных случаях, в интересах ребенка орган опеки и попечительства должен поставить перед судом вопрос об отобрании ребенка (удалении из семьи) и передать его под опеку родственникам или детскому учреждению. Ребенок, напротив, сохраняет ряд правомочий, основанных на связи по происхождению с лицом, лишенным родительских прав: право на алименты, право собственности на жилое помещение или право пользования им, право на получение наследства и иные имущественные права (п. 2, 4 ст. 71 СК)¹⁹⁴.

Семейный закон допускает восстановление в родительских правах по иску лица, их лишенного. Отказ в иске следует

¹⁹⁴ Кроме того, высказываются предложения *de lege ferenda* о предоставлении ребенку возможности общения с биологическими родителями, утратившими родительство юридическое, в разрешительном порядке по акту органа опеки и попечительства, если такое общение не оказывает вредного влияния. См., например: Темникова Н.А. Реализация и защита личных неимущественных прав ребенка в семейном праве России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 7.

по той или иной совокупности юридических фактов: поведение заявителя не изменилось существенно к лучшему, ребенок против данного акта (с 10 лет требуется его согласие) или ребенок усыновлен и усыновление не отменено (ст. 72 СК).

Особый способ прекращения родительства связан с процедурой усыновления ребенка. Во-первых, в соответствии с нормой ст. 129 СК при усыновлении требуется согласие родителей (родителя), что означает своеобразный отказ от родительства, вопреки общему правилу о невозможности такового. Во-вторых, нормой ст. 130 СК предусмотрена возможность усыновления без согласия родителей, если они признаны судом безвестно отсутствующими или недееспособными, а также по причинам, признанным судом неуважительными, более шести месяцев не проживают совместно с ребенком и уклоняются от его воспитания и содержания. В последнем случае речь, по сути, идет о признании виновности и противоправности поведения таких родителей в отношении своих детей – без специального лишения их родительских прав¹⁹⁵. Вступившее в законную силу судебное решение об усыновлении прекращает правоотношения между ребенком и его родителями (родителем), кроме особого, исключительного, случая: при усыновлении ребенка одним лицом личные и имущественные права и обязанности могут быть сохранены по желанию матери, если усыновитель – мужчина, или по желанию отца, если усыновитель – женщина (п. 2, 3 ст. 137 СК).

¹⁹⁵ По одному из дел об установлении усыновления дискутировался вопрос, можно ли признать нахождение отца (не дававшего согласия на усыновление) в местах лишения свободы за умышленное тяжкое преступление уважительной причиной неоказания им надлежащей заботы о ребенке свыше шести месяцев. Дискуссия завершилась решением об установлении усыновления без согласия отца.

Очерк четвертый. Договоры в семейно-правовой сфере: предпосылки разумной суверенности

4.1. Договор – общеправовое явление

Поскольку договор есть двусторонняя сделка, несколько замечаний относительно последней неизбежны, даже если речь идет о выстраивании теоретических предпосылок для исследования договоров, хотя и цивилистических, но не гражданско-правовых.

Г.Ф. Шершеневич отмечал: «Под именем юридической сделки понимается такое выражение воли, которое непосредственно направлено на юридические последствия, т.е. на установление, изменение или прекращение юридических отношений. Юридическая сделка иначе называется юридическим актом»¹. Она может быть, продолжал автор, односторонней и двусторонней (договором), возмездной и безвозмездной, имущественной и неимущественной; последняя не преследует экономического интереса, например, узаконение детей². Как видим, то, что обычно не сводится в настоящее время к сделке (в том числе часть семейно-правовых актов), воспринималось особенной разновидностью таковой.

Выявление понятия сделки, отмечал один из первых советских исследователей данной конструкции М.М. Агарков, сравнительно поздний результат научного юридического анализа, хотя термином «negotium» пользовались еще римские юристы (впрочем, в разных значениях, не вполне адекватных современному). В XVIII в., продолжал автор, понятие сделки под наименованием *actus juridicus* стало входить в европейский обиход, а в конце XVIII в. – и в российский. Далее учение о ней разрабатывается в трудах Д.И. Мейера, Н.Л. Дювернуа, Г.Ф. Шершеневича, В.И. Синайского и других российских цивилистов

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 148–149.

² См.: Там же. С. 151.

XIX – начала XX в.³ В 20-х гг. XX в. вопрос о сделках рассматривался только И.С. Перетерским⁴. При этом, подчеркивал О.С. Иоффе, применительно к теории договорного права (а значит, опосредованно – и сделки) наблюдается апологетика автономии воли, и соответственно договор из планового задания (двусторонняя сделка хозяйственного оборота) объявляется относимым к договорному праву лишь в техническом, не существенном плане⁵. Б.С. Мартынов отмечал: в нем нет «души» договора, нет частной автономии, так как, «если льется вода регулирования, – продолжая его мысль, писал В.Н. Шретер, – угасает огонь автономии», составляющий животворный источник всякого вообще договора⁶.

Как писал М.М. Агарков, термином «автономия» нередко называли не самоопределение, а нечто иное: в частности, связывали ее с отношениями между равноправными субъектами. На самом деле, продолжал автор, в этом случае автономии может и не быть: наличие «большей или меньшей автономии зависит не от равноправия субъектов, а от находящегося над ними государства, которое в законе устанавливает меру их самоопределения»; закон может предписать им совершать друг с другом сделку на строго определенных условиях⁷. Разумеется, это не умаляет ценности автономии воли для классики гражданского права: для него она по-прежнему означает, что «субъект сам определяет те цели, для достижения которых он будет осуществлять свою правоспособность»⁸.

М.М. Агарков констатировал и абсолютную неисследованность в нашей цивилистической литературе вопроса о юридических актах по поводу личных прав, также относящихся к правомерным (как и сделка) и порождающих права и обязанности. Несомненно, писал ученый, что «ряд положений о сделке по аналогии применим и к такого рода актам. Правила, установ-

³ См.: Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М., 2002. С. 333–335.

⁴ См.: Там же. С. 338.

⁵ См.: Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 2. Л., 1978. С. 69.

⁶ Цит. по: Там же.

⁷ См.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 356–357.

⁸ Агарков М.М. Указ. соч. С. 355.

ленные для сделок (отношений имущественного типа), не могут быть перенесены непосредственно на такие акты, как брак, усыновление и т.п.⁹, – это вытекает из закона и из сущности акта. Однако не исключается применение к ним по аналогии некоторых правил, сформулированных для сделок»¹⁰. Подобная возможность «ставит перед юридической наукой задачу создания общей теории юридического акта»¹¹.

Сделка как волевой акт, подчеркивал И.Б. Новицкий, предполагает, что юридические последствия, на которые она направлена, соответствуют воле ее сторон – в единстве воли и волеизъявления¹².

Эти и другие фундаментальные положения о сделке (участниках, содержании, форме и т.д.) приложимы и к договору.

Единственное **легальное определение договора** содержится в «естественно-логическом» источнике договорного права – ГК РФ (ст. 420): «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей». Оно совпадает, кстати, с классической дефиницией российской цивилистики данной еще Г.Ф. Шершеневичем¹³ и другими учеными XIX – начала XX в. и последующими определениями¹⁴.

Н.Г. Александров, исследуя договор в качестве одного из регуляторов отношений, определял его как «согласованное волеизъявление двух или нескольких формально равных (в момент заключения договора) субъектов, совершаемое с целью

⁹ Дополним: для административных актов, в сфере труда...

¹⁰ См.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 357.

¹¹ Там же. С. 360.

¹² См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2006. С. 195–196.

¹³ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 431.

¹⁴ См., например: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. С. 120; Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 26; Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 2, полутом 1. М., 2000. С. 152; Гражданское право / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. СПб, 1996. С. 428; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. первая: Общие положения. М., 1998. С. 116; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. М., 2008. С. 838–839.

вызвать юридические последствия»¹⁵. Таким образом, ученый подчеркивал, во-первых, два его признака – **согласительный** (волевой) характер и **правовую цель**, во-вторых, указывал на **формальность равенства**. Это, на наш взгляд, точное и перспективное замечание, спрогнозировавшее один из существенных векторов развития явления договора, а именно – в публично-правовую сферу, а также в те области частного права, где публичные начала весьма сильны (трудовое и семейное). В этих случаях в ситуации именно договора (а не всего комплекса отношений соответствующей отрасли) происходит выравнивание, часто «искусственное», положения субъектов¹⁶.

Ю.А. Тихомиров полагает договор соглашением сторон об установлении, изменении и прекращении прав и обязанностей. Последний характеризуется им как свободное волеизъявление участников (1), с согласием по всем существующим аспектам договора (2), равенством сторон (3), наличием юридических гарантий своего исполнения (4), возмездностью – по общему правилу (5), взаимной ответственностью сторон за невыполнение принятых обязательств (6). В итоге автор допускает гипотезу о формировании в будущем **договорного права** – в связи с возрастанием удельного веса договоров во многих отраслях права и их роли как специфического регулятора общественных отношений¹⁷.

Нетрудно заметить, что выстроенный «шестигранник» в значительной степени отражает свойства гражданско-правового договора, а не договора «универсального». Ю.А. Тихомиров при этом классифицирует его многообразие (по субъекту и сфере применения) на договоры хозяйственные, арендные, кредитные, в области труда, межгосударственные, управленческие, общественные (например, между жителями городов)¹⁸. Очевидно, что не все из них составляют «классику жанра». Не отно-

¹⁵ Александров Н.Г. Указ. соч. С. 82.

¹⁶ Впрочем, подобная тенденция не эксклюзивна: например, процессуальное равноправие сторон в производстве по делам из публично-правовых отношений гражданского процесса столь же «искусственно» поддерживается законом и обеспечивается судом как юрисдикционным субъектом, стоящим над конфликтом.

¹⁷ См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 28–30.

¹⁸ См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 29.

сится к таковой и большая часть семейно-правовых договорных конструкций, о которых автор, впрочем, не упоминает¹⁹.

В.В. Иванов, подчеркивая, что юридическая наука по-прежнему изучает в основном отраслевые договоры, «не имея достаточно четкого представления о том, что есть договор в принципе»²⁰, «в самом широком смысле» определяет его как «совместный правовой акт, оформляющий выражение обособленных согласованных автономных волеизъявлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающий условия, исполнение которых предполагается обязательным»²¹. Хотя автор, как, впрочем, и ряд других, не применяет в качестве родового понятия «соглашение», используемый им набор «эпитетов» на это неизбежно указывает. Любопытным представляется и положение о лишь презюмировании обязательности исполнения договора, что также отличает его позицию, например, от точки зрения Н.Г. Александрова, делает дефиницию более универсальной, ибо всякая презумпция опровержима²².

Как следует из предыдущей серии рассуждений, даже на уровне «упоминания вскользь», явление договора давно пересекло границы гражданского права и стало разноотраслевым с прикладной точки зрения и надотраслевым – с общетеоретической.

В работе 1974 г. «Общее учение о правоотношении» Р.О. Халфина отмечала: «До настоящего времени договор рассматривался главным образом как институт советского гражданского права. Но договор играет большую роль и в правовом оформлении самых различных общественных отношений. Представляется, что созрели условия для разработки общей теории договора, охватывающей применение данной правовой формы в

¹⁹ Возможно, потому, что явление брачного договора еще не обострило данную проблему (в 1990 г. не было ни ГК РФ, ни СК РФ).

²⁰ См.: Иванов В.В. Общие вопросы теории договора. М., 2001. С. 9–10.

²¹ Там же. С. 34.

²² Кроме весьма спорных случаев, на которые указывает ряд ученых. См., например: Бабаев В.Н. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 46 – 47.

различных областях жизни общества»²³. На универсальность договора указывал и О.А. Красавчиков. Адекватно различным сферам общественной жизни, подчеркивал автор, и содержанию (наполняющих их подсистем) общественных отношений договор как правовой феномен приобретает специфические отраслевые черты; его интегральные свойства сочетаются с индивидуальными, обнаруживающими себя в субъектном составе, объекте, характере и содержании возникающего правоотношения и т.д.; одновременно договор является одним из важнейших средств сочетания интересов отдельной личности, государства и общества²⁴.

Действительно, явление договора присуще не только сфере гражданского оборота, но и другим правовым сферам – международной, государственной, административной, финансовой (налоговый кредит), трудовой, земельной, семейной, гражданско-процессуальной (мировые соглашения в гражданском и арбитражном процессе), даже уголовно-правовой и уголовно-процессуальной (в России – в сугубо исключительных случаях: соглашение о примирении между лицом, совершившим преступление, и потерпевшим – ст. 76 УПК РФ; в других странах, например в США, – в обычном плане)²⁵.

Таким образом, «щупальца» конструкции **договора** охватили не только **частно-правовую**, но и **публично-правовую** сферу. Так, М.И. Пискотин называет административные договоры средством реализации управленческих задач и функций, а

²³ Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 293.

²⁴ См.: Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Категории науки гражданского права. Избранные труды. Т. 2. М., 2005. С. 274 – 276.

²⁵ См., например: Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 6. М., 1947. С. 82–83; Демин А.В. Общие вопросы теории административного договора. Красноярск, 1998. С. 14–29; Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 267–268, 271–272; Суханов Е.А. О видах сделок в германском и российском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2, т. 6. С. 10, 24; Тихомиров Ю.А. Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. 1990. № 5. С. 27–35; Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 316–317; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. С. 841; Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 178–237, 457–511.

Д.Н. Бахрах – формой реализации административной власти²⁶. А.В. Демин полагает, что под административным договором следует понимать «управленческое соглашение не менее двух субъектов административного права, заключенное на основе норм административного права в публичных целях, опосредующее горизонтальные (координационные) управленческие отношения, правовой режим которых содержит административно-правовые элементы, выходящие за рамки частного права»²⁷.

В международном праве, на прикладном уровне, международный договор определяется Венской конвенцией о праве международных договоров как «международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования»²⁸. В зависимости «от характера их нормосодержания» международные договоры отличаются друг от друга тем, что одни из них формируют общие нормы, рассчитанные на точно неопределенный круг участников и многократность применения, а другие содержат в себе индивидуальные нормы – только для договаривающихся сторон²⁹. Очевидно, что все они являются признанными, а первые – еще и приоритетными источниками права, регуляторами соответствующих отношений.

Трудовой договор и целая «компания» иных договоров в трудовоправовой и социально-обеспечительной сферах продолжают развиваться, постепенно сходя, возможно, к неким общим канонам социального права³⁰.

²⁶ Пискотин М.И. Советское административное право. М., 1990. С. 151; Бахрах Д.Н. Административное право. М., 1996. С. 136.

²⁷ Демин А.В. Указ. соч. С. 29.

²⁸ Международное право / Под ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунова. М., 2005. С. 111.

²⁹ См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 325.

³⁰ См.: Лушникова М.В. Социальное право: опыт комплексного исследования // Вестник ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Сер. Гуманитарные науки. № 4, 2007. С. 46–51; Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. С. 156–165, 323–383; Лушников А.М., Лушникова М.В. Социальное

Однако только на том основании, что договор присущ гражданскому праву, его понятие и существенные элементы пренебрежены ГК РФ, никакой отрасли, кроме права семейного, не предъявляется обвинения в «узурпации» части «договорной власти» и не делается стратегических предложений вернуться в «семью». Так, например, трудовому праву, возникшему из союза гражданского и административного (полицейского) права, подобные предложения уже не делаются, хотя попытки, пусть и редкие, обозначить гражданско-правовую природу индивидуального трудового договора все еще предпринимаются³¹.

О.Ю. Скворцов, констатируя факт экспансии договоров в различные области регулирования отношений между людьми, также признает правомерность постановки вопроса о межотраслевом характере института договорного регулирования и одновременно подчеркивает объективно доминирующее влияние конструкции гражданско-правового договора на соответствующие конструкции смежных отраслей права. Разумеется, главным признаком, отличающим первый от вторых, продолжает автор, является тот правовой эффект, который им производится, – порождение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. К другим отличительным признакам относятся: ограниченное регулирующее воздействие, равенство субъектов, значительная свобода договора (например, в области процессуального права соглашения подчинены иному принципу: «разрешено только то, что прямо указано в законе»). Следуя известной позиции петербургской цивилистической школы³², автор, не отрицая права на жизнь договоров из публичных правоотношений, правоотношений трудовоправовой сферы и др., видимо, сознательно не упоминает о явлениях семейно-правовых договоров³³.

Между тем «главный отличительный признак» гражданско-правового договора – прямое влияние на судьбу гражданских

право, трудовое право и право социального обеспечения: сравнительный анализ // Вестник трудового права и права социального обеспечения. Вып. 2. Ярославль, 2007. С. 40–61.

³¹ См., например: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 70–71.

³² «Семейное право» традиционно входит разделом в т. 3 учебника по гражданскому праву.

³³ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. С. 841–842.

прав и обязанностей – работает применительно к договорам всех иных правовых сфер, со сменой лишь отраслевого «эпите-та», а равенство в цивилистической правовой среде отсутствует не только в трудовом договоре. Брачный договор, чуть ли не единственный из всей массы соглашений о праве семейном, конечно, влияет на судьбу гражданских прав и обязанностей, но он же рождает, изменяет и прекращает аналоги семейного типа. Именно поэтому можно предположить его двойственную (смешанную) природу³⁴.

Разумеется, семейное право (и соответствующие договоры) удержат в гражданско-правовых границах проще: его «детство, отрочество и юность» прошли под попечением «матери» – гражданского права (впрочем, частично и права церковного)³⁵. Данная генетическая связь и в настоящее время является предпосылкой дискуссии о суверенности семейного права³⁶.

Не вдаваясь в указанную дискуссию³⁷, отметим, что неразработанность в теории семейного права и отсутствие в семейном законе понятий о договоре не является необходимым и достаточным аргументом в пользу очевидной гражданско-правовой природы исследуемого явления. Тем более, что использование норм ГК РФ к семейным отношениям в целом и их договорным разновидностям в частности далеко не всегда возможно, с чем соглашаются и многие цивилисты³⁸.

³⁴ См. об этом далее.

³⁵ См., например: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 2. М., 2003. С. 19 (публикуется по изданию 1896 г.). См. также: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004 (по изданию 1908 г.).

³⁶ Подробно об этом см.: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 40; Она же. Семейное право. М., 1997. С. 40–42; Ворожейкин Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права // Советское государство и право. 1967, № 4. С. 29–37; Нечаева А.М. Семейное право: проблемы и перспективы развития // Государство и право. 1999, № 3. С. 69–75; Она же. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 31–57; Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 5–26; и др. См. также очерк первый книги.

³⁷ Подробно об этом см. очерк первый.

³⁸ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. С. 43.

В теории права, цивилистике, публичном праве исследуются как общие, так и специфические признаки договора. В качестве лейтмотива, как мы уже констатировали, в большинстве случаев выступает идея о базисном понятии – **соглашении**³⁹.

Так, определение в науках международного, государственного, трудового права и др. весьма схоже с версией ГК РФ. Во всех случаях речь идет о соглашении, признаваемом и охраняемом государством, устанавливающим взаимные юридические права и обязанности участников.

А.Д. Корецкий полагает, однако, что подобная дефиниция договора является формальной и «не годится в качестве основы серьезного учения о договоре». У автора вызывает сомнение использование в качестве родового понятия термина «соглашение»: 1) в русском языке «договор» и «соглашение» – синонимы; 2) не всякое соглашение достигает обозначенной цели; 3) соглашение есть лишь намерение сторон совершить то или иное действие⁴⁰. «Понимание договора как соглашения, – отмечает А.Д. Корецкий, – "вызрело" в науке гражданского права, но, несмотря на почтенную академическую "родословную", является в высшей степени неудачным по причине, прежде всего, своей номинальности»⁴¹.

«Юридический договор, – пишет автор, – объективированные в установленном законодательством порядке, свободносогласованные намерения нескольких лиц совершить друг с другом юридическую сделку (или сделки) в целях реализации личных интересов»⁴².

Однако, во-первых, придется очередной раз напомнить об условности большинства терминов и главное – несводимости в этом плане юриспруденции к филологии⁴³. Во-вторых, следует

³⁹ См., например: Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 276.

⁴⁰ См.: Корецкий А.Д. Теория договорного регулирования гражданско-правовых отношений: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2007. С. 13–15.

⁴¹ Корецкий А.Д. Указ. соч. С. 19.

⁴² См.: Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001. С. 17–41.

⁴³ О.С. Иоффе писал: «... если бы содержание специального научного понятия было тождественно его словесному обозначению, семантика превратилась бы во всеобщее и исключительное средоточие

согласиться с И.В. Бекленищевой, которая справедливо замечает: из определения автора следует, что договор в принципе не имеет никакого отношения к «юридическому регулированию» (поскольку объектом такового, по утверждению А.Д. Корецкого, выступают действия), то есть он – «абсолютное ничто с точки зрения права»⁴⁴.

Относительно взаимодействия явлений договора и соглашения есть и иные точки зрения. Так, М.И. Брагинский и В.В. Витрянский отмечают, что наряду с согласованием воли важен и другой квалифицирующий признак договора-сделки – его направленность на возникновение прав и обязанностей (правоотношений); если этот признак отсутствует, то и нет основания для отождествления соглашения с договором⁴⁵.

Сопоставляя понятия «договор» и «соглашение» в ближнем историческом контексте, необходимо обратиться к точке зрения И.Б. Новицкого. Так, автор подчеркивает: «Договоры гражданского права должны быть отмежеваны от соглашений, которые могут иметь и имеют место в других областях советского права, например, в советском семейном праве. Брак немислим без свободного согласия на него данной пары; тем не менее это соглашение можно признать (да и то с некоторыми оговорками) обыкновенным договором разве лишь в буржуазном праве. ... С точки зрения советского права брак никак нельзя признать договором хотя бы в силу одного того, что целью брака является

человеческих знаний». Иоффе О.С. Что такое ответственность? // Правоведение. 1974, № 5. С. 108.

⁴⁴ См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 182–183.

⁴⁵ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1. М., 2001. С. 149–151.

В качестве примеров предлагаются: соглашения между лицом, нашедшим вещь, и лицом, управомоченным на ее получение, о размере долей участников общей собственности и другие (п. 2 ст. 229, п. 1 ст. 245, п. 2 ст. 231, ст. 242, 312, 331 ГК РФ и т.д.); соглашения организационного типа, которые не укладываются ни в рамки п. 1 ст. 420 ГК РФ с ее определением договора, ни в рамки ст. 153 ГК РФ, содержащей определение сделки. При этом авторы, к сожалению, не раскрывают принципиальных подходов к различению соглашений-договоров и соглашений-недоговоров, тем более что, по крайней мере, часть из приведенных примеров к правовым последствиям, аналогичным договору, все-таки ведут и «эволюционное» влияние на правоотношения оказывают.

объединение всей жизни вступающих в него лиц». Соглашение, продолжает И.Б. Новицкий, является лишь одним из необходимых юридических фактов брачного правоотношения; личный элемент настолько преобладает в семейно-правовых отношениях, что соглашения не получают здесь самостоятельного значения, «и во всяком случае должны быть резко отстранены от имущественных договоров гражданского права»⁴⁶.

Если опустить неизбежный идеолого-советский «флер» приведенной позиции, то останется, пожалуй, главное: 1) соглашение как таковое для брака не только приемлемо, но и неизбежно (хотя бы как предпосылка брачного правоотношения); 2) брачное и иные семейно-правовые соглашения не могут иметь гражданско-правовой природы из-за доминирования в них личного начала.

Терминологические различия – и именно для семейно-правовой сферы – констатирует И.В. Бекленищева. Например, решение родителей о месте проживания ребенка именуется соглашением, а возникновение приемной семьи оформляется договором⁴⁷. Возможно, причины такого различия автору известны, однако она их не называет – с высокой степенью вероятности из-за нежелания расширить границы своего исследования в неочевидную область семейно-договорного регулирования.

Особо следует отметить терминологические «качели», установленные для договоров и недоговоров (соглашений) А.Д. Корецким: брачный договор, договор о передаче ребенка в приемную семью, договор о суррогатном материнстве; соглашение об алиментах, о месте проживания ребенка, порядке общения с ребенком при раздельном проживании родителей; соглашение о заключении брака, которое по своей правовой природе не отличается от гражданско-правового договора и т.д., и т.п.⁴⁸ При этом четкие границы между конструкциями «договор» и «соглашение» не определены.

⁴⁶ Новицкий И.Б. *Общее учение об обязательстве // Избранные труды по гражданскому праву*. Т. 2. М., 2006. С. 113–114.

⁴⁷ См.: Бекленищева И.В. *Указ. соч.* С. 69.

⁴⁸ См.: Корецкий А.Д. *Теоретико-правовые основы учения о договоре*. С. 122–126.

В качестве альтернативы классической теории договора (где на первом плане – взаимное соглашение сторон) выступает концепция договора как **обещания** (сделанного одной стороной договора). Этот подход отражен в доктрине ряда западноевропейских стран, но остается чуждым российскому праву⁴⁹, притом, что собственно сам термин использовался классиками нашей цивилистики (Д.И. Мейером, Л.С. Талем и др.⁵⁰). Так, Д.И. Мейер отмечал, что соглашение воли двух или нескольких лиц проявляется в том, что «одна сторона дает обещание совершить какое-либо действие, представляющее имущественный интерес, а другая принимает обещание». Однако одностороннее обещание, подчеркивал автор, не принятое другой стороной, еще не порождает для нее права. Л.С. Таль, исследуя сущность трудового договора, писал: «В фактический состав всякого возмездного договора о труде входят три элемента: обещание деятельности, обещание вознаграждения и взаимность этих двух обязательств».

Договор-обещание, подчеркивает И.В. Бекленищева, не сводится, разумеется, к понятию односторонней сделки: 1) обещание должно быть доведено до сведения того, к кому это обещание обращено; 2) основание обязательной силы обещания лежит в том лице, к кому оно обращено, а именно в факте расчета (или доверия) этого лица на сделанное обещание⁵¹.

Не исключая развития доктрины гражданско-правового договора и в этом направлении, И.В. Бекленищева предлагает «интегративный» вариант определения: «Гражданско-правовой договор – это соглашение двух или более сторон или обещание одной стороны, на которое рассчитывала другая сторона, направленные на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей»⁵².

Наибольший и перспективный интерес представляет влияние данной концепции на применение конструкции преддоговорной ответственности: это позволяет стороне требовать компенсации убытков при одностороннем виновном прекращении

⁴⁹ Подробно об этом см., например: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 120–150.

⁵⁰ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 156; Таль Л.С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. Ч. 1. Ярославль, 1913. С. 11.

⁵¹ См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 140–141.

⁵² Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 176.

переговоров, о возложении ответственности при признании договора недействительным, ответственности за причинение вреда на стадии преддоговорных отношений. Первый и третий варианты не известны российскому праву, а второй не квалифицируется им именно как преддоговорная ответственность⁵³.

Юридическое равенство сторон договора, как мы отмечаем, проявляется весьма различным образом: где-то оно обеспечено стратегическими положениями метода частнопроводного регулирования (гражданского права), где-то – взаимодействием частного начала с элементами начал публичных, однако в рамках цивилистики (трудовое право, семейное право), а где-то – искусственным «выравниванием» при доминировании публичности (административное право и др.).

Признак **возмездности**, за пределами «классики жанра», также не универсален. Впрочем, Ю.А. Тихомиров употребляет совершенно обоснованно применительно к нему уточнение «как правило». Тем не менее в значительном ряде договоров международного, семейного, частично – трудового и других отраслей права он, напротив, нередко отсутствует. Значит, если признавать эти явления членами «договорной семьи», а не архиспецифическими двусторонними правомерными актами⁵⁴, то признак возмездности уходит далеко на второй план. Это тем более неизбежно для договоров неимущественного характера, явление которых признано в юриспруденции и в теории, и на практике.

Что касается таких граней «геометрической фигуры договора», как наличие юридических гарантий **исполнения** и взаимной **ответственности**, то первая, на наш взгляд, частично поглощает вторую. Это, правда, не снимает с повестки дня проблемы как таковой. Действительно, и то и другое должно сопровождать договорные отношения регулятивного типа и при-

⁵³ См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 147–150, 162–163.

Применительно, например, к концепции брака-договора значение имеет иное толкование природы ответственности в недействительном браке и гипотетическая возможность возмещения морального и материального вреда, наступивших вследствие отказа от свадьбы. Подробнее об этом см. в параграфе о браке как договоре очерка второго.

⁵⁴ Как характеризовал, например, подобные семейно-правовые акты О.А. Красавчиков. См.: Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права: Избранные труды. Т. 2. М., 2005. С. 205–206.

водиться в действие в охранительном правоотношении. Это общее положение относится ко всей системе правоотношений – договорных и недоговорных, однако далеко не всегда работает. Полагаем, что к данной идеальной модели следует стремиться, даже, например, в лично-правовой части «семейного пространства», где, как известно, немало деклараций о долженствовании субъектов, не подкрепленных классическими санкциями⁵⁵. Но дело это, во-первых, не решается с наскока, а, во-вторых, исключения все равно останутся, если законодатель сохранит традицию внедрения нравственных или иных сугубо личных социально значимых постулатов в «ткань» семейного закона⁵⁶. Впрочем, введение имущественных санкций отнюдь не исключается – в разумных пределах, а возможность возмещения морального и материального вреда добросовестной стороне недействительного брака и сейчас прямо предусмотрена законом (ч. 2 п. 4 ст. 30 СК РФ).

Адресуясь к семейно-правовой сфере, А.Д. Корецкий, констатирует, что договорное регулирование семейных отношений находится в зачаточном состоянии: 1) все они носят вторичный, вспомогательный по отношению к нормам характер – их роль сводится к детализации, а пределы усмотрения сторон жестко ограничены; 2) как правило, они не имеют механизма принуждения; 3) условия соглашения не являются обязательными для суда; 4) в законе отсутствуют меры по обеспечению исполнения договорных обязательств⁵⁷.

С одной стороны, автор, безусловно, прав в том, что договорная составляющая семейного права находится в стадии ста-

⁵⁵ Представляет интерес формула п. 4 ст. 15 СК Украины: «Невыполнение или уклонение от выполнения семейной обязанности может быть основанием для применения последствий, установленных настоящим Кодексом или договоренностью (договором) сторон».

⁵⁶ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 12–14.

Базисные предпосылки по этому вопросу см.: Ворожейкин Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 29–36.

⁵⁷ А.Д. Корецкий в этом вопросе полностью солидарен с М.В. Антокольской. См.: Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. С. 122–126; Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 114.

новления. Часть договоров (соглашений) не развита в юридическом смысле, часть черпает свои ресурсы из гражданского права (не говоря уже о прочной генетической связи данных сфер цивилистики, на которую неоднократно и справедливо указывается в литературе).

С другой стороны, однако, следует заметить, что факт отнесения того или иного института к ГК РФ (или использование к смежным явлениям положений гражданского права) не всегда означает безусловное признание его гражданско-правовой природы – не только на законодательном, но и на теоретико-сущностном уровне. Так, акты гражданского состояния ранее были компонентой КоБС РСФСР, сейчас – ГК РФ. Но существует еще и Федеральный закон «Об актах гражданского состояния», который является членом административно-правовой «семьи». Присутствует немало, пусть и «вразброс», норм об актах семейного состояния в СК РФ. (Воистину явление «фигаро», хотя и вполне продуманное с точки зрения законодательной технологии.) То же самое можно сказать и о брачном договоре: он неизбежен в СК РФ как альтернатива для построения имущественных отношений в браке – притом, что ряд требований к брачному договору (соответствие общим началам семейного законодательства и др.) подчеркивает его семейно-правовую природу⁵⁸. Кроме того, должны, как мы уже отмечали, подлежать основательной дискуссии и принципиальные положения действующего варианта в сторону усиления семейного начала, что неизбежно отдалит существо брачного договора от гражданского права⁵⁹.

Кроме того, в определенном смысле не только семейно-правовые договоры, но и многие другие (а строго говоря, все) носят вторичный характер по отношению к правовым нормам. Даже явления договоров, не предусмотренных ГК РФ, должны соответствовать основам договорной цивилистики. Разумеется, чем больше в договорном правоотношении влияния публичного начала, тем жестче эта зависимость, что характерно не только

⁵⁸ См., например: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 60–61.

⁵⁹ Подробнее об этом см., например: Лушников А.М., Лушников-ва М.В., Тарусина Н.Н. Договоры в сфере семьи... С. 94–100, а также параграф о брачном договоре.

для семейно-правовой сферы, но и для других отраслей, где частные и публичные компоненты плотно взаимодействуют⁶⁰.

Следует также заметить, что соглашение о месте проживания ребенка и т.п. другие, действительно, весьма специфичны с точки зрения классического подхода. Верно, что принципиальное решение вопроса в этих случаях отнесено к компетенции суда и основанием к применению мер государственного принуждения будет судебное решение, а не соглашение. Однако суд хотя и вправе не утвердить его, но только в случае незаконности (такое условие применимо к любой сделке) или явного несоответствия интересам ребенка, что, собственно, также относится к специальным случаям законности – вкупе со справедливостью и обоснованностью. Активная и значительная роль суда вообще характерна для гражданского процесса по семейным делам (а также по трудовым, ряду жилищных и др.) – ввиду, как мы только что отмечали, известного присутствия публичных начал в методе семейно-правового (и иного) регулирования, отраженных далее в процессуальную форму разрешения соответствующих конфликтов и даже особенностей их самоурегулирования.

В целом создается впечатление, что сначала автор выстраивает идеальную модель договора на основе гражданского права, а затем примеряет ее на явления правовой действительности несколько иной природы – «одежды» оказываются малы, велики или не по средствам⁶¹. При этом отсутствие ре-

⁶⁰ Подробнее об этом см. далее. См. также: Лушникова М.В., Лушников А.М., Тарусина Н.Н. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений. Ярославль, 2001.

⁶¹ А.М. Нечаева приводит по данному поводу интересное суждение из английского теоретического источника: «Когда договаривающиеся стороны вступают в брак, они не заключают договор о новых соглашениях, так как права, обязанности, ответственность, которые при этом возникают, не основываются на их соглашении, а регулируются основным законом государства... Суть заключаемого договора в том, что государство устанавливает отношения, вступление в которые определяется государством посредством волеизъявления независимых сторон, при этом они не могут быть ни усовершенствованы, ни изменены соглашением сторон» (См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 42).

ального механизма принуждения для договоров международного права и семейного права оценивается А.Д. Корецким по-разному – первые остаются в системе, вторые объявляются сомнительными. (Что ж, «двойной стандарт», как мы уже отмечали, проник и в теорию юриспруденции.)

Признанным в цивилистике является также положение о трех формах существования договора как соглашения (юридического факта), правоотношения (самого договорного обязательства), им порожденного, и как документа, в котором закреплен факт установления обязательственного правоотношения. Наиболее подробно эта триада разработана О.С. Иоффе⁶². Она, отмечает Д.Ю. Полдников, освещена и словоупотреблением в ГК РФ⁶³.

Разумеется, возможны и другие его «ипостаси» – в качестве института экономико-правовой категории⁶⁴, программы совместных действий, способа организации взаимоотношений сторон, учитывающего их обоюдные интересы⁶⁵ и т.д., однако классическими и важными остаются два варианта его рассмотрения из указанной триады.

В первую очередь под такими правоотношениями подразумеваются обязательственные. (Обязательство – это отношение между двумя сторонами, одна из которых имеет право требования, а другая – соответствующую этому праву обязанность⁶⁶.) Однако не всякое гражданское законодательство

⁶² См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 26.

См. также: Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 2, полумом 1. М., 2000. С. 151–152; Гражданское право / Под ред. Ю.К. Толстого и А.П. Сергеева. Ч. 1. М., 1998. С. 495 и др.

⁶³ См.: Полдников Д.Ю. Понятие гражданско-правового договора (современная доктрина и ее исторические истоки) // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2006. № 4. С. 78.

⁶⁴ То есть в виде взаимосвязанных нескольких совокупностей норм, охватывающих общие положения о договоре и отдельных видах договорных обязательств. См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть первая) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2004. Ст. 420 ГК.

⁶⁵ См., например: Пугинский Б.И. Гражданско-правовой договор // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. 2002. № 2. С. 40–41.

⁶⁶ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 187.

накрепко связывает договор и обязательство. Так, в классическом «Кодексе Наполеона» (ГК Франции) договор определяется как соглашение, по которому одно или несколько лиц принимают на себя обязательство в отношении другого лица или нескольких других лиц что-либо дать, сделать или не делать. Норма же п. 1 ст. 420 ГК РФ не содержит прямого указания на обязательство⁶⁷. Независимо от того или иного варианта применительно к гражданско-правовому договору речь, как правило, идет, отмечает И.В. Бекленищева, об установлении относительных прав и обязанностей между сторонами. Среди прочих – семейно-правовые договоры: заключение брака (в некоторых правовых системах), договор о передаче ребенка на воспитание в семью, соглашение о месте проживания ребенка – также не всегда можно назвать обязательственными⁶⁸.

Г.Ф. Шершеневич вообще полагал недопустимыми обязательства с неимущественным интересом, притом не потому, что они носят личный характер (к гражданскому праву в то время были отнесены личные отношения, устанавливаемые семейным союзом), такому «допущению, – по мнению автора, – противится природа обязательственных отношений»: чужое действие, объект прав по обязательству, не может быть вынуждаемо, а потому, чтобы сохранить юридический характер за обязанностями, соответствующими праву требования, следует придать им санкцию имущественного характера, дабы ответить за имущественный ущерб; трудно, однако, найти санкцию за неисполнение тех обязанностей, которые не могут быть выражены в денежном эквиваленте; практика же Франции и Англии о наложении в этих случаях огромных штрафов ведет к утрате принципа гражданского права о соразмерности между неосуществленными интересами и денежным вознаграждением⁶⁹.

⁶⁷ Подробнее об этом см., например: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 67–68.

Не является обязательством, например, распорядительный договор (уступка требования). Подробно об этом см.: Вошатко А.В. Договор уступки как распорядительная сделка // Сборник статей к 50-летию Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2001. С. 61–73.

⁶⁸ Там же. С. 69.

⁶⁹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 377, 378.

С ним, впрочем, не вполне соглашались В.И. Синайский, И.А. Покровский, а позднее И.Б. Новицкий, Л.А. Лунц и др.⁷⁰, допускавшие явление обязательства с нематериальным интересом. Современное легальное определение обязательства (п. 1 ст. 307 ГК РФ), по мнению А.А. Павлова, также не содержит каких-либо положений, опровергающих возможность существования указанной разновидности. «Изначально используемая для обслуживания перехода материальных благ, юридическая конструкция обязательства, – продолжает автор, – вполне пригодна и для оформления неимущественных отношений»⁷¹. Аналогичной точки зрения придерживается Ф.О. Богатырев. Правда, для неимущественных семейно-правовых обязательств автор допускает только одну и теоретическую, и легальную «крышу» – гражданское право⁷². Но это уже вопрос, как известно, другой и даже целая другая история...

Договорные (на основе соглашения между субъектами семейного права) и внедоговорные (в силу прямого указания закона) семейно-правовые обязательства исторически и теоретически восходят прежде всего к алиментным, то есть собственно имущественным, исследованию которых посвящен ряд классических и современных трудов⁷³. В настоящее время их круг существенно расширен – и прежде всего именно за счет договорных обязательственных конструкций нематериального типа – об осуществлении отдельно проживающим родителем права на воспитание, о приемном родительстве, патронаже, семейно-воспитательной группе, суррогатном материнстве⁷⁴ и др.⁷⁵.

⁷⁰ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 238; Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 6–7, 299; Новицкий И.Б. Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 58.

⁷¹ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. М., 2008. С. 812.

⁷² См.: Богатырев Ф.О. Состав относительных неимущественных гражданских отношений // Журнал российского права. 2002, № 11. С. 84–90; Он же. Обязательство с нематериальным интересом: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 22–23.

⁷³ См., например: Пергамент А.И. Алиментные обязательства. М., 1951; Косова О.Ю. Алиментные обязательства. Иркутск, 2003; Она же. Право на содержание: семейно правовой аспект. Иркутск, 2005.

⁷⁴ Последние три не исключают определенной имущественной компоненты.

С.Ю. Чашкова отмечает, что семейно-правовые договоры и обязательства, из них вытекающие, характеризуются: специальным субъектным составом, прямо указанным в законе; непередаваемостью и неотчуждаемостью прав и обязанностей; в связи с наличием публичного интереса – незначительной свободой усмотрения сторон, ограничители которой предусмотрены семейно-правовыми нормами, и рядом других особенностей факультативного типа⁷⁶. Кроме того, на данном этапе развития российского семейного законодательства договоры, по мнению автора, могут быть только поименованными⁷⁷, что в будущем не исключает и иного подхода к проблеме.

Наконец, существенное значение для осмысления содержания семейно-правового договора, как мы уже ранее отмечали, имеет вопрос о фактическом составе сделки-договора. В частности, важно различать случаи, подчеркивает Е.А. Крашенинников, где сделка, помимо волеизъявлений сторон, имеет и иные составные части, и случаи, где для вступления сделки в силу требуется наличие лежащей за пределами ее фактического состава предпосылки (например, ее государственная регистрация⁷⁸). Так, по смыслу нашего семейного закона и господствующей концепции брака (включая непризнание

Подробнее об этом см.: Чашкова С.Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве: Дис. ...канд. юрид. наук. М., 2004; А.М. Лушников, М.В. Лушникова, Н.Н. Тарусина. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения.

⁷⁵ Например, в соответствии с белорусским семейным законом, в брачном договоре не исключается соглашение о воспитании детей – с соответствующими обеспечительными санкциями. (Подробнее см.: Лавникевич Л.А. Брачный договор: понятие и сущность. Минск, 2006. С. 102, 117.)

⁷⁶ Собственно, они аналогичны особенностям семейных правоотношений в целом (дополнительно к перечисленным: лично-доверительный, дящийся и безвозмездный характер, проникновение в содержание этических начал и др.). См., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1970. С. 43–70; Косова О.Ю. О предмете семейного права // Сибирский юридический вестник. 1998. № 1. С. 75–76; Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 9–15. И др.

⁷⁷ См.: Чашкова С.Ю. Указ. соч. С. 73.

При этом не вполне ясно, почему среди договоров автор не называет договор о браке.

⁷⁸ См.: Крашенинников Е.А. Фактический состав сделки. С. 8–9.

брака фактического) регистрация супружеского союза, как мы уже отмечали, является конститутивным признаком брака, а не предпосылкой его юридической силы.

В контексте проблемы источников права договор исследуется с точки зрения его значения как нормативно-правового и индивидуально-правового регулятора общественных отношений. Так, значительная часть международных договоров является безусловной составляющей инструментария первого типа. Коллективные договоры в трудовом праве можно отнести к локальному нормативно-правовому регулированию и т.д.

Роль индивидуального договора как конкретизатора общественных отношений достаточно очевидна и давно обозначена еще в советской юридической науке⁷⁹. В.В. Иванов именуется его «актом правоприменения, актом, порождающим индивидуальные правовые установления»⁸⁰, Т.В. Кашанина – «микронормами», которые дополняют и конкретизируют отдельные элементы обычных правовых норм⁸¹. Эти идеи в принципе коррелируют с положениями ГК РФ («изобретенными», впрочем, законодателем, а не высшей объективной силой): субъекты гражданского права «свободны в установлении своих прав и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора» (п. 2 ст. 1); гражданские права и обязанности возникают в том числе «из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему» (ч. 2 п. 2 ст. 8).

В определенном смысле здесь уместна аналогия с одним из значений судебного акта как конкретизатора общественных отношений и образца для будущих суждений суда по схожим ситуациям. М.Н. Марченко в этой связи, опираясь на положительный опыт таких различных и принадлежащих к разным правовым семьям стран, как Великобритания и Франция, признающих правовой характер и индивидуальных норм, вырабатываемых судами в своих решениях, отмечает, что последние

⁷⁹ См., например: Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940. С. 248–250.

⁸⁰ Иванов В.В. Указ. соч. С. 100.

⁸¹ См.: Кашанина Т.В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Советское государство и право. 1992. № 2. С. 123–124.

вполне могут претендовать на такой статус и у нас⁸². Однако, продолжает автор, подобная констатация относительно индивидуальных договоров не имеет ни формальных, ни фактических оснований. Более того, полагает М.Н. Марченко, возможность такой «абсолютной демократизации отношений» и «мультиправовой», в частности, экономики может привести к беспорядочной общественной жизни, к обществу, состоящему «из миллионов законодателей и соответственно такого же количества систем законодательства»⁸³. При этом квалификация индивидуального договора в качестве акта правоприменения не отнимает у него регулирующей функции и значения источника конкретных субъективных прав и юридических обязанностей⁸⁴.

Данная конкретизирующая функция более основательна для тех групп отношений, которые по существу своему предполагают регуляцию так называемыми ситуационными правовыми нормами.

Некоторых уточнений требует и принцип **свободы договора** – в контексте ее ограничений.

О подвижности, зыбкости границ частного и публичного порядка, а следовательно, и ограничителях диспозитивности, как мы отмечали в очерке первом, писали многие ученые. Так, И.А. Покровский подчеркивал, что по началам публичного порядка может быть построена чуть ли не вся область семейственных отношений, поскольку государственный интерес в стабильности брачно-семейных институтов очевиден и постоянен⁸⁵. Г.Ф. Шершеневич указывал на диалектическую конвергенцию интересов отдельного лица и интересов всего общества⁸⁶. М.М. Агарков, размышляя о взаимодействии част-

⁸² «Признание судебной практики в качестве источника современного российского права, – пишет автор, – несомненно было бы значительным шагом вперед как в развитии самого права, так и его теории». См.: Марченко М.Н. Источники права. С. 310.

⁸³ Там же. С. 311.

⁸⁴ Там же.

⁸⁵ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 37, 43.

⁸⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 2.

ного и публичного, писал: частноправовая мотивация ставит только известный предел действию других мотивов, в т.ч. эгоистических, публично-правовая сама указывает направление, в котором должно осуществляться право, и исключает действия других мотивов⁸⁷.

При этом публичные элементы наблюдаются и в современном гражданском праве, которое конкретизирует «генеральный юридический режим» диспозитивности и других частноправовых составляющих⁸⁸. Это объективно и неизбежно в силу целого ряда причин: 1) наличия государства в числе субъектов гражданского права; 2) специфики некоторых объектов гражданских прав (например, недвижимости, требующей госрегистрации); 3) необходимости защиты слабой стороны и защиты от нарушения в целом; 4) перекрещивания сфер регулирования и др.⁸⁹

Другие члены цивилистической семьи – трудовое и семейное право, а также право социального обеспечения (в т.ч. социально-обеспечительные договоры) и даже отдельные институты собственно гражданского права (жилищное и наследственное законодательство) – существенно отличаются от ее главы более глубоким проникновением в ткань регулируемых отношений, в нашем случае – договоров, публичных начал, элементов «социального служения», ограничителей автономии и свободы, ибо, как мы неоднократно подчеркивали, они правовыми средствами обеспечивают воспроизводство человека, добычу пропитания, поддержку в старости – важнейшие предпосылки выживания индивида и общества в целом. Это проявляет себя и в особых требованиях к субъектам договора, специфике его предмета и цели, содержанию, последствиям неисполнения. Так, договоры о предоставлении материального содержания (алиментировании) охватывают строго определенный круг субъектов, размер поддержки несовершеннолетним детям не может быть меньше, предусмотренного законом; договор о браке возможен только

⁸⁷ См.: Агарков М.М. Ценность частного права // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 71–72.

⁸⁸ Подробнее об этом см., например: Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. Т. 1. М., 1981. С. 248. И др.

⁸⁹ См.: Голубцов В.Г. Публично-правовые элементы в отношениях, регулируемых гражданским законодательством: теория вопроса // Правоведение. 2006. № 5. С. 84.

между мужчиной и женщиной с определенного возраста, не состоящих в близком родстве, в другом брачном правоотношении и т.д., его прекращение производится лишь с помощью государства; свобода договора об осуществлении отдельно проживающим родителем своего права на воспитание ребенка ограничивается интересами данного ребенка; содержание индивидуального и коллективного трудовых договоров существенно лимитировано в целях охраны и защиты права на труд и т.п.

Таким образом, хотя «царственная особа» цивилистики – гражданское право – и не достигла аксиоматических констатаций относительно сущности договора, тем не менее выделяет набор компонентов для надежного классического строительства его «здания». Во-первых, договор является двусторонней (многосторонней) сделкой, а его родовым понятием – соглашение. Он характеризуется свободой воли и волеизъявления – при относительной автономии принятия решения. Его субъекты находятся в ситуации формального юридического равенства, а целеполагание сводится к направленности на возникновение, изменение или прекращение субъективных гражданских прав и обязанностей. Договору свойственна та или иная мера обеспеченности исполнения, вплоть до государственного принуждения. Свобода его прекращения (изменения) относительна, так как связана взаимной и встречной волей сторон либо, в отсутствие таковой, опирается на судебное решение по преобразовательному притязанию. В ряде случаев он нуждается в квалифицированной (нотариальной) форме и/или регистрации – в предпосылке, лежащей за пределами фактического состава договора.

В договорах ряда отраслей публично-правовая «взвесь» присутствует в весьма больших количествах и приводит к обозначению договора как публично-правового (в международном, административном праве и др.) или с существенными элементами ононого (трудовое, семейное, социально-обеспечительное право и др.).

Явление семейно-правового договора не относится к числу признанных. Несмотря на его очевидную специфику, многие цивилисты не готовы отпустить его на «вольные отраслевые хлеба». Это объясняется прямым, субсидиарным или по аналогии приме-

нением гражданского закона к браку, брачному договору, договору об опеке и приемной семье и др., прежде всего в части признания их недействительными, изменении, прекращении (кроме брака). Наблюдается также своеобразное раздвоение подхода: на лично-правовые договоры (о браке, месте проживания ребенка и осуществлении права на его воспитание) гражданско-правовая экспансия не распространяется, а договоры, соединяющие лично-правовые и имущественные элементы (об опеке, приемной семье, патронате) или собственно имущественного типа (брачный договор, соглашение о разделе общесупружеского имущества, соглашение об алиментах), признаются безусловно гражданско-правовыми. Последователи же цивилистической петербургской школы, как мы неоднократно отмечали, полагая семейное право частью права гражданского, в соответствующей природе всех перечисленных договорных конструкций не сомневаются.

Так, А.П. Сергеев отмечает, что встречающиеся в семейном праве договоры условно делятся как бы на две категории: одни «выступают в чистом виде и совпадают во всех основных чертах и по форме с иными гражданско-правовыми договорами (брачный договор, соглашение об уплате алиментов), а другие, будучи гражданско-правовыми договорами по существу, не выражены в столь очевидной гражданско-правовой форме (заключение брака, соглашение об определении места жительства детей при раздельном проживании родителей и др.)»⁹⁰.

Однако далее автор неизбежным образом фиксирует особенности этих договоров, которые в своей совокупности (как и в рассмотренном нами ранее случае с семейными отношениями и правоотношениями) придают им достаточно обособленное от гражданско-правовой классики качество. Во-первых, пишет А.П. Сергеев, многие из них представляют собой не противоположные по направленности согласованные волеизъявления участников (как в большинстве гражданско-правовых договоров), а устремленные к одной цели соглашения – выбор супругами места проживания, согласование имени ребенка, взаимное осуществление родительских прав и т.д. Во-вторых, специфична форма договора (кроме брачного договора): одни из них совершаются в государственных органах, другие могут заключаться

⁹⁰ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 387.

в любой форме. В-третьих, семейно-правовые сделки, в т.ч. договоры, в отличие от обычных гражданско-правовых сделок, широко применяются в сфере личных неимущественных отношений и при этом не отличаются стабильностью, так как чаще всего могут быть аннулированы участниками семейного правоотношения либо в силу изменившихся обстоятельств⁹¹.

Как видим, А.П. Сергеев, будучи цивилистом классической школы, сжато и убедительно показал существенную специфику (пусть и не в полном «боекомплекте» особенных черт) семейно-правовых сделок, в т.ч. двусторонних.

В этот «боекомплект» из ранее отмеченных особенностей семейных правоотношений необходимо включить еще несколько характеристик. Во-первых, цель семейно-правовых договоров – не только результат однородного (или «близкородного») целеполагания его участников, но и сущностно, как правило, не имеют аналогов в гражданском праве: создание супружеской (семейной) общности, совоспитание добропорядочного члена общества, вынашивание и рождение ребенка, поддержка нуждающегося члена семьи, справедливый раздел имущества, построение разумного, обеспечивающего интересы семьи имущественного режима в браке,⁹² и т.д.

Во-вторых, к участию в семейно-правовых договорах «прилагаются» жених и невеста, супруги, родители, дети, близкие родственники, попечитель.

В-третьих, возмездность в отношениях является скорее эпизодом, нежели правилом.

В-четвертых, за спиной участников (родителей, попечителей) договоров присутствует «ангел» в лице ребенка, имеющего право на мнение в семейных вопросах, с 10 лет дающий согласие на совершение ряда семейно-правовых актов (ст. 57 СК РФ), а с 14 лет могущий самостоятельно защищать свои интересы, в т.ч. против родителей.

В-пятых, на судьбу семейно-правового договора могут повлиять, в абсолютный противовес его гражданско-правовым

⁹¹ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 387–388.

⁹² Как мы неоднократно отмечали ранее, если действующие варианты брачного договора это не обеспечивают, это не означает правоты законодателя, принявшего решение вразрез с началами семейного закона (ст. 1 СК РФ).

«собратьям», этические характеристики личности: договор о приемном родительстве или опеке не заключается или расторгается в последующем, если попечитель – отрицательный персонаж с нравственной точки зрения; по этой же причине суд не должен утвердить мировое соглашение о месте проживания ребенка (ст. 24 СК РФ) и другие подобные соглашения. При этом, в-шестых, и участники, и суд должны руководствоваться такими ситуационными критериями, как «интересы ребенка», «интересы одного из супругов».

Таким образом, «есть ли жизнь на Марсе, нет ли жизни на Марсе», голосует ли большинство за автономность семейно-правовых договоров внутри гражданско-правового пространства или за относительную их суверенность, сумма перечисленных специфик дает качественный «скачок» личности исследуемого явления.

Не претендуя, тем не менее, на окончательное решение вопроса, остановимся на характеристике семейно-правового договора подробнее, выстроим некоторые предположения о семейно-правовой или двойственной сущности рассматриваемых явлений.

4.2. О договорах в семейно-правовой сфере

4.2.1.⁹³ Фактические союзы («квазибрачные партнерства»)

В основе фактического брака и квазибрачных партнерств, как и в основе рассмотренного нами «законного» брака, лежит договор. В зависимости от юридического признания таковых союзов этот договор является либо правовым, либо только фактическим.

Фактический брак как особая разновидность фактического договора о создании семьи, как мы уже отмечали в очерке втором⁹⁴, требует, по меньшей мере, частичного признания семейным законом. Соответственно факт фактического брака с этого

⁹³ Логика исследования предполагает начинать данную главу с темы «брак – договор», однако она рассмотрена в очерке втором, где та же логика предписала ей непременно быть.

⁹⁴ Там же см. подробно о сущности и исторических формах фактического брака.

момента может устанавливаться в особом производстве гражданского процесса. Фактическим супругам следует предоставить право заключать договор о совместной семейно-хозяйственной деятельности (по типу брачного договора) и соглашения о предоставлении материального содержания нуждающейся стороне (в случае прекращения союза). Не исключается также предоставление фактическим супругам права быть субъектами правоотношений «технологического-репродуктивного» характера – вплоть до заключения договора о суррогатном материнстве⁹⁵.

В последнее время некоторыми российскими цивилистами актуализируется проблема **однополых союзов** (партнерств). При этом подходы к ее решению разнятся до противоположности.

Как мы уже отмечали, О.Ю. Косова полагает, что из социологического понятия семьи вполне определенно выводится заключение о невозможности союзов лиц одного пола, хотя автор и не отрицает, что в различном историческом времени, социальном и правовом пространствах такие состояния существовали и существуют сейчас⁹⁶.

Н.А. Алексеев считает, что дискриминация сексуальных меньшинств в семейных отношениях существует, однако носит не прямой, а косвенный характер и является следствием не наличия, а отсутствия правового регулирования. В силу того что отношения между однополыми партнерами российским семейным законодательством не признаются, в совместной жизни подобных пар возникает немало проблем, являющихся юридическим следствием такого непризнания (защита имущественных прав и интересов, невозможность усыновления, приема детей на воспитание в иных законных формах и т.д.⁹⁷).

Однополые союзы, как известно, стали очевидным и общественно признаваемым явлением в 80 – 90-е гг. XX в. Впервые институт зарегистрированного однополого партнерства появился

⁹⁵ Подробнее об этом – в соответствующем параграфе.

⁹⁶ См.: Косова О.Ю. О предмете семейного права. С. 78.

⁹⁷ См.: Алексеев Н.А. Правовое регулирование положения сексуальных меньшинств. М., 2002. С. 214–221.

в 1989 г. в Дании, затем в 1993 г. – в Норвегии, 1994 г. – Швеции, 1997 г. – Нидерландах, 1999 г. – Исландии, 2001 г. – Финляндии. В 2001 г. в Германии был принят закон «О прекращении дискриминации однополых союзов: пожизненных партнерствах». В настоящее время, констатирует С.В. Сивохина, свыше двух десятков государств приняли законы о партнерствах (дополнительно к перечисленным – Франция, Бельгия, Канада, Австрия, Израиль, Швейцария, Великобритания и др.). В ряде государств он легализован на региональных уровнях – в Испании (Каталония и др.), Италии (Тоскания и др.), Австрии, Бразилии, США (Гавайи, Калифорния, Вермонт, Дакота, Нью-Йорк, Мэн и др.⁹⁸).

В конце XX в. наметились две тенденции в развитии этого блока семейного законодательства. В большинстве стран законодательные органы исходили и исходят из того, что брак не может быть заключен между лицами одного пола, поскольку тому препятствуют национальные и религиозные традиции и/или соответствующие конституции. При этом не разрешаются и иные формы союзов – партнерства. В странах, где однополые союзы разрешены, брак, как правило, остается союзом мужчины и женщины, хотя в ряде из них правовые последствия однополых партнерств, особенно в имущественном плане, существенно приближены к брачному союзу⁹⁹.

Особое место занимают Нидерланды, где на уровне законодательства в корне изменено представление о браке как семейном союзе только мужчины и женщины: в соответствии с нормой ч. 1 ст. 30 ГК «брак может быть заключен между двумя лицами разного или одного пола»¹⁰⁰.

Законодательным экспериментом Франции стала социально-экономическая модель зарегистрированного партнерства – на основе закона 1999 г. «О гражданском пакте солидарности» (с последующим внесением в ГК Франции положений о самостоятельном гражданско-правовом договоре), поддержанного почти половиной населения страны (притом что 13 тыс. мэров

⁹⁸ См.: Сивохина С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции. С. 118–119.

⁹⁹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 2. С. 521–522.

¹⁰⁰ Там же. С. 525.

городов и президент республики Ж. Ширак выступили против любых имитаций брака¹⁰¹).

Участники договора о партнерстве должны отвечать определенным требованиям: возраст, дееспособность, несостояние в браке или другом партнерстве. Именно это позволяет ряду исследователей признавать его косвенную семейно-правовую природу, хотя формально-юридически он таковым не является¹⁰². В отличие от брака, заключение которого требует регистрации в мэрии, партнерство регистрируется в суде. Расторжение осуществляется как на основе взаимного согласия, так и при наличии спора также в суде. К правовым последствиям относятся: возникновение совместной собственности (если иное не предусмотрено договором), право на социальное обеспечение по семейному типу, право требовать совместного отпуска (при работе в одной компании), перевода в область проживания партнера (для лиц, работающих в государственной администрации), право на долгосрочную визу для партнера-иностранца (с последующим получением вида на жительство), на налоговые льготы (после трех лет сожительства). Не возникает, однако, аналогий с браком в области наследования и налогообложения¹⁰³.

По мнению Н.А. Алексеева, французская модель служит образцом для стран, не готовых сразу перейти к институту зарегистрированного партнерства для однополых пар и признать их семейный статус, ибо пакт не наносит ущерба традициям брака и не разрушает материю семейного права. Автор предлагает инкорпорировать в российское законодательство правовую конструкцию партнерства, альтернативную браку, – предпочтительно не семейно-правовой, а гражданско-правовой принадлежности. Этот вариант, с его точки зрения, вызовет меньше споров и возражений. Н.А. Алексеев считает необходимым ввести в ГК РФ договор социально-экономического партнерства – это даст возможность однополым парам получить некоторые экономические преимущества и официальное признание отно-

¹⁰¹ См.: Сивохина С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции. С. 119–120.

¹⁰² См.: Алексеев Н.А. Гей-брак: Семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве. М., 2002. С. 107.

¹⁰³ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 122–126.

шений. Договор должен заключаться в письменной форме и подлежать нотариальному удостоверению. На втором этапе либерализации законодательства автор предполагает корректировку разнополой сущности брака¹⁰⁴.

С.В. Сивохина полагает, что законодательный эксперимент, захлестнувший многие страны Европы, «в условиях патриархальной России представляется несвоевременным и даже кощунственным, если учесть низкий уровень правовой культуры населения, господство правового нигилизма, ... высокую степень распространенности гомофобии, игнорирование государством проблемы внебрачных сожительств, а также если учесть скромную, едва заметную политику государства в социальной сфере». Особенно беспокоит автора возможное разрешение воспитания и усыновления детей однополыми парами¹⁰⁵.

Так или иначе какие-то эксперименты в этой области нас, безусловно, не минуют. Лидеры России постоянно подчеркивают европейские статус и традиции нашей страны, а «европейский канон», которого Россия пытается придерживаться, в гендерном плане, как видим, много либеральнее нашей правовой доктрины. Ввиду светского характера государства категорическое осуждение однополых союзов православную церковь также не может быть принято за основу указанной доктрины. В вопросах же венчания и проповеди любви в классическом браке церковь соответственно также самостоятельна.

Этапность продвижения к юридическому признанию партнерств, предложенная Н.А. Алексеевым, на наш взгляд, не может быть принята: с одной стороны, вряд ли их природа является гражданско-правовой (это явный лично-правовой союз с семейными элементами), с другой стороны, не следует ставить перед законодателем и перспективную цель приближения таких партнерств к браку, а тем более – отождествления с ним. (Данные союзы с биологической точки зрения не относятся к нормам человеческой природы.) Допущение для участников партнерства приемного родительства, усыновления и иных прав в области попечения над детьми также представляется неприемлемым, так как образцы жизнедеятельности партнеров будут оказывать очевидное влияние

¹⁰⁴ См.: Алексеев Н.А. Указ. соч. С. 373–376.

¹⁰⁵ Сивохина С.В. Указ. соч. С. 129.

на воспитуемого ребенка, в котором в большинстве случаев изначально заложены обычные природные потребности.

В любом случае, прежде, чем менять правовую доктрину в указанном направлении (если это вообще состоится)¹⁰⁶, следует либерализовать отношение последней к фактическому браку, основанному на классическом семейном союзе мужчины и женщины.

4.2.2. О брачном договоре

Термин «брачный договор» является условным. Во-первых, исторически он совпадал с договором о заключении брака. Так, у древних славян два из трех способов такового заключения (похищение, покупка, приведение) являлись сделками: 1) передача купленной невесты сопровождалась «запродажной сделкой»; 2) «приведение» невесты – приданым¹⁰⁷. Приданое, как известно, сохранило свое значение в России, пусть и не всегда в качестве обязательного элемента (союз с «бесприданницей»), вплоть до начала XX в. Одна из причин «теремного» быта девиц, отмечает Н.Л. Пушкарева, коренится в том, что к середине XVI в. знатные девицы-московитки превратились в род весьма дорогого «товара», которым торговали родители, заключая династические союзы¹⁰⁸. Роль предварительного договора играли соглашения о помолвке, которые, например, в XII в. включали условие о неустойке, если свадьба расстроится по вине ветренника-мужчины. С XVI в. появилась и формула о штрафе с родственников несогласной на брак невесты. Близкие родственники, разумеется, старались не допустить таких инцидентов. Однако были и дошедшие до нас исключения: богатая бабушка Марфа (начало 1560-х гг.), любя внучку Авдотью, продала два села, чтобы выплатить штраф жениху, за которого, влюбившись в другого, внучка отказалась идти замуж¹⁰⁹. В крестьянской среде акт заключения брака рядом цивилистов квали-

¹⁰⁶ Впрочем, как мы уже отмечали, культурологические традиции России (включая религиозные), вряд ли ставят для этого предпосылки.

¹⁰⁷ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 404–406.

¹⁰⁸ См.: Пушкарева Н.Л. Частная жизнь русской женщины: невеста, жена, любовница (X – начало XIX в.). М., 1997. С. 45.

¹⁰⁹ Пушкарева Н.Л. Частная жизнь русской женщины. С. 14–15.

фицировался как обычная имущественная сделка – договор типа купли-продажи (Н.Г. Оршанский, К. Кавелин, А. Ефименко). Однако с этим соглашались далеко не все (С.В. Пахман, Д.И. Мейер и др.¹¹⁰). В допетровскую эпоху «брачным договором» нередко определялось время заключения брака, приданое невесты или выводные деньги со стороны жениха, оговаривались свадебные расходы, подарки, залоги, задатки и т.д.¹¹¹

Л.Б. Максимович полагает, что в исконном значении понятие «брачный договор» тождественно понятию «брак»¹¹². С точки зрения «первообразов» брака, в том числе у древних славян¹¹³, это действительно так. Однако в христианскую эпоху произошло принципиальное разделение между сговором о браке и брачном таинстве. Именно в этой связи цивилисты XIX в. отмечали, что нередко происходило и происходит отождествление соглашения о заключении брака (в этом смысле – брачного договора, или договора о браке) с собственно браком, что не соответствует сущности последнего как пожизненного супружеского союза¹¹⁴.

Поскольку брак нами рассматривается как разновидность семейно-правового договора о создании супружеской семейной общности, постольку выстраивается цепочка: соглашение о заключении брака, брак как договорное правоотношение и брачный договор как необязательное, но допустимое семейным законом соглашение об имущественных правоотношениях супругов, строящихся на основах, отличных от законного режима.

В контексте действующего семейного законодательства, российского и большинства других стран, с этим (кроме кон-

¹¹⁰ Подробнее об этом см. в параграфе о браке.

¹¹¹ См., например: Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. М., 2003. С. 14.

¹¹² Там же. С. 15.

¹¹³ См. первый параграф данного очерка.

¹¹⁴ Подробнее об этом также см. в параграфе о браке.

Социологи отмечают, что противоречие между языческой традицией и христианским подходом к сущности брака сформировало в общественном сознании внутренний конфликт: брак воспринимался и как таинство, и как договор – отсюда и его бинарное восприятие в современном сознании как «брака по любви» и «брака по расчету». (См.: Варламова С.Н., Носкова А.В., Седова Н.Н. Брачный договор в России ... С. 51.)

статации «брак – семейно-правовой договор») соглашается и Л.Б. Максимович¹¹⁵.

Российская версия сферы применения брачного договора весьма ограничительна. В соответствии с нормой ст. 40 СК РФ последний является соглашением лиц, вступающих в брак, или супругов только об их имущественных правах и обязанностях в браке и (или) в случае его расторжения, т.е. в правоотношениях собственности и алиментном. При этом, как верно отмечает Ю.В. Байгушева, если данный договор направлен на преобразование статуса супружеского имущества из общей совместной в общую долевую или единоличную собственность, он является распорядительной сделкой¹¹⁶, если направлен на установление обязательства – сделкой обязательственной; поскольку же обычно воля супругов направляется одновременно и на изменение принадлежащих им прав, и на возникновение у них новых прав и обязанностей, чаще всего под брачным договором имеют в виду оформленную одним документом сумму договоренностей (сделок) – распорядительных и обязательственных¹¹⁷.

Между тем в ряде стран содержательный объем данного договора существенно больше. Так, его англо-американская модель допускает урегулирование не только имущественных отношений, но и отношений, связанных с воспитанием и содержанием детей¹¹⁸. Норма ст. 13 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье, в целях «укрепления брака и семьи, повышения культуры семейных отношений, осознания прав и обязанностей супругов, ответственности за детей и друг за друга», также предполагает в брачном договоре регулирование не только имущественных, но и личных отношений: формы, методы и средства воспитания детей, место их проживания, алиментирование, порядок общения с детьми отдельно проживающего ро-

¹¹⁵ Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 16.

¹¹⁶ Она подчиняется принципу специальности: каждое распоряжение должно распространяться на одно субъективное право. См.: Крашенинников Е.А. Распорядительные сделки // Сб. статей памяти М.М. Агаркова. Ярославль, 2007. С. 27.

¹¹⁷ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 444–445.

¹¹⁸ См., например: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 536; Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. М., 2005. С. 89.

дителя, а также другие вопросы содержания и воспитания детей в случае расторжения брака. Более того, устанавливается, что в данном договоре «могут быть урегулированы и другие вопросы взаимоотношений между супругами, если это не противоречит законодательству о браке и семье»¹¹⁹.

Л.Б. Максимович отмечает, что российский законодатель предпочел не англо-американскую, а континентальную модель (Франции, Германии, Италии и др.), – это «позволило решить вопрос взвешенно и осторожно, о чем свидетельствует намеренное сужение рамок брачного договора путем ограничения его содержания законом». Ограничение инициативы супругов имущественным аспектом, продолжает автор, произведено не только потому, что личные права и обязанности не могут быть принудительно осуществлены, но и из-за опасения многочисленных нарушений прав и законных интересов граждан¹²⁰. П.В. Крашенинников сразу по следам принятия СК РФ констатировал, что кодекс «к счастью, нельзя назвать революционным документом»: «учитывая сложность и деликатность семейных отношений, законодатель достаточно осторожно отнесся к построению новых правовых конструкций»¹²¹.

Вероятно, американский и белорусский законодатели (коих, кстати, никак не заподозришь в нормативном «сговоре»), «к несчастью», не были осторожны...

Между тем, во-первых, не всякие личные права и обязанности исключают принудительное осуществление (например, вопрос о месте проживания ребенка может быть обеспечен данной технологией), во-вторых, не всякие из них, если исходить не из традиций гражданского права, а из начал семейного закона, должны отвечать этому признаку. Часть положений закона вполне могут быть ориентированы на позитивную ответственность супругов и

¹¹⁹ Например, С.В. Поленина, с позиции общей теории права и представлений о разумном расширении возможности частноправовых начал, также совершенно не исключает договоренности супругов о воспитании детей и уходе за ними – в рамках брачного договора. См.: Поленина С.В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. 1999. № 9. С. 10.

¹²⁰ См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 81.

¹²¹ См.: Крашенинников П.В. Вступительная статья // Семейный кодекс Российской Федерации с постатейными материалами. М., 1996. С. 5.

регулятивные (нормально развивающиеся) отношения в семье. Кроме того, различного рода соглашения о детях супругами могут заключаться¹²². Почему же им категорически нет места в брачном договоре?..

И наконец, мы как раз и не наблюдаем «взвешенной» позиции законодателя, так как все ограничители свободы брачного договора, которые предусмотрены семейным законом (п.3 ст. 42 СК РФ), либо относятся к классике цивилистики (обеспечение равноправия, запрет ограничения правоспособности и т.д.), либо предельно размыты, требуют оценочной и конкретизирующей деятельности, которую супруги осуществлять, по общему правилу, не могут, будучи не профессионалами, а нотариусы – не должны по существу своего статуса.

При этом супруги, выбирая технологию брачного договора, в противовес законному режиму, вольны довести ситуацию до противостояния его содержания методологии бездоговорного («законного») регулирования, установив принцип раздельности имущества (что сделать вправе – п. 1 ст. 42 СК РФ) и проигнорировав положения о способах участия в доходах друг друга и порядке несения каждым из них семейных расходов (что также сделать вправе – в соответствии с буквальным толкованием правила ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ)¹²³.

«В принципе режим раздельности, – отмечает М.В. Антокольская, – можно назвать наиболее справедливым для современной семьи¹²⁴, в которой оба супруга в более или менее

¹²² О соглашениях подобного рода см. соответствующий параграф. См. также: Князева Е.В. Диспозитивность в семейном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

¹²³ В этой связи заслуживают внимания предложения по уточнению содержания брачного договора. Так, например, С.С. Дороженко полагает необходимым дополнить п. 1 ст. 42 СК РФ формулировкой о семейных расходах: «Семейными расходами признаются расходы, направленные на поддержание необходимого уровня жизни семьи в целом и каждого из ее членов, включающие в себя затраты на пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, приобретение жилья для совместного проживания, оплату обучения детей и иные расходы». См.: Дороженко С.С. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 11.

¹²⁴ В социологии отмечается, что брачный договор был введен в российское законодательство, во-первых, как реакция на очередной

равной степени делят домашние обязанности и оба имеют самостоятельные доходы». Такой режим, продолжает автор, является предпочтительным и для семей, где жена имеет более высокий доход по сравнению с мужем и при этом несет на себе «львиную долю» обязанностей по ведению домашнего хозяйства, заботе о детях и их воспитании. И главное: М.В. Антокольская полагает, что при режиме раздельности «необходимо определить, в какой мере каждый из супругов будет выделять средства на ведение общего хозяйства, оплату общего жилища и другие общие расходы»¹²⁵. Такая трактовка, верная по сути, является императивной – в то время как соответствующие правила ст. 42 СК РФ имеют диспозитивный характер. Разумеется, можно применить ссылку на общие начала семейного законодательства: «семейные отношения должны строиться на основе взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов» (ч. 2 п. 1 ст. 1 СК РФ); супруги обязаны «содействовать благополучию и укреплению семьи, заботиться о благосостоянии и развитии своих детей» (п. 3 ст. 31 СК РФ). Но это, как мы уже отмечали, оценочные характеристики, поэтому, кроме опоры на них, необходимо императивным образом сформулировать указанные требования в норме ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ.

Правила ст. 42 СК РФ не содержат и никаких ограничителей свободы договора в целях обеспечения интересов общих несовершеннолетних детей как членов данной «супружеской семьи». Между тем положения законного режима (п. 5 ст. 38, п. 2 ст. 39 СК РФ) являются в этом смысле достижениями российского законодательства, воплощением его социального, гуманитарного начала. То же касается и защиты интересов социально слабой стороны (супруга), на проблемы которой М.В. Антокольской и другими авторами вообще не делается

рост разводов и общую дестабилизацию института брака в 90-е гг. XX в. (в качестве своеобразного механизма «демпфирования психологического состояния страха за свое имущество в результате развода»), во-вторых, как отражение рыночных элементов во всех сферах социальных отношений, в-третьих, в связи с распространением западных образцов и стандартов поведения (хотя и без копирования западной системы брачного договора). (См.: Варламова С.Н., Носкова А.В., Седова Н.Н. Указ. соч. С. 54.)

¹²⁵ См.: Антокольская М.В. Семейное право. С. 170.

акцента. Полагаем, что и в этой связи нормы о брачном договоре должны быть скорректированы – в соответствии с началами семейного законодательства, то есть прежде всего предусмотрены обязанности субъектов договора по формированию семейного бюджета и охранно-защитная компонента в части социально значимых имущественных интересов самих супругов и их общих несовершеннолетних детей. Мы солидарны с мнением Л.Ю. Михеевой о необходимости сохранения в том или ином, пусть и ограниченном, виде конструкции общей совместной собственности и более взвешенном сближении в этом вопросе имущественных институтов семейного законодательства с соответствующими институтами законодательства гражданского¹²⁶.

Как в действующем варианте, так и в вариантах *de lege ferenda* (расширение социальных ограничений диспозитивности, содержания – за счет некоторых личных прав и обязанностей), брачный договор является комплексным, смешанным, а его природа (особенно в усовершенствованных случаях) – семейно-правовой или, по меньшей мере, двойственной.

По этому поводу полного единства мнений среди цивилистов нет, причем большинство с данным утверждением не согласны. Так, А.А. Иванов утверждает: брачный договор – обычная гражданско-правовая сделка и потому подчиняется правилам о сделках, обязательствах и договорах¹²⁷. Б.М. Гонгалов и П.В. Крашенинников также полагают, что исследуемое явление не относится к уникальным, оно – одно из многих в ряду гражданско-правовых договоров: 1) сама возможность его заключения предусматривается в ГК РФ; 2) изменение и расторжение производятся по основаниям и в порядке, установленным гражданским законом (п. 2 ст. 43 СК РФ)¹²⁸. М.В. Антокольская

¹²⁶ См.: Михеева Л.Ю. К вопросу о совершенствовании норм семейного законодательства, регулирующих отношения супругов по поводу имущества // Труды института государства и права РАН. 2008, № 2. С. 178.

¹²⁷ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. С. 310.

¹²⁸ См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. П.В. Крашенинникова и П.И. Седугина. М., 1997.

столь же категорична в решении этого вопроса: во-первых, в общем виде брачный договор урегулирован нормами ГК РФ; во-вторых, невозможно объяснить, почему в отношении общего имущества супругов должны действовать особые семейные соглашения, а в отношении раздельного – обычные гражданские договоры¹²⁹. Да и само название свидетельствует об этом же¹³⁰. На гражданско-правовую природу брачного договора указывают также М.И. Брагинский, В.В. Витрянский¹³¹, Е.А. Чевранова¹³² и другие¹³³.

Л.М. Пчелинцева¹³⁴, Л.Б. Максимович подчеркивают его **сложную правовую природу**. Так, последняя пишет: «Брачный договор обладает столь яркой и очевидной спецификой, что никак не может быть отнесен к обычным гражданско-правовым сделкам или договорам». «Супружеская общность, – продолжает автор, – не только экономическая, но бытовая, психологическая, эмоциональная, физическая обусловлена самим браком. Именно это оказывает существенное влияние на супружеские имущественные отношения. ...Вместе с тем брачный договор предназначен для регулирования именно имущественных отношений между супругами. И с этой точки зрения он, несомненно, является инструментом гражданского права...»¹³⁵.

С. 89; Семейное право / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2007. С. 103–104; Гонгало Б.М., Крашенинников П.В. Брачный договор. М., 2006. С. 12.

¹²⁹ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 167.

¹³⁰ См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. М., 1995. С. 118.

¹³¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М., 1997. С. 206.

¹³² См.: Чевранова Е.А. Имущественные отношения в российской семье. М., 1997. С. 53.

¹³³ См. также: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 444–445. (Автор параграфа – Ю.В. Байгушева).

¹³⁴ См.: Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 206.

¹³⁵ См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 24.

Исследуя специфику брачного договора по белорусскому семейному закону, Л.А. Лавникович также подчеркивает его преимущественно гражданско-правовой характер, несмотря на возможность регулирования им и личных семейных отношений». Распространяя на последние гражданско-правовые технологии, автор допускает применение

Во-первых, тождество терминов и схожесть определений, как мы уже отмечали ранее, отнюдь не всегда ведет к поглощению «вторичных аналогов» (договоров в международном, административном, трудовом праве и др.) первичным источником.

Во-вторых, регуляция в наиболее общем (совершенно неконкретном) виде исследуемых отношений¹³⁶ гражданским законом (п. 1, ч. 3 п. 2 ст. 256 ГК РФ) не с очевидностью свидетельствует об «узурпации» гражданско-правовой власти над брачным договором. Законы систематики, может быть, и требуют упоминания в ГК РФ тех или иных понятий и институтов, но, коль скоро их существенные характеристики находятся в других отраслевых образованиях, а частные цели соответствуют стратегическим целям последних, природа таких понятий, норм и отношений вполне может быть и не гражданско-правовой или, по крайней мере, как мы уже отмечали, смешанной (двойственной). Субсидиарное, по аналогии и прямое применение гражданского законодательства к брачному договору, пусть и более масштабное, нежели к другим явлениям семейно-правовой сферы, также не с очевидностью указывает на его исключительно гражданско-правовую природу: указанные технологии корректируются положениями ст. 4 и 5 СК РФ о соответствии их содержания специфике семейных отношений.

В-третьих, сначала законодатель (в том числе те же цивилисты как участники проектирования закона) создает модель, возможно ошибочную или, по крайней мере, отрицающую прежний опыт добрачного регулирования брачных отношений, неточную, неоптимальную, а затем предлагает самому себе (в лице цивилистов-проектантов) использовать ее в качестве базовой теоретической предпосылки.

Семейно-правовую природу отстаивают О.Н. Низамиева, И.В. Злобина, Л.А. Смолина и некоторые другие цивилисты¹³⁷.

в качестве санкций за неисполнение лично-правовых обязанностей штрафа (пени). (См.: Лавникович Л.А. Брачный договор: понятие и сущность. Минск, 2006. С. 59, 118.) Такое весьма своеобразное допущение как раз и проистекает из утверждения о гражданско-правовой природе брачного договора. Оно демонстрирует возможный вектор развития законодательства и правоприменительной практики.

¹³⁶ См.: Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 134.

¹³⁷ См.: Низамиева О.Н. Договорное регулирование имущественных отношений супругов: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Казань, 1999. С. 7–8; Злобина И.В. О юридической сущности брачного кон-

Основные аргументы (как и у автора данного параграфа¹³⁸) сводятся к специфике субъектного состава (лица, вступающие в брак; супруги), цели договора – регулирование имущественных отношений семейной общности, ориентации на общие начала семейного законодательства, кои, что предельно важно, принципиально отличаются от начал законодательства гражданского – в силу существенного отличия объектов регуляции¹³⁹. Среди особых оснований недействительности брачного договора, отмечает Л.А. Смолина, имеются и неизвестные ГК РФ, например: «условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение» (п. 2 ст. 44 СК РФ)¹⁴⁰.

Кроме того, как мы уже подчеркивали, российский эксперимент с брачным договором не во всем успешен, особенно в социально-гуманитарной области. Если дополнительные ограничители его свободы будут введены, а сфера применения расширена, **семейно-правовое начало** существенно усилится.

Не ставя перед собой цели подробного анализа вариантов содержания брачного договора и других его нормативных составляющих, остановимся лишь на наиболее дискуссионных аспектах.

Так, с точки зрения многих цивилистов, не вполне ясен его **субъектный состав**. Во-первых, нуждается в уточнении формула «лица, вступающие в брак». О.Ю. Косова предлагает ограничительное толкование нормы: формулировка ст. 40 СК дает основания считать, что при удостоверении брачного договора стороны должны представлять нотариусу доказательства своих действительных намерений вступить в брак, например, справку органа ЗАГС о подаче ими заявления о вступлении в брак¹⁴¹.

тракта: гражданско-правовая сделка или супружеский контракт // Закон и право. 2001. № 8. С. 42; Смолина Л.А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 14.

¹³⁸ См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 16.

¹³⁹ Подробно об этом см. параграф 2.1.

¹⁴⁰ См.: Там же.

¹⁴¹ См.: Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М., 2001. С. 90.

Полагаем, что ничто в тексте закона не указывает на такую формализацию поведения. Неточность термина, отмечает Л.Б. Максимович, обусловлена примененной конструкцией причастного оборота, обозначающего незаконченное действие; можно было бы избежать неточности при использовании формулы «лица, собирающиеся (или намеревающиеся) вступить в брак»¹⁴². Е.А. Чефранова предлагает сходный вариант: «лица, имеющие намерения вступить в брак»¹⁴³. Хотя помолвка и статус жениха и невесты, подчеркивает Л.Б. Максимович, не имеют по российскому семейному законодательству юридического значения, мужчина и женщина приобретают право заключить брачный договор именно с момента принятия совместного решения о вступлении в брак, а не с момента подачи соответствующего заявления в орган ЗАГС. К тому же факт подачи заявления не следует переоценивать: примерно 8% от числа лиц, подавших такие заявления, не являются впоследствии на регистрацию брака¹⁴⁴.

Нет единства мнений относительно условия о дееспособности субъектов брачного договора. Очевидно, что ими не могут быть недееспособные лица, признанные таковыми решением суда. В силу ярко выраженного личного (или личностного) характера брачного договора он не может быть заключен представителем-опекуном¹⁴⁵. (Здесь, кстати, дополнительным «нюансом» может стать конфликт интересов, если опекуном является второй супруг). Восполнение дееспособности, полагает М.В. Антокольская¹⁴⁶, возможно только в вопросах, не связанных с личностью подопечного. Представитель может и должен защищать его личные и имущественные интересы перед всеми третьими лицами и в суде, однако не может совершать акты, неразрывно связанные с личностью недееспособного душевнобольного лица (признавать внебрачное отцовство, заключать брачный договор и т.п.).

¹⁴² См.: Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. С. 33.

¹⁴³ См.: Чефранова Е.А. Указ. соч. С. 53.

¹⁴⁴ См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 34; Кузнецова И.М. Семейное право. М., 1991. С. 31.

¹⁴⁵ См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 48.

¹⁴⁶ См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. С. 84, 89.

Особо обсуждается вопрос об **ограниченно дееспособном** супруге. Так, А.П. Сергеев считает невозможным допустить его к участию в данном акте: «Во-первых, брачный договор является, хотя и особой, но гражданско-правовой сделкой, на которую распространяются общие правила ГК, и, во-вторых, данной сделкой могут быть ущемлены права ограниченно дееспособного лица, способности которого к самостоятельному участию в гражданском обороте существенно подорваны его пагубным пристрастием к спиртным напиткам или наркотическим средствам»¹⁴⁷.

М.В. Антокольская, напротив, полагает, что, поскольку семейное законодательство прямо не устанавливает подобного запрета, а сам брачный договор направлен на укрепление семьи, его могут заключить и ограниченно дееспособные лица¹⁴⁸.

Однако, во-первых, направленность брака на укрепление семьи – вещь далеко не очевидная в конкретной ситуации. Во-вторых, автор, относя данный акт к гражданско-правовым сделкам, апеллирует в решении данного вопроса исключительно к семейному закону, что не вполне последовательно (с учетом гражданско-правовой направленности ее позиции). В-третьих, М.В. Антокольской не рассматривается возможность того, что попечителем, который должен давать согласие на совершение ограниченно дееспособным всех сделок, кроме мелких бытовых, скорее всего окажется второй супруг – и «круг замкнется». Конфликт интересов может быть, конечно, преодолен – контролем органа опеки и попечительства, но это, на наш взгляд, недопустимая степень вмешательства в личную жизнь супругов без обоснованной необходимости¹⁴⁹. Если добросовестный супруг, кроме той защиты интересов семьи, которая дается ограничением дееспособности недобросовестного супруга, пожелает

¹⁴⁷ См.: Гражданское право. Ч. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 248.

¹⁴⁸ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1996. С. 91.

¹⁴⁹ Впрочем, законодательством, например Германии, ограниченно дееспособный вправе заключить договор через представителя. Если последним является попечитель, то потребуются согласие опекунского суда. См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 73.

обеспечить свои интересы в случае развода, он сможет это сделать, опираясь на нормы о законном режиме и правила об отступлении от равенства долей при разделе общесупружеского имущества (п. 2 ст. 39 СК РФ). Полагаем, что вполне убедительную позицию в этом вопросе занимают Б.М. Гонгало и П.В. Крашенинников: брачный договор, разумеется, не относится к числу мелких бытовых сделок, а возможность его заключения с согласия попечителя противоречит существу соответствующих отношений, то есть их личному характеру¹⁵⁰.

Нуждается в уточнении и право на заключение брачного договора **несовершеннолетними**. Так, А.М. Нечаева полагает, что прямая зависимость договора от факта существования брака (или намерения его оформить в установленном законом порядке) означает право заключить подобный договор и лицам добрачного возраста, а также тем, «кому в виде исключения с учетом особых обстоятельств разрешено вступить в брак и ранее»¹⁵¹.

М.В. Антокольская уточняет: поскольку способность к заключению брачного договора связана с брачной правоспособностью, лицо, не достигшее брачного возраста, не может совершить данную сделку без согласия родителей или попечителей до момента регистрации брака¹⁵². С ней солидарна и Л.Б. Максимович¹⁵³. (Ранее М.В. Антокольская утверждала, что несовершеннолетний вправе заключить брачный договор самостоятельно с момента вынесения решения о снижении брачного возраста¹⁵⁴.)

Данные позиции не вполне соответствуют российскому семейному и гражданскому законодательству. Во-первых, представительство в форме согласия родителей (М.В. Антокольская, Л.Б. Максимович) в рассматриваемом случае недопустимо ввиду личного характера правоотношений¹⁵⁵. Законодатель, впро-

¹⁵⁰ См.: Семейное право / Под ред. П.В. Крашенинникова. С. 106–107.

¹⁵¹ См.: Нечаева А.М. Семейное право. С. 135.

¹⁵² См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2002. С. 156.

¹⁵³ См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 51.

¹⁵⁴ См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. С. 119.

¹⁵⁵ Кстати, любопытно, что для снижения брачного возраста с целью последующего заключения брака (семейно-правового договора

чем, может допустить такое исключение в СК РФ – из соображений защиты интересов несовершеннолетних. Пока этого нет, действует, на наш взгляд, норма п. 4 ст. 182 ГК РФ.

Во-вторых, несовершеннолетние получают полную дееспособность после регистрации брака – тогда же и право на заключение брачного договора: с 16 лет по федеральной версии, от 14 до 15 лет – по различным версиям региональных законов¹⁵⁶.

Соответственно эмансипация несовершеннолетнего (ст. 27 ГК РФ) имеет положительное значение. При этом в брак последний вступить не может без специального юридического факта (разрешения органа местного самоуправления на снижение брачного возраста), а заключить с 16 лет брачный договор вправе¹⁵⁷, однако только с момента официального снижения брачного возраста¹⁵⁸.

Интерес представляет вопрос о **конфиденциальности** договора.

Поскольку он требует нотариального удостоверения, прежде всего подлежит обсуждению обязанность нотариуса сохранять тайну нотариального действия (кроме случаев выдачи соответствующих справок по требованию суда, прокуратуры, органов следствия – п. 4 ст. 5 Основ законодательства РФ о нотариате). Что касается обязанности нотариуса извещать о доходах по сделкам налоговый орган (а в брачном договоре как комплексном могут содержаться элементы дарения и другие

или даже гражданско-правового, с точки зрения М.В. Антокольской) согласия родителей не требуется – и это никем не оспаривается.

Апологетика гражданско-правовой природы брачного договора приводит некоторых авторов к категорическому утверждению: «Брачный договор будущих супругов, которые не достигли 18-летнего возраста, как правило, нуждается в предварительном или последующем согласии их родителей». (См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 455. (Автор параграфа – Ю.В. Байгушева.))

¹⁵⁶ На это справедливо указывает и Л.Б. Максимович. См.: Максимович Л.Б. Указ. соч.

¹⁵⁷ См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 52.

¹⁵⁸ Аналогичной точки зрения придерживаются Б.М. Гонгалов, П.В. Крашенинников. См.: Семейное право / Под ред. П.В. Крашенинникова. С. 106.

основания приобретения права собственности), то, как полагает Л.Б. Максимович, по рассматриваемому конкретному поводу указанная норма не может быть истолкована расширительно, необходимо прямое указание в норме ст. 16 Основ¹⁵⁹. Впрочем, переход права собственности на недвижимость требует госрегистрации, поэтому субъектом, информирующим налоговый орган, и станет в надлежащий момент орган госрегистрации сделок с недвижимостью.

Вместе с тем конфиденциальность не абсолютна: законом установлена обязанность супругов уведомлять своих кредиторов о заключении, изменении или расторжении ими брачного договора для защиты интересов последних. Не выполнивший эту обязанность супруг отвечает по своим обязательствам независимо от содержания указанной сделки (п. 1 ст. 46 СК РФ); соответственно кредитор вправе требовать изменения условий или расторжения договора между ним и супругом (п. 2 ст. 46 СК РФ, ст. 451 – 453 ГК РФ).

В этой связи, как справедливо отмечает Л.Б. Максимович, возможно возникновение ситуации, когда супруг, которому по какой-либо причине стали невыгодны условия брачного договора, при отсутствии согласия второго супруга на изменение или расторжение последнего и, не желая решать вопрос в судебном порядке, для достижения своей цели вступает в сговор с кредитором или с тем, кто будет исполнять эту роль. За этим последует требование лжекредитора к супругу-должнику исполнить обязательство, что приведет к нарушению прав другого супруга. Для обеспечения защиты интересов добросовестной стороны автор предлагает предусмотреть исключительно судебный способ решения вопроса о возможности наступления ответственности одного из супругов перед кредитором на основании ст. 46 СК РФ¹⁶⁰.

В зарубежном законодательстве, кроме того, предусматривается регистрация брачных договоров в специальном реестре, что позволяет заинтересованному лицу узнать, по крайней мере, о факте заключения брачного договора. Во Франции, например, о заключении брачного договора проставляется соответствующий штамп в паспорте при регистрации брака, в Италии дан-

¹⁵⁹ См.: Максимович Л.Б. Брачный договор. С. 60.

¹⁶⁰ См.: Там же. С. 61–62.

ный факт фиксируется в специальном реестре местных органов власти¹⁶¹.

Л.Б. Максимович предлагает последовать этому опыту: если договор заключен до регистрации брака, штамп об этом факте в паспорте брачующихся должен проставить работник органа ЗАГС, а если после – нотариус¹⁶². Думается, что целесообразнее, чтобы специальный реестр вел нотариус: паспорт подлежит обмену, замене; брачный договор может быть изменен, расторгнут – эти и другие подобные обстоятельства при технологии «штампования» не учитываются.

Неаксиоматичным является положение семейного закона **о времени заключения** брачного договора: до брака и в любой момент в период брака (п. 1 ст. 41 СК РФ). Это означает, что таковой договор супруги правомочны заключить «за час» до расторжения брака в органах ЗАГС или суде. (Более того, формально – даже накануне вступления в законную силу судебного решения о разводе, ибо только с этого момента по правилу п. 1 ст. 25 СК РФ брак считается прекратившимся.)

А.А. Иванов полагает, что существенным условием брачного договора является изменение хотя бы одного имущественного права или обязанности на будущее время – именно этот признак позволяет, с его точки зрения, разграничить данную сделку и соглашение о разделе общесупружеского имущества: брачный договор не может быть ретроспективным – он рассчитан на применение в будущем (как в браке, так и при его расторжении), второе же соглашение ретроспективно и обращено в прошлое¹⁶³.

Эта позиция не соответствует формуле закона, однако она свидетельствует о том, что временной аспект брачно-договорной регуляции нуждается в уточнении.

Во-первых, возможность заключения брачного договора перед разводом переворачивает «с ног на голову» смысл данного института, призванного прежде всего имущественно сопровождать брак.

¹⁶¹ См., например: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 535.

¹⁶² См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 64.

¹⁶³ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. С. 312.

Во-вторых, право совершения этой сделки внутри брака может действовать деконструктивно, разрушительно, латентно, исподволь навязываться одним супругом другому. Аргументы о том, что материальное положение супругов в браке может существенно измениться, в том числе в лучшую сторону (а брачный договор, как известно, обычно «удел» состоятельных людей как в России, так и за рубежом, что потребует замены законного режима на договорный, т.е. совместной общности имущества – на долевую или раздельную собственность), не представляются вполне убедительными. В соответствии с началами семейного (брачного) законодательства, как мы уже отмечали, супружеский союз является семейной общностью, обусловлен взаимной заботой друг о друге и о детях (если они есть), предполагает решение всех вопросов на основе уважения и согласия. Исключения, конечно, есть, да и высокий процент разводимости в основном их наличие подтверждает. Однако именно семейный закон, в силу специфики предмета правового регулирования, должен иметь позитивно-поощрительную направленность, а не абсолютизировать свободу автономных решений вопреки своим же началам.

В ряде стран брачный договор заключается до регистрации брака (Франция, Япония, США, Украина и др.). При этом в США и Японии – с правом при определенных условиях внести в него последующие изменения, а в Германии – и отменить его¹⁶⁴.

Как отмечает Л.Б. Максимович, обобщение соответствующей практики показывает, что заинтересованность в заключении брачного договора преобладает у будущих или молодых супругов (со стажем семейной жизни до полутора месяцев). Это, по ее мнению, обусловлено стремлением определить и согласовать позиции по наиболее существенным вопросам имущественного характера. Если же в ходе согласований станет очевидным, что взгляды жениха и невесты на совместную жизнь принципиально различны и попытки найти компромисс не достигают успеха, им имеет смысл еще раз обсудить решение о вступлении в супружеский союз. Это под-

¹⁶⁴ См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 89–90; Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. М., 1983. С. 192; Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 42–43.

тверждается также исследованиями психологов и анализом бракоразводной судебной практики¹⁶⁵.

Однако из этого автор не делает никаких выводов. Между тем опыт других стран и практика применения, пусть и небольшая, нашего законодательства должны поощрить законодателя к размышлению и по поводу временного периода заключения брачного договора. По крайней мере, очевидно, что в связке «заключение брачного договора перед разводом с содержанием, сводящимся исключительно к разделу совместного имущества», не все в порядке. В этом, по сути, А.А. Иванов прав. Таковую возможность следует исключить из редакции норм ст. 40 – 41 СК РФ, скорректировав ее по компромиссному варианту: по общему правилу, договор заключается до вступления в брак, в браке же может быть изменен, прекращен или заключен новый брачный договор¹⁶⁶, совершение которого не должно сводиться лишь к соглашению о разделе имущества при расторжении брака. Соответственно придется и уточнить правомочия на заключение брачного договора несовершеннолетних субъектов – в рамках возможностей и ограничений, описанных нами ранее.

4.2.3. Об иных договорах между супругами по поводу собственности

Право супругов заключать между собой любые договоры, как правило, не подвергалось сомнению в тех правовых системах, где был принят принцип раздельности имущества супру-

¹⁶⁵ См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 43–44.

¹⁶⁶ Мы не согласны с толкованием Л.Ю. Михеевой положений ст. 40 СК РФ в части возможности заключения последовательно нескольких брачных договоров. «Существуют прецеденты, – пишет автор, – заключения одними и теми же супругами соглашений, касающихся разных предметов. Эти соглашения отвечают признакам брачных договоров, и нотариусы не отказывают в их удостоверении». (См.: Михеева Л.И. Указ. соч. С. 176.)

Во-первых, такие отношения могут рассматриваться как дополнения (изменения) брачного договора. Во-вторых, нотариусы не отказывают в их удостоверении как самостоятельных разновидностей соглашений между супругами – при условии их законности, то есть отнюдь не обязательно в связи с квалификацией их как новых брачных договоров.

гов. Так, в Древнем Риме между мужем и женой могли существовать имущественные отношения как между всякими частными лицами – субъектами гражданского оборота, кроме дарения: данный акт воспрещался между ними для того, чтобы любовь одного супруга к другому не могла явиться причиной имущественных вымогательств со стороны этого последнего¹⁶⁷.

Вывод о характере имущественных отношений между супругами в древнейший период русской истории, весьма бедной памятниками семейного права, отмечает Г.Ф. Шершеневич, может быть сделан только на основании общих памятников литературы, однако при этом очевидно, что в эпоху господства физической силы и полного подчинения жены мужу ни о какой имущественной самостоятельности женщины не могло быть и речи. Позднее появились некоторые элементы независимости, которые, впрочем, под татарским влиянием были в значительной степени утрачены. Много способствовал освобождению русской женщины Петр I. Некоторое значение в становлении института раздельной собственности и права совершения сделок между супругами, а также супруги с третьими лицами придают влиянию русских императриц, «которые приняли к сердцу положение женщины»¹⁶⁸. Так, в 1753 г. сенат по делу Головиной нашел, что жена может продать свое имение без согласия мужа, а в 1763 г. сенат признал недействительным договор между супругами ввиду личной зависимости жены от мужа¹⁶⁹.

К традиционным особенностям статуса женщины в русской семье, отмечает Н.Л. Пушкарева, относятся в первую очередь ее сравнительно широкие имущественные права на владение движимым и недвижимым имуществом, наследование родовых вотчин при наличии наследников по мужской линии (что не прослеживается в Европе), опекуновство над имуществом детей (особенно при вдовстве), право на владение приданым, право женщин привилегированного класса на фиксированную часть наследства¹⁷⁰.

¹⁶⁷ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 184.

¹⁶⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 614.

¹⁶⁹ Там же.

¹⁷⁰ См.: Пушкарева Н.Л. Женщина в российской семье: традиции и современность // Семья, гендер, культура: Материалы международ-

И.А. Покровский, анализируя состояние европейского гражданского права конца XIX в., в том числе в семейно-правовой имущественной сфере, подчеркивал: «По счастливой исторической случайности наше русское право... в этом вопросе стоит в передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что "браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность" (ст. 109 ч. I т. X Свода Законов)... Когда и каким образом установили у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный и спорный; но важно, во всяком случае, то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше»¹⁷¹.

В то же время Д.И. Мейер отмечал, что противоположная идея – общность имущества супругов – признается германским началом, и «немецкие юристы чрезвычайно хвалятся им, считают его одной из самых светлых сторон германского юридического быта» – и это справедливо для нормальных отношений, но не вполне благоразумно, когда идея брака не осуществляется, когда муж не только не ограждает интересов жены, но предается кутежу, проматывая свое и женино состояние или, наоборот, жена берет перевес над мужем и, увлекаясь требованиями моды, разоряет его – при таких отношениях разъединение имущественных прав супругов «оказывается благодеянием со стороны законодательства»¹⁷².

В современном зарубежном законодательстве легальный режим супружеского имущества дифференцируется на три группы: режим общности (Франция, Швейцария, Италия, Нидерланды, ряд штатов США и др.), режим раздельности (Англия, большинство штатов США) и режим отложенной общности (Швеция, Норвегия, Дания, Исландия, Финляндия и др.)¹⁷³. Последний вариант предполагает раздельность имущества в браке, однако объединение его и раздел на основе принципа равенства при разводе. При этом законодатель во всех трех случа-

ных конференций 1994 и 1995 гг. / Под ред. В.А. Тишкова. М., 1997. С. 187–188.

¹⁷¹ Покровский И.А. Указ. соч. С. 188.

¹⁷² См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. С. 365–367.

¹⁷³ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 2. С. 537; Хазова О.А. Брак и развод в буржуазном семейном праве. Сравнительно-правовой анализ. М., 1988. С. 79.

ях вынужден отступить от своих традиционных решений и искать новые, оптимальные способы правового регулирования имущественных отношений в браке (особенно в конце XX в.). Это объясняется, как отмечает О.А. Хазова, социально-экономическими факторами и неудовлетворительным состоянием права в части имущественного статуса замужней женщины¹⁷⁴.

При всех вариантах легального режима (как, впрочем, и в ряде случаев – при использовании технологии брачного договора) те или иные значимые интересы оказываются недостаточно защищенными. Управление и распоряжение общим имуществом (иногда и раздельным) осуществляется по различным правилам и с некоторыми ограничениями. Так, ГК Франции устанавливает, что супруги вправе только по взаимному согласию совершать сделки по безвозмездному отчуждению общего имущества, а также по сдаче его внаем и залогу. Остальным общим имуществом каждый из супругов вправе самостоятельно управлять при условии персональной ответственности за допущенные ошибки. Своим соглашением супруги могут расширить или сузить установленный законом размер общей совместной собственности. Они могут также заключить соглашение об управлении общей собственностью или о ее разделе. Указанные соглашения составляются в письменной форме и требуют нотариального удостоверения¹⁷⁵. Германское гражданское уложение предусматривает право каждого супруга заключать сделки для удовлетворения потребностей семьи¹⁷⁶. Однако супруг может взять на себя обязательство по распоряжению своим имуществом в целом только с согласия другого супруга (предварительного или последующего). Отказ в согласии без уважительной причины может быть преодолен решением опекунского суда. ГК Италии устанавливает, что каждый из супругов вправе требовать возмещения расходов, понесенных им лично, на цели семьи¹⁷⁷. Совершение между супругами обычных гражданско-правовых сделок особым образом законом не регулируется.

¹⁷⁴ См.: Там же. С. 81.

¹⁷⁵ См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 94–95.

¹⁷⁶ См.: Гражданское и торговое право ... С. 540–541.

¹⁷⁷ См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 69, 81.

Советское и российское семейное законодательство регулировало и регулирует имущественные отношения супругов в разные периоды своей истории существенно различным образом. Так, Кодекс законов РСФСР об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г. закрепил принцип раздельности имущества с одновременным правом заключения любых «межсупружеских» договоров, не умаляющих, однако, статуса супругов. Кодекс законов о браке, семье и опеке 1926 г. ввел, напротив, режим общности имущества супругов, нажитого в браке (ст. 10). Г.М. Свердлов отмечал, что норма Кодекса 1918 г. о раздельном режиме «была направлена против неравноправия женщины, против буржуазных представлений, утверждавших главенство мужа в режиме имущественных отношений супругов», но вскоре выяснилось, что ... провозглашение только раздельности имущества нередко ущемляет интересы трудящейся женщины, несправедливо отстраняя ее от права на то имущество, которое нажито в браке¹⁷⁸. Д.И. Курский уточнил мотивацию данной новеллы: «Жена рабочего, хозяйка, ведет домашнее хозяйство, занимается воспитанием малолетних детей и этим участвует в общем хозяйстве, а при разводе ничего не получает потому, что муж-рабочий, разводясь с ней, берет все с собой»; потребность общности режима выявлена еще судебной практикой 1922 г. – по делам, где жена ограничивалась работой только по обслуживанию семьи, не принося доходов извне, но производя, однако, «полезную работу, вполне соответствующую работе мужа ...»¹⁷⁹.

Одновременно нормой ст. 12 Кодекса 1926 г. устанавливалось: «Супруги могут вступить между собой во все дозволенные законом имущественно-договорные отношения. Соглашения между супругами, направленные к умалению имущественных прав жены или мужа, недействительны и необязательны как для третьих лиц, так и для супругов, которым предоставляется в любой момент от исполнения их отказаться».

Ни в КоБС РСФСР 1969 г., ни в СК РФ 1996 г. подобная норма не отражена. В прибалтийском законодательстве со-

¹⁷⁸ См.: Свердлов Г.М. Советское семейное право. М., 1956. С. 75–76.

¹⁷⁹ См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 262, 270–271.

ветского периода данное правило присутствовало. Так, например, в норме ст. 28 КоБС Эстонской ССР устанавливалось: 1) супруги могут заключать между собой все дозволенные законом имущественные сделки, в том числе соглашения о полном или частичном разделе общего имущества, а также соглашения о порядке владения, пользования и распоряжения этим имуществом; 2) указанные сделки, направленные к уменьшению имущественных прав одного из супругов или противоречащие интересам детей, недействительны; 3) соглашения о разделе общесупружеского имущества подлежат обязательному нотариальному удостоверению, если такое имущество зарегистрировано в соответствующих органах на имя одного из супругов; по желанию супругов нотариальному удостоверению могут подлежать любые иные соглашения о разделе общей совместной собственности. В соответствии с комментарием Ж. Ананьевой учет интересов детей должен был осуществляться на основе трех значимых положений: 1) дети при жизни родителей не имеют права на их имущество; 2) родители обязаны предоставлять содержание несовершеннолетним детям, а также совершеннолетним, однако нуждающимся нетрудоспособным; 3) родители обязаны заботиться о детях, в том числе об их физическом развитии, обучении и подготовке к общественно полезной деятельности¹⁸⁰. Думается, что большая часть содержания указанных норм вполне могла бы использоваться при оптимизации современного российского семейного закона.

СК РФ 1996 г. содержит лишь указания на возможность применения норм гражданского права (ст. 5), об обязательствах супругов (гл. 9) и о праве заключать предусмотренные кодексом семейно-правовые договоры (брачный договор, соглашение об алиментах и т.д.).

Тем не менее по смыслу действующего семейного и гражданского законодательства супруги могут вступать в самые различные сделки. Нахождение в браке, отмечает А.А. Иванов, никак не влияет на их сделкоспособность, однако в связи с ним между супругами могут возникнуть обяза-

¹⁸⁰ См.: Кодекс Эстонской ССР о браке и семье. Комментированное издание. Таллин, 1974. С. 56–57. (Авторы комментариев – Ж. Ананьева и Э. Салуама.)

тельства особого рода – как договорные (из брачного договора, соглашения об алиментах), так и внедоговорные (многие алиментные обязательства, обязательства по возмещению вреда, причиненного одним из супругов)¹⁸¹.

Однако очевидно, что состояние в браке влияет не только на ассортимент сделок, но и на условия их действительности. В частности, одним из ярких правил подобного рода является презумпция согласия при распоряжении одним из супругов общим имуществом (п. 2 ст. 35 СК РФ).

Поскольку российское семейное законодательство сочетало (в меньшей степени) и сочетает в себе начала общности и раздельности, ответ на вопрос об ассортименте «межсупружеских» сделок должен зависеть, справедливо отмечает Е.А. Чефранова, от двух обстоятельств: 1) статуса имущества (личное или общее); 2) соответствия той или иной сделки по своей природе содержанию и цели, личному характеру супружеских отношений и основным началам семейного законодательства¹⁸². Так, полагает автор, хотя в законе нет запрета на заключение супругами рентных договоров, они, тем не менее, невозможны, ибо противоречат семейному закону, в частности, принципам ст. 1 и положениям п. 1 ст. 89 СК РФ о взаимопомощи в семье и обязанности материально поддерживать друг друга. Договор пожизненной ренты предполагает передачу рентополучателем своего имущества (как правило, недвижимого) в собственность плательщика ренты, который на этом основании обязуется выплачивать оговоренные суммы в течение его жизни. Договор пожизненного содержания с иждивением направлен, как известно, на обеспечение потребности в жилище, питании, одежде и уходе. Между тем супруг, утверждает Е.А. Чефранова, без всяких дополнительных условий обязан заботиться о другом супруге и материально поддерживать его. Хотя в последнее время участились случаи заключения «межсупружеских» рентных договоров, они не должны признаваться законными и соответственно

¹⁸¹ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. С. 293.

¹⁸² См.: Чефранова Е.А. Порядок и условия совершения сделок между супругами // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 119.

удостоверяться нотариусами, а регистратором сделок с недвижимостью – регистрировать их¹⁸³.

Данная в целом обоснованная позиция нуждается, на наш взгляд, в уточнении. Поскольку нормы ст. 596 – 605 ГК РФ не устанавливают таких специальных требований, которые закреплены в нормах ст. 89 – 90 СК РФ (в частности, о нетрудоспособности управомоченного супруга и т.п. юридических фактах), они обладают дополнительными защитными возможностями. Собственно регулятивное субъективное право на материальную поддержку (п. 1 ст. 89 СК РФ) независимо от нетрудоспособности не поддержано соответствующим охранительным правом и не обладает свойством принудительного исполнения. Договориться можно, но без гарантий. Поэтому целесообразно, если отрицать «межсупружеские» рентные договоры, расширить возможности соглашений об алиментировании – по типу первых. Тогда потребности в рентных договорах в браке или после расторжения брака не возникнет.

Супруги могут заключить **соглашение о порядке пользования** общим имуществом или личным имуществом каждого (одного) из супругов. Возможно доверительное управление общей собственностью, распоряжение ею на основе договора поручения, соглашение об объединении отдельных объектов добрачного имущества. Следует, однако, заметить, что регуляция их предлагается, по умолчанию, обычная гражданско-правовая. Между тем в зарубежном законодательстве, несмотря на формальное признание семейного права подотраслью права гражданского, довольно подробно отражены особенности подобного и иного сходного взаимодействия субъектов брачного правоотношения. Так, по законодательству Италии супруги могут договориться о создании имущественного семейного фонда и порядке управления им; в США (на уровне штатов), Чехии и других странах довольно подробно регламентируется управление общесупружеской собственностью, в том числе на основе соглашений; в Швейцарии супруги договариваются между собой об участии в семейном бюджете, компенсации одному из супругов, который обеспечивает ведение домашнего хозяйства, уход за детьми и/или помогает второму супругу в работе и

¹⁸³ Чефранова Е.А. Порядок и условия совершения сделок между супругами. С. 120–121.

т.д.¹⁸⁴ Полагаем, что российское семейное законодательство также должно развиваться в направлении более просторного и подробного регулирования имущественного взаимодействия субъектов брачного правоотношения.

Сделки между супругами по поводу совместной собственности невозможны, полагает Е.А. Чефранова, так как имущество в этом случае принадлежит всем участникам и никому в отдельности. Доля фиксируется только в результате раздела общесупружеского имущества¹⁸⁵ – тогда и можно ею распорядиться. Особенно ярко, отмечает автор, это проявляется при совершении сделок с недвижимостью: сначала следует определить доли путем раздела, зарегистрировать право каждого из супругов – и далее уже совершать любые сделки друг с другом, в том числе дарение¹⁸⁶. Однако при приобретении имущества, допускает Е.А. Чефранова, возможно заключение соглашений об установлении долевой собственности на данные новые объекты, хотя таковые сделки непосредственно и не предусмотрены семейным законом¹⁸⁷. Представляется, что расширение ассортимента соглашений (договоров) все же должно иметь лимиты, причем иного порядка, нежели в гражданско-правовом обороте, т.е. следует опираться на начала семейного законодательства. «Лакмусовой бумажкой» в этом вопросе должны быть, как мы уже отмечали, интересы семейной общности, кои отнюдь не предполагают любого разветвления событий, в том числе по вектору доминирования гражданско-правовых начал, даже и в имущественных отношениях. Гражданско-правовые сделки между супругами не должны подрывать основы законного имущественного режима, который был-таки избран супругами самостоятельно. Если они желают иных возможностей оперирования имуществом в браке, то могут заключить брачный договор – тот, по крайней мере, пусть и недостаточно, но отражает специфику семейных отношений.

¹⁸⁴ См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 78, 86–87, 93, 96.

¹⁸⁵ Автор упоминает и такой способ, как выдел доли, однако, полагаем, что в двусубъектном брачном правоотношении совместной собственности возможен только ее раздел.

¹⁸⁶ См.: Чефранова Е.А. Указ. соч. С. 120–121.

¹⁸⁷ Там же. С. 128–129.

Раздел общесупружеского имущества традиционно осуществляется несколькими способами: соглашением (устным или письменным, если среди объектов нет недвижимости, с возможным нотариальным удостоверением), мировой сделкой в бракоразводном (ст. 24 СК РФ) или отдельном судебном процессе либо решением суда по преобразовательному иску одного из супругов, а также бывшего супруга.

Соглашение о разделе имущества было известно и прежнему законодательству. Более того, ряд цивилистов, анализируя соответствующие возможности КоБС РСФСР, полагали, что при заключении договоров раздела общей совместной собственности и при оформлении свидетельств на долю в общем имуществе (после определения долей) супруги в принципе не связаны правилом о равенстве их долей, предусмотренном нормами ст. 21 КоБС РСФСР. Названное правило, утверждает Н.М. Ершова, было важным для суда, разбирающего спор, но не для супругов, в бесспорном порядке устанавливающих свои доли. В нотариальной практике встречались договоренности о равных долях на дом, автомобиль, паенакопления и т.п., но были и такие, которые строились не на «формальном» равенстве, а «реальном»: супруги соглашались между собой, что «зафиксированное в юридическом документе распределение общей совместной собственности наиболее справедливо и отражает фактическое соотношение вклада каждого из них в совместно нажитое имущество»¹⁸⁸.

На этот же момент указывал и В.А. Рясенцев: «Супруги не вправе изменить соглашением установленный законом режим общности их имущества. Однако сделки между супругами, имеющие целью установить конкретные права в пользу одного супруга за счет другого, сами по себе действительны. Так, будет законным соглашение между супругами об установлении неравных долей или дарении доли в праве на конкретное имущество, нажитое во время брака, например, соглашение, в силу которого муж будет иметь больше или меньше половины в праве на общий жилой дом, или о том, что вклад, внесенный в сберегательную кассу за счет общих средств, будет принадлежать супругу-вкладчику»¹⁸⁹.

¹⁸⁸ См.: Ершова Н.М. Вопросы семьи в гражданском праве. М., 1977. С. 82–83.

¹⁸⁹ См.: Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1971. С. 98–99.

На наш взгляд, это не вполне точное толкование смысла положений ст. 20 – 21 КоБС РСФСР. Поскольку требований госрегистрации сделок с недвижимостью не было установлено, они, конечно, могли осуществляться по указанной схеме. Однако соглашение о разделе имущества должно было подчиняться императивным правилам о равных долях, независимо от вклада, и отступления от них могут быть только при наличии значимых причин. Последние были аналогичны тем, что определены, хоть и неисчерпывающим образом, в норме п. 2 ст. 39 СК РФ. Поэтому фиксация большей доли супруга ввиду его большего вклада, возможность которой напрямую не исключается Н.М. Ершовой, противоречит сущности действовавшего семейного закона. Поскольку же нотариусы по природе своей деятельности не могут осуществлять функции по конкретизации правоотношений ситуационного типа (они лишь проверяют соответствие содержания акта формальным требованиям закона), постольку и раздел супружеского имущества не в равных долях официально мог быть осуществлен только судом – на основании оценки интересов несовершеннолетних детей или заслуживающих внимания интересов одного из супругов. Причем обратите внимание на формулу: «... в отдельных случаях ...» (п. 1 ст. 21 КоБС РСФСР).

Действующий семейный закон в этом смысле вполне диспозитивен и содержит необходимую оговорку: доли признаются равными, «если иное не предусмотрено договором между супругами» (п. 1 ст. 39 СК РФ). Вопрос в том, о какого рода договоре идет речь: если о брачном, то ситуация вроде бы тождественна рассмотренной ранее; если о соглашении о разделе имущества или брачном договоре, то ситуация совершенно иная... Полагаем, что духу современного семейного закона отвечает последний вариант. Другое дело, что, как и для брачного договора, так и для указанного соглашения необходимо предусмотреть *de lege ferenda* ограничители – с целью защиты интересов более слабой стороны (при условии ее добросовестности, если таковой является один из супругов, а не несовершеннолетний ребенок).

Очевидно, что предмет соглашения составляют отношения общей совместной собственности с целью их прекращения¹⁹⁰ –

¹⁹⁰ Как справедливо замечает Т.В. Шершень, наличие между супругами брачного договора исключает возможность раздела общего имущества указанным соглашением. См.: Шершень Т.В. Договор как

преобразования в собственность, в личную или долевую, а также обязательственные отношения в части раздела в натуре, определения обязанностей по передаче отдельных объектов от супруга к супругу при необходимости выплаты компенсации за разницу в стоимости долей (при договоренности об их равенстве). Семейно-правовых санкций за неисполнение данного соглашения не предусмотрено. Можно согласиться с Е.А. Чефрановой, что в этом случае «обиженная сторона» вправе прибегнуть к гражданско-правовым мерам – взысканию убытков, процентов за пользование чужим имуществом, даже к компенсации морального вреда, если заинтересованный супруг (бывший супруг) докажет, что неисполнением договоренностей были нарушены его личные неимущественные права – с причинением нравственных и физических страданий¹⁹¹.

Соглашение должно содержать положения о доле или пропорции, в которой производится раздел, и распределении вещей, входящих в состав общего имущества. «В принципе, – отмечает А.А. Иванов, – супруги могут ограничиваться распределением между собой общих вещей, не определяя размер доли, но никак не наоборот»¹⁹². Соглашение может также фиксировать дополнительные права и обязанности сторон: например, в нем могут быть перечислены те действия, которые супруги должны предпринять для оформления права на объекты разделенной собственности, порядок и сроки передачи тех или иных вещей¹⁹³.

Поскольку соглашение о разделе общесупружеского имущества может заключаться и в период брака, содержательно, как мы отмечали ранее, не исключено его совпадение с одной из версий брачного договора. В этом случае, по мнению Ю.В. Байгушевой, такое соглашение обладает его признаками и нуждается в нотариальном удостоверении¹⁹⁴. Однако это ут-

основание изменения законного режима имущества супругов // Вестник Пермского университета. Юридические науки. № 1. 2008. С. 83.

¹⁹¹ См.: Чефранова Е.А. Порядок и условия совершения сделок между супругами. С. 130.

¹⁹² См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. С. 305.

¹⁹³ Там же.

¹⁹⁴ См.: Байгушева Ю.В. Законный режим имущества супругов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 8. С. 100.

верждение не основано на точном толковании закона: по смыслу правила п. 2 ст. 38 СК РФ данная сделка является самостоятельной разновидностью брачных и постбрачных соглашений, а ее нотариальное удостоверение – правом, а не обязанностью сторон¹⁹⁵. Другое дело, что существенное взаимодействие указанных двух конструкций, возможно, должно быть уточнено *de lege ferenda*¹⁹⁶.

4.2.4. Договоры в сфере родительства и иного попечения над детьми

По смыслу семейного закона родители осуществляют свои права и исполняют обязанности по воспитанию и иной заботе о ребенке на основе взаимного согласия (п. 2 ст. 65 СК РФ). Это означает, что между ними возникают и существуют **соглашения фактического характера** («фактические договоры») по всем обозначенным вопросам: воспитательных приемов, обеспечения общего и дополнительного образования детей, их досуга и т.д. Семейный закон на регулятивном уровне предлагает родителям лишь общий вектор следования родительскому долгу: соответствие поведения интересам детей, обеспечение их физического и психического здоровья, нравственного развития, уважение их человеческого достоинства (п. 1 ст. 65 СК РФ).

Семейный кодекс непосредственно предусматривает лишь два вида соответствующих **соглашений** (договоров) – **о месте проживания** ребенка при раздельном проживании родителей и **о порядке осуществления родительских прав** родителем, проживающим отдельно от ребенка (ч. 1 п. 3 ст. 65, ч. 1 п. 2 ст. 66 СК РФ).

Форма соглашения первого вида в законе не обозначена, для второго на диспозитивном уровне предусмотрена письменная форма.

Если родители ребенка не состояли и (или) не состоят в браке, то технология их взаимодействия является классической:

¹⁹⁵ Подробнее об отличии такого соглашения от брачного договора см., например: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.М. Нечаевой. М., 2008. С. 146–147.

¹⁹⁶ Аналогичное предложение высказано С.Ю. Чашковой. См.: Чашкова С.Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 18.

есть взаимное согласие по вопросу – заключается устное или письменное соглашение о месте проживания ребенка (как правило, с матерью) и его воспитании, наличествуют разногласия – обращаются в суд за разрешением спора.

Несколько иная технология применяется при расторжении брака между родителями: они, как и в первом случае, вправе заключить оба вида соглашений, однако соглашение о месте проживания ребенка проверяется судом на предмет законности (прежде всего – соответствия интересам ребенка¹⁹⁷) и может быть не утверждено (п. 1 ст. 23, п. 1–2 ст. 24 СК РФ) – суд в такой ситуации обязан решить вопрос по своей инициативе и усмотрению.

Не вполне понятно, почему семейный закон ориентирует указанную обязанность суда только двумя семейно-правовыми проблемами: определение места проживания ребенка и его алиментирования. Обе задачи, и особенно первая из них, неразрывно связаны и с проблемой осуществления вторым родителем (разводящимся супругом) своего права на воспитание. Полагаем, что интеграция бракоразводного процесса должна включать и этот аспект родительских правоотношений. Соответственно в нормы ст. 23 – 24 СК РФ следует внести дополнения, включая положение о заключении разводящимися родителями и соглашения о воспитании ребенка¹⁹⁸.

Содержание соглашения о порядке осуществления родительских прав зависит от усмотрения родителей (в случае указанного изменения ст. 23 – 24 СК РФ усмотрение будет существенно ограничено контролем суда). А.М. Нечаева, впрочем, полагает, что и действующий вариант закона предполагает требование о соблюдении родителями определенных принци-

¹⁹⁷ Подробно о толковании содержания данной формулы см., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2002. С. 199–200; Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 13–27, 71–75; Нечаева А.М. Споры о детях. М., 1989. С. 11–27; Она же. Семейное право. М., 2006. С. 166–173; Она же. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 195–239.

¹⁹⁸ Подробно об этом см.: Ильина О.Ю. Интересы ребенка... С. 76–77; Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 79–80; Она же. Брак по российскому семейному праву. Ярославль, 2007. С. 210 и след.

пов, связанных с обеспечением интересов детей¹⁹⁹. Практически это не так: пока вопрос не перенесен на разрешение органа опеки и попечительства или суда, содержание соглашения является собою частную позицию сторон, которые, как известно, весьма различны по интеллекту, характеру, воспитанию, образованию и жизненному опыту.

В соглашении целесообразно определить, какое время и в какие дни недели ребенок проводит с отдельно проживающим родителем, участвует ли последний в организационном обеспечении образования ребенка (забирает из школы в определенные дни недели, водит в спортивную секцию и т.п.), вправе ли провести с ребенком каникулы, часть своего отпуска и т.д. Дополнительным условием соглашения может быть также обеспечение этим родителем общения с соответствующими близкими родственниками (например, бабушкой, дедушкой).

Особняком стоит вопрос о заключении подобного соглашения несовершеннолетними родителями, не состоящими между собой в браке. Поскольку в соответствии с нормой п. 2 ст. 62 СК РФ самостоятельное осуществление ими родительских прав стартует с 16-летнего возраста, до этого момента субъектный состав соглашения должен быть усложнен участием опекуна ребенка, если он назначен (норма имеет диспозитивный характер²⁰⁰), или попечителями несовершеннолетних родителей, если опекун не назначен.

В самом широком смысле опека (попечение) над детьми включает в себя все формы заботы о детях – от родительства и усыновления (как правового тождества первого) до классической опеки (попечительства), приемной семьи, патроната, семейно-воспитательной группы, попечения над «детьми полков» и других форм, предусмотренных федеральным законодательством (иногда – административно-правовой практикой, что, впрочем, предосудительно, так как не основано на законе).

Однако, поскольку родительство (и юридически приравненное к нему усыновление) занимало и занимает особую нишу

¹⁹⁹ См.: Нечаева А.М. Семейное право. С. 155.

²⁰⁰ В этой связи вносятся предложения об уточнении нормы об опеке. См., например: Ильина О.Ю. Указ. соч. С. 79.

в «здании попечения», опека (попечительство) в относительно адекватном содержанию группы сходных явлений смысле может рассматриваться как родовое понятие для всех конструкций индивидуального устройства детей, кроме усыновления²⁰¹. При этом, по мысли Л.Ю. Михеевой, основанием возникновения всякой опеки, даже классической, является договор. «Проникновение соглашений в сферу устройства граждан, в том числе детей, нуждающихся в социальной заботе, связано, – отмечает автор, – с изменением характера и содержания социальных функций современного государства, его наметившимся уходом от патернализма»²⁰². Л.Ю. Михеевой предлагалось рассматривать возникновение отношений по опеке (попечительству) как заключение договора – достижение соглашения опекуна (попечителя) с муниципальным образованием об осуществлении соответствующей заботы о подопечном в течение определенного срока или до отпадения соответствующих условий безвозмездно, или на условиях встречного имущественного предоставления²⁰³. Автор относит все варианты попечения, в том числе над детьми, к разновидности гражданско-правового договора об оказании услуг (в большинстве случаев – возмездных²⁰⁴). При этом Л.Ю. Михеева отмечает, что если большинство законных форм попечения по своей сути являются договорными (вне зависимости от желания законодателя), то формы, возникшие на уровне некоторых административно-правовых актов, коими учреждение попечения не предусмотрено законом, хоть и объявляются договорными, однако оформляются в абсурдных вариантах. Так, передача детей в воинские части, по смыслу приказа Министра обороны РФ от 19.05.2001 г. № 235, основывается на

²⁰¹ Подробнее о классификации форм устройства детей см.: Михеева Л.Ю. Опека и попечительство: теория и практика. М., 2004. С. 99–102.

²⁰² Там же. С. 134.

²⁰³ В настоящее время это реализовано в новелле п. 6 ст. 145 СК РФ, однако на диспозитивном уровне.

²⁰⁴ См.: Там же. С. 136–137.

Эту точку зрения разделяют и другие цивилисты. См., например: Гражданское право. Ч. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 433; Цветков В.А. Приемная семья как форма устройства детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2005. С. 19.

договоре о «совместной деятельности органа опеки и попечительства и воинской части по содержанию воспитанников воинских частей»²⁰⁵.

С автором, безусловно, следует согласиться в вопросе о необходимости систематизации всех форм заботы под «крышей» федерального закона²⁰⁶, а также о **договорной природе отношений**. Однако указание на гражданско-правовую их принадлежность вызывает активные возражения. Во-первых, «классические» опекуны, приемные родители, патронатные воспитатели – не работники по трудовому договору и тем более, как справедливо замечает В.А. Авдякова, не лица, оказывающие услуги гражданско-правового характера. Хотя законодатель и предусматривает для большинства из данных попечителей выплату вознаграждения и определенную компенсацию затрат, его цель – выразить им признание высокой социальной значимости воспитания ребенка в семье (или в «суррогатной» семье, как обозначает данные формы Л.Ю. Михеева). Цель попечителей – не материальная выгода, а удовлетворение своей духовной, личностной потребности в заботе о ребенке или сразу нескольких детях²⁰⁷. Добавим: если будет установлено, что данные лица преследуют именно материальную выгоду (что нормально для сферы гражданского оборота), то орган опеки и попечительства должен настаивать на прекращении договора в установленном порядке (в том числе судебном) или вынести постановление об отмене «классической» опеки (попечительства), поскольку пока в рамках действующего семейного закона

²⁰⁵ Михеева Л.Ю. Указ. соч. С. 134.

²⁰⁶ Что и произошло, по двуступенчатой технологии: п. 1 ст. 123. СК РФ предусмотрена возможность передачи ребенка в патронатную семью при условии принятия регионального закона (см. также п. 6 ст. 145 СК РФ). Иные формы на региональном уровне не оговариваются и право на их регионального «изобретения» не делегируется. Впрочем, правилом п. 1 ст. 115¹ уточнен круг учреждений, в которые могут быть устроены дети: «... или в некоммерческие организации, если указанная деятельность не противоречит целям, ради которых они созданы». (Например, монастырские приюты и т.п.).

²⁰⁷ См.: Авдякова В.А. Правовая природа договора о передаче ребенка (детей) на воспитание в приемную семью // Семейное законодательство Российской Федерации: опыт десятилетия и перспективы. Тверь, 2006. С. 5.

эта форма не считается основанной на договоре, а возникает только из публично-правового акта.

Во-вторых, даже опека совершеннолетних лиц (если только она не сводится исключительно к имущественной), на наш взгляд, должна в перспективе рассматриваться как институт социального права (или социального законодательства), в широком смысле обеспечивающий выполнение гражданами при поддержке государства гуманитарных задач помощи ближним²⁰⁸.

В соответствии с федеральным семейным законодательством вид попечения над детьми, возникающий из **договора**, – **приемное родительство** (приемная семья)²⁰⁹. В отличие от опекуна приемные родители выполняют свои обязанности по отношению к ребенку за вознаграждение и имеют право на возмещение соответствующих расходов (ст. 155 СК РФ)²¹⁰. Как отмечает Е.Ю. Валявина, договор о передаче ребенка (детей) на воспитание в семью отличается от других договоров: 1) специальным субъектным составом (органы опеки и попечительства и будущие приемные родители); 2) обусловленностью его содержания требованиями семейного закона; 3) спецификой объекта правоотношений – воспитание и содержание приемных детей; при этом ребенок становится субъектом правоотношений приемного родительства, а с 10 лет требуется его согласие на заключение договора; 4) ограниченностью срока действия²¹¹.

²⁰⁸ Подробнее об этом см. очерк первой книги.

²⁰⁹ И только из договора, в отличие от классической опеки, которая, как мы отмечали, возможна и без такового.

²¹⁰ Как мы уже отмечали, в соответствии с нормой ст. 14 ФЗ РФ «Об опеке и попечительстве» от 24.04.2008 г. (вступившем в силу с 01.09.2008 г.) и п. 6 ст. 145 СК РФ (в новой редакции) возникающие на основании акта органа опеки и попечительства опека или попечительство могут осуществляться и по договору, в том числе о приемной семье или патронате, то есть возмездно. Однако, поскольку такая договорная практика пока не сложилась, мы ограничимся лишь констатацией данной возможности.

²¹¹ См.: Гражданское право. Ч. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 433.

(После констатации указанных спецификаций, казалось бы, должен последовать вывод автора о семейно-правовой природе данного договора, чего однако не происходит, так как петербургская цивилистическая школа рассматривает семейное право как институт права гражданского.)

Этим размышления о природе договора не исчерпываются. В норме ст. 152 СК РФ применительно к вознаграждению приемного родительства используется формула «размер оплаты труда». По справедливому мнению Л.Ю. Михеевой, само по себе это не означает, что отношения приемных родителей и органа опеки и попечительства регулируются законодательством о труде. Видимо, здесь мы имеем случай очередной терминологической небрежности. При анализе предмета договора, отмечает автор, «отчетливо видно, что от исполняющей стороны ... требуется всецело отдавать себя ребенку, воспитывать его, заботиться о его здоровье и развитии, "готовить его к самостоятельной жизни". Такой широкий спектр обязанностей в совокупности с условиями их исполнения не позволяет сказать, что на приемного родителя возложена определенная трудовая функция»²¹².

Впрочем, как мы уже отмечали, такой предмет договора не дает возможности фиксировать и его гражданско-правовую природу, однако Л.Ю. Михеева на этом настаивает.

О.Н. Низамиева совершенно справедливо подчеркивает, что, несмотря на правило п. 2 ст. 152 СК РФ о субсидиарном применении к договору о приемной семье гражданско-правовых норм о возмездном оказании услуг²¹³, он сохраняет семейно правовую природу с элементами публичности: это предопределяется сущностью отношений между приемными родителями и приемными детьми; публичность же договора проявляется в наделении органа опеки и попечительства (одной из его сторон) властными полномочиями, детерминировании содержания нормами права и специфике его прекращения²¹⁴ (ст. 123² СК РФ).

²¹² Михеева Л.Ю. Указ. соч. С. 83.

²¹³ Причем в абз. 2 содержится ключевое указание: «... постольку, поскольку это не противоречит существу таких отношений».

²¹⁴ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 533. (Автор гл. – О.Н. Низамиева.)

В качестве ремарки: обнаружение приведенной позиции в данном учебнике несколько удивительно – в силу преимущественно гражданско-правового вектора размышлений авторов раздела о семейном пра-

Личный характер договора не позволяет приемному родителю, даже по уважительным причинам (болезнь и др.), привлечь кого-либо для исполнения своих обязанностей, но и не позволяет органу опеки и попечительства заменить приемного родителя другим «работником», не выплачивается ему и пособие по временной нетрудоспособности²¹⁵.

Подбор приемных родителей осуществляется на основе требований семейного закона – о совершеннолетию, дееспособности, качествах воспитателя (формально-юридических: не лишены родительских прав, не было отмены усыновления или опеки по виновным основаниям; психологических и нравственных: способность быть воспитателем, отношения между кандидатом и ребенком, психологическая совместимость с ребенком, личные качества и т.п.) и состоянии здоровья.

Положением о приемной семье установлено предельное число детей, которые могут в ней воспитываться: как правило, 8 человек, включая родных и усыновленных детей. Дети, находящиеся в родстве между собой обычно передаются в одну семью, за исключением случаев, когда это невозможно по медицинским и/или иным показаниям.

Подбор (выбор) детей осуществляется будущими приемными родителями – при информационном и консультационном содействии органов опеки и попечительства.

В договоре о передаче ребенка в приемную семью перечисляются конкретные права и обязанности приемных родителей: воспитывать ребенка на основе взаимоуважения, обеспечивать общий быт, досуг, условия для образования, здорового, физического и духовного развития, защиту прав и интересов, уход и т.д. Среди обязанностей органа опеки и попечительства – выплаты вознаграждения и компенсаций (в том числе средств на оплату отопления, освещения, текущего ремонта жилья, услуг бытового обслуживания); возможно также предоставление льгот по аренде дополнительной жилой площади, выделение средств на приобретение мебели, спортивного инвентаря, музыкальных инструментов и т.д.

ве. Что ж, тем приятнее, что редактор учебника допускает небезосновательное инакомыслие.

²¹⁵ Там же. С. 84.

Иные формы попечения детей, оставшихся без родительской заботы, ранее могли быть предусмотрены законами субъектов РФ (ч. 2 п. 1 ст. 123 СК РФ в прежней редакции). Многие из них воспользовались данным правом и ввели различные варианты **договорного патроната** («патронатная семья», «патронажная семья», «семья патронатных воспитателей» и т.д.²¹⁶) и иные формы²¹⁷.

Так, например, в соответствии с Законом Ярославской области от 30.05.2006 г. «О формах устройства детей, оставшихся без попечения родителей, на территории Ярославской области» индивидуальная социальная забота о таких детях возможна в форме патроната и семейно-воспитательной группы.

Патронат возникает на основе решения органа опеки и попечительства и соответствующего договора, который является трехсторонним – третьей стороной выступает учреждение по патронату (органы социальной защиты, здравоохранения и т.п.) и предполагает три варианта своего применения. Первый – патронатное воспитание детей с передачей их на содержание и воспитание в семью. Второй – патронатное воспитание в условиях гостевого режима сроком до 30 дней. Третий – постинтернатный патронаж как форма оказания патронатным воспитателям помощи выпускнику образовательного учреждения из числа детей, оставшихся без попечения родителей, в период его адаптации к самостоятельной жизни. Для установления патроната над ребенком 10 лет и старше требуется его согласие. Количество передаваемых детей ограничено: в первом случае – не более трех детей, за исключением устройства в семью братьев и сестер, если это отвечает их интересам; в третьем – до 5 выпускников (число детей по второму варианту формально не ограничено и, видимо, определяется разумным усмотрением органа опеки и попечительства).

Требования к патронатным воспитателям сходны с соответствующими положениями семейного закона об опекунах и приемных родителях, аналогично – и их статус, за некоторыми

²¹⁶ Подробнее см.: Михеева Л.Ю. Опека и попечительство ... С. 87–98.

²¹⁷ В части патроната, как мы уже отмечали, правило не изменилось.

изъятиями в сторону уменьшения возможностей (например, способы воспитания и формы образования он согласует с органом опеки и попечительства; не предусмотрено полноценное представительство прав и интересов ребенка и др.). Обязательные составляющие вознаграждения за патронатное воспитание предусмотрены указанным законом, дополнительные условия могут быть прописаны в договоре.

В семейно-воспитательные группы²¹⁸ передаются дети (не более трех, за исключением братьев и сестер) из числа воспитанников учреждений социальной защиты. Ребенок при этом числится в контингенте данного учреждения. Эта форма социальной заботы, по смыслу областного закона, имеет смешанную природу: основанием передачи ребенка и определенных льгот и компенсаций по его содержанию является договор о помещении ребенка в семейно-воспитательную группу, а основанием для выплаты вознаграждения воспитателю – трудовой договор с учреждением, в контингенте которого числится ребенок. Воспитатель при этом зачисляется в штат данного учреждения. Следуя отмеченной нами ранее тенденции диверсификации социального законодательства, такая усложненная природа, даже если она и вызывает сомнения теоретического и практического порядка, принципиально смущать не должна. Тем более ее вектор не должен ориентироваться в сторону гражданского права.

Развивая идею об оптимизации социальной заботы о детях, оставшихся без попечения родителей, Л.Ю. Михеева предлагала также предусмотреть «краткосрочную опеку» на период отсутствия (длительная командировка и т.п.) или болезни родителей по их просьбе и с учетом пожеланий о кандидатах, а также право родителей (родителя) «назвать опекуна» в случае смерти (как бы по завещанию)²¹⁹, которое по своей природе было бы

²¹⁸ По буквальному смыслу правила п. 1 ст.123 СК РФ эта форма теперь возможна только как разновидность патроната (т.е. в рамках п. 6 ст.145 СК РФ).

Мы приводим, тем не менее, данные сведения (о семейно-воспитательной группе) теперь уже в исследовательских целях.

²¹⁹ Некие подобные правила действуют в Германии, Венгрии, Италии, Польше, Чехии, Франции. См., например: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 263, 265, 269, 273, 275.

самостоятельным распоряжением²²⁰ (односторонней сделкой). Эти предложения были реализованы в нормах ст. 13 ФЗ РФ «Об опеке и попечительстве»²²¹.

Таким образом, отношения по попечению детей строятся, как правило, на договорной основе семейно-правовой природы²²², иногда с вкраплениями административно-правовых и трудо-правовых элементов. Эти договоры явно нуждаются в систематизации, дополнительном процессуальном обеспечении (например, соглашение о реализации права на воспитание отдельно проживающего родителя), а значит, в дальнейшем внимании в качестве весьма специфического объекта исследования и регулирования.

4.2.5. Договоры о предоставлении материального содержания

Право на содержание (материальную поддержку), право на алименты, соответствующие им обязанности и выстроенные правоотношения в различные периоды развития советского и российского семейного законодательства и с различных точек зрения рассматривались и рассматриваются то как тождественные (содержание – алименты), то как взаимодействующие по типу регулятивных и охранительных правоотношений. Этому разнородно способствовали КЗоБСО РСФСР, КоБС РСФСР и действующий СК РФ, употребляя в разных нормах термины «содержание» и «алименты» то в качестве синонимов, то в соотношении «общее и частное», то в контексте различения порядка предоставления семейно-правовой помощи (добровольно – содержание, принудительно – алименты)²²³. Так, например, правилом ч. 2 п. 1 ст. 80 СК РФ устанавливается: «Родители вправе заключить соглашение о содержании своих несовершеннолетних детей (соглашение об уплате алиментов) в

²²⁰ См.: Михеева Л.Ю. Указ. соч. С. 142–144.

²²¹ Последняя возможность реализована путем подачи единственным родителем заявления в орган опеки и попечительства.

²²² Семейно-правовая природа (на примере договора о приемном родительстве) констатируется также С.Ю. Чашковой. См.: Чашкова С.Ю. Указ. соч. С. 21.

²²³ Подробно об этом см.: Косова О.Ю. Право на содержание: семейно-правовой аспект. Иркутск, 2005. С. 60–69.

соответствии с главой 16 настоящего Кодекса». В норме ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ заявлено, что супруги «вправе определить в брачном договоре свои права и обязанности по взаимному содержанию», а в п. 2 ст. 89 уже упоминается конструкция «соглашения между супругами об уплате алиментов» и т.д.

В нашу задачу не входит аналитика терминологического и сущностного различия (отождествления) конструкций «содержание» и «алименты». Отметим лишь, что идея об охранительной природе алиментного правоотношения (обязательства) впервые была высказана О.С. Иоффе, который полагал, что последнее направлено «на обеспечение принудительного исполнения в точно установленных размерах обязанности одного члена семьи по предоставлению содержания другому»²²⁴.

О.Ю. Косова в своем исследовании сущности правоотношений по предоставлению материального содержания после подробного рассмотрения точек зрения по данному вопросу, напротив, приходит к выводу, что полное смысловое отождествление данных конструкций в большей степени соответствует действующему законодательству и этимологии слов. Впрочем, автор оставляет для концепции «правоотношение по материальному содержанию – охранительное об алиментировании» запасной «аэродром»: «как бы то ни было, необходимы дополнительные научные аргументы в пользу теоретической и практической целесообразности обособления алиментов и алиментного обязательства в рамках семейно-правовых отношений по предоставлению содержания»²²⁵. С ее точки зрения, «алиментное обязательство в механизме правового регулирования семейных отношений предстает как возникающая при наступлении указанных в законе обстоятельств семейно-правовая связь, в силу которой одна сторона обязана содержать (алиментировать) другую сторону, а последняя вправе требовать предоставления алиментов (содержания)»²²⁶.

Не употребляя термина «охранительное обязательство», М.М. Агарков (до О.С. Иоффе) отмечал, что при совместной жизни управомоченного и обязанного лица (родителей и детей,

²²⁴ См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 262.

²²⁵ См.: Косова О.Ю. Указ. соч. С. 73–74.

²²⁶ Косова О.Ю. Указ. соч. С. 75.

супругов и т.д.) обязательственного отношения в собственном смысле слова нет; в этом случае обязанность содержать «тесно и неразрывно переплетается с чисто личными отношениями», «имущественные элементы лишь искусственно могут быть отделены от чисто личных». В алиментном же обязательстве, продолжал автор, мы, напротив, имеем все признаки обязательственного отношения – одна сторона имеет право требовать от другой совершения определенных действий, а именно периодических уплат деньгами, а в некоторых случаях – натурой; такое правоотношение обладает значительными особенностями, но все же обязательством является²²⁷.

Таким образом, предоставление материального содержания в рамках нормально развивающихся (регулятивных) правоотношений классиками цивилистики обязательством не признавалось. Думается, что в качестве базовой предпосылки это вполне может быть принято.

(Что касается терминологической «диффузии», то она не исключительна: подобных примеров в законодательстве немало. В прикладном плане с этим считаться приходится, а для теоретического контекста это, на наш взгляд, большого значения не имеет – в том смысле, что может быть подвержено сомнению и уточнению.)

Алиментное обязательство возникает, как правило, на внедоговорной основе и в необходимых случаях его принудительное исполнение обеспечивается судебным приказом или судебным решением. А.И. Пергамент отмечала, что для него прежде всего характерны строго личная связь субъектов, непередаваемость и неотчуждаемость прав и обязанностей; безвозмездность (что не исключает будущей обязанности лица, получавшего алименты, стать лицом обязанным, однако не на этом основании, а в силу иных, самостоятельных юридических обстоятельств); предопределенность содержания жесткими установками закона; специфичность цели – обеспечение необходимых условий существования обязанного лица²²⁸.

²²⁷ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 449–450.

²²⁸ См.: Пергамент А.И. Алиментные обязательства. М., 1951. С. 8–14.

В целом эти характеристики актуальны и сегодня – с той лишь разницей, что с 90-х гг. XX в. взгляд на алиментные обязательства как разновидность обязательств гражданско-правовых заметно обозначил свои позиции в общем контексте десуверенизации семейного права²²⁹. Поскольку нас интересуют не собственно они, а договорные основания их возникновения, ограничимся констатацией данной тенденции.

Одновременно существенно расширена договорная основа алиментного обязательства и усилено его обеспечение нотариальным удостоверением²³⁰.

Соглашения о предоставлении материального содержания (об уплате алиментов) возможны между всеми субъектами потенциального алиментирования. Однако между ними имеются довольно существенные различия по содержанию (которое в общем виде фиксированы в норме ст. 99 СК РФ: договорности о размере, условиях и порядке выплаты средств).

Так, размер алиментов с родителей на несовершеннолетних детей не может быть меньше установленного законом. О.Ю. Косова справедливо уточняет, что из смысла ФЗ «Об исполнительном производстве» (ст. 66 и др.) следует и максимальный предел 70%. Добровольно выплачивать можно и больше, но силу исполнительного листа будет иметь только обязательство в указанных пределах²³¹. В соглашении могут быть заложены возможности выплат в твердой денежной сумме, натуре, смешанном варианте, индексации платежей, различной их периодичности, перечисления по почте, на банковский счет и т.д., в форме единовременной выплаты и/или предоставления имущества.

²²⁹ См., например: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. М., 1998. С. 447. (Автор гл. – Д.А. Медведев); Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 544. (Автор гл. – А.А. Павлов).

²³⁰ Е.В. Князева, впрочем, полагает нецелесообразным применять ко всем соглашениям нотариальную форму; ее следует сохранить в обязательном порядке лишь для тех, в которых определяется правовой режим имущества супругов либо единовременно передается имущество в счет уплаты алиментов. (См.: Князева Е.В. Диспозитивность в семейном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 6.)

²³¹ См.: Косова О.Ю. Алиментные обязательства. Иркутск, 2003. С. 159–160.

По поводу целесообразности последней единого мнения нет. Ясно, что при выезде обязанного лица за рубеж таковая не только возможна, но частично и наиболее эффективна (ст. 118 СК РФ).

Л.Б. Максимович допускает, что указанный способ уплаты алиментов вполне может соответствовать интересам несовершеннолетнего ребенка и за пределами случаев, предусмотренных ст. 118 СК РФ, – вопрос лишь в том, о каком имуществе идет речь (о предметах первой необходимости, вещах, необходимых для образования ребенка, недвижимом имуществе и т.п.) и отвечает ли такой вариант решения насущных потребностей интересам ребенка²³².

Однако, поскольку социальное назначение алиментных обязательств состоит в систематическом обеспечении таковых потребностей (в обсуждаемом случае – детей как объективно наименее защищенных субъектов семейного права и членов общества), единовременное денежное и/или имущественное вспомоществование (своеобразное отступное), как правило, и не отвечает указанной цели²³³, поэтому должно рассматриваться как исключение, а не норма и применяться только в ситуации очевидного его соответствия интересам ребенка. Следует также отметить, что, исчерпывая собственно соглашение, оно не исключает применения нормы ст. 86 СК РФ о возложении на родителя обязанности несения дополнительных расходов при наличии исключительных обстоятельств.

Супруги (бывшие супруги) вправе определить свои права и обязанности по материальному содержанию в брачном договоре (ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ) и в самостоятельном соглашении (ст. 99 СК РФ). Однако в отличие от последнего соглашение об алиментах как часть брачного договора не приравнивается к исполнительному листу²³⁴.

²³² См.: Максимович Л.Б. Соглашение об уплате алиментов: вопросы теории и практики // Труды института государства и права РАН. 2008, № 2. С. 142–143.

²³³ В этом мы, безусловно, согласны с позицией О.Ю. Косовой и других цивилистов. См.: Косова О.Ю. Соглашение об уплате алиментов: вопросы содержания и применения // Российская юстиция. 2004. № 2. С. 37–38.

²³⁴ См.: Косова О.Ю. Алиментные обязательства. С. 163.

Актуальным является вопрос о **расширении оснований** возникновения алиментного обязательства между супругами и бывшими супругами. По справедливому замечанию О.А. Хазовой, круг ситуаций, при которых один из супругов вправе рассчитывать на алименты, крайне узок. Так, российский законодатель продолжает придерживаться исключительности алиментирования и не готов к «возвращению женщины в семью». В настоящее время, отмечает автор, «женщина, решившая посвятить себя семье и детям и не имеющая своего собственного дохода, полностью зависит от мужа; в случае развода или просто конфликтной ситуации она может оказаться совершенно незащищенной»; возможности трудоустройства ограничены, необходимо время для адаптации. Поэтому для подобных случаев, не превращая алименты в «пожизненную хлебную карточку», следует, тем не менее, предусмотреть временное алиментное обязательство экономически более сильного супруга. (Разумеется, подчеркивает О.А. Хазова, при этом должны использоваться гендерно-нейтральные формулировки, так как в роли «домашнего труженика» может, хоть и крайне редко, оказаться мужчина.) Существуют, конечно, возможности урегулировать этот вопрос по усмотрению супругов в соглашении об алиментах или брачном договоре, однако они опираются только на взаимную добрую волю, не решая проблемы, где таковая воля отсутствует²³⁵. О.А. Хазова предлагает ввести в российское семейное право конструкцию «реабилитирующих» или «компенсационных» алиментов, которые назначались бы судом (или о которых договаривались бы стороны) на ограниченный период времени (один – три года) или реализовывались в форме единовременной выплаты, позволяющей нуждающемуся супругу адаптироваться в изменившихся жизненных обстоятельствах²³⁶.

²³⁵ См.: Хазова О.А. К вопросу об институте алиментирования между супругами в российском праве // *Forging a common legal destiny*. L., 2005. P. 270–275.

²³⁶ См.: Хазова О.А. Некоторые аспекты алиментных обязательств между супругами // *Труды института государства и права РАН*. 2008, № 2. С. 159–163.

Автор также отмечает, что, если бы материальный уровень российских граждан был бы выше, «патриархальный ренессанс» имел бы в нашей стране более отчетливые формы». (Там же. С. 157). (И этот «ренессанс» еще более усилил бы потребность в защите интересов социально слабой стороны, то есть, как правило, женщины.)

Не решен положительно вопрос о возможности заключения **соглашения** об алиментировании **между фактическими супругами**. Как мы уже отмечали, он является частью общей проблемы семейно-правового признания подобных отношений, что во многих странах уже осуществлено, из ближнего зарубежья – это прежде всего Украина (ст. 91 СК У).

Кроме того, нормой п. 1 ст. 89 Семейного кодекса Украины установлено: «Супруги, а также лица, брак между которыми расторгнут, имеют право заключить договор о прекращении права на содержание взамен приобретения права собственности на жилой дом, квартиру либо иное недвижимое имущество или получения единовременной денежной выплаты». Полагаем, что это также представляет интерес в плане совершенствования российского семейного закона.

Гражданскими юристами обсуждается также вопрос о том, вправе ли **иные члены семьи**, прямо не отнесенные семейным законом к субъектам алиментных правоотношений, заключить соответствующее соглашение. Так, М.В. Антокольская, Л.М. Пчелинцева, Е.А. Чефранова и др. полагают это возможным, поскольку речь идет о добровольном возложении на себя таковыми членами семьи алиментной обязанности²³⁷.

Между тем, как отмечает А.М. Рабец, толкование содержания нормы ст. 99 СК РФ к таковому выводу не ведет, поскольку субъектный состав соглашений об уплате алиментов ограничивается обязанными по семейному закону лицами. Именно и только в этом случае данные соглашения имеют силу исполнительного листа. Другие субъекты вправе заключить гражданско-правовые договоры о предоставлении содержания, причем применение к ним правил гл. 16 СК РФ по аналогии не допускается, так как норма ст. 6 ГК РФ не предусматривает аналогии семейного закона для отношений гражданского оборота²³⁸.

²³⁷ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1996. С. 254–255; Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 412; Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. М., 2006. С. 276; Чефранова Е.А. Имущественные отношения в российской семье. М., 2001. С. 191.

²³⁸ См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.М. Нечаева. М., 2008. С. 311. См. также: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 567.

Схожей точки зрения придерживается и Л.Б. Максимович, подчеркивая при этом, что положение ст. 99 СК РФ не следует толковать как безусловный запрет договариваться о предоставлении содержания совершеннолетним детям на период обучения, фактическому супругу и др. – на основе правила п. 2 ст. 421 ГК РФ. В нотариальной практике получило распространение оформление подобных соглашений в виде договоров дарения. Но и в этом случае они не будут иметь силу исполнительного листа²³⁹.

Полагаем, что назрела необходимость придать норме ст. 99 СК РФ диспозитивный характер²⁴⁰. Если речь идет об отношениях по предоставлению материального содержания между членами семьи (в широком понимании данной конструкции), их следует регулировать с помощью семейно-правовых технологий, в том числе включая и аналогию семейного закона. Главное требование к содержанию таких соглашений – соответствие общим началам семейного законодательства²⁴¹.

4.2.6. Об односторонних и двусторонних сделках (договорах) в репродуктивной сфере

В связи с применением современных репродуктивных технологий возникают многочисленные вопросы административно-правового, гражданско-правового и семейно-правового ха-

²³⁹ См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 137–138.

²⁴⁰ На необходимость расширения субъектного состава данного соглашения указывает и С.Ю. Чашкова. См.: Чашкова С.Ю. Указ. соч. С. 19.

²⁴¹ Незрелость, неотработанность данного института, по мнению А.М. Нечаевой, ведет к отсутствию реальной связи с российской действительностью.

В частности, следует иметь в виду, что, когда обязанное к содержанию лицо выполняет свой долг добровольно, стороны обычно не оформляют свои отношения, а если одна из сторон предпочитает надежный способ взысканий, она обращается в суд – тогда соглашения тем более не нужно. Механическое перенесение зарубежных норм на российскую почву в данном случае носит искусственный характер, а «теоретические построения на этот счет только засоряют семейно-правовое поле». (См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 48.)

рактера²⁴². Среди них – и вопросы о природе и содержании сделок, в том числе договоров.

Так, требуется **согласие мужа** на операцию по искусственному оплодотворению жены и запрете последующего оспаривания им своего «квазиотцовства» (ч. 1 п. 4 ст. 51, ч. 1 п. 3 ст. 52 СК РФ).

При возникновении отношений суррогатного материнства игнорируется **позиция мужа** будущей суррогатной матери. С одной стороны, казалось бы, декларация нормы п. 2 ст. 31 СК РФ, предполагает для третьих лиц заведомое согласование всех вопросов супружества, включая материнство и отцовство. С другой – в жизненно важных ситуациях семейный закон, тем не менее, формулирует специальные презумпции, основанные на указанном принципиальном положении, – презумпцию общности имущества (п. 1 ст. 34 СК РФ), презумпцию согласия при распоряжении общесупружеским имуществом (п. 2 ст. 35 СК РФ). Следовательно, в нашем случае необходима специальная норма – либо о презумпции (что сомнительно), либо правило о письменном согласии мужа на суррогатное материнство его жены.

Если договор между супругами и медицинским учреждением имеет скорее гражданско-правовую природу (о возмездном оказании медицинских услуг) – с публичными элементами (обеспечение тайны донорства, специальные требования к донору и пациентке и др.), то правоотношения суррогатного материнства имеют более сложную природу.

Как мы уже неоднократно отмечали, если характер отношений и соответствующего договора между медицинским учреждением, супругами-заказчиками (будущими нареченными родителями) и будущей суррогатной матерью аналогичен предыдущему, то природа и содержание взаимодействия первых и третьих не вполне очевидны.

Российский закон «затейливо» обходит вопрос о **договоре суррогатного материнства**. «Заговор молчания» распространяется и на допустимость возмездности отношений. Видимо, предполагается безвозмездность. Между тем это не всегда так или даже, как правило, не так. Ребенок может вынашиваться близкой родственницей – и тогда прямая плата за «услугу»,

²⁴² Подробно об этом см. очерк третий о родительстве.

действительно, может не осуществляться. А какие резоны подвигнут стороннюю женщину вынашивать генетически чуждый ей плод с последующей передачей другим лицам? Полагаем, только экстраординарные. В типичных же случаях речь идет о возмездных соглашениях нередко «теневого» характера, с привлечением или без привлечения посредников.

Поскольку прямого запрета на договор в семейном законе нет, на практике к таким ситуациям используется договор о возмездном оказании специализированных услуг. Так, Е.С. Митрякова полагает, что рассматриваемые договоры во многом схожи; договор о суррогатном материнстве мог бы быть с полным основанием упомянут в перечне п. 2 ст. 779 ГК РФ (среди медицинских, ветеринарных, консультационных и др.), однако пока этого не произошло, его следует считать непоименованным договором²⁴³.

Полагаем, однако, что исследуемые отношения сопровождаются два, а возможно, и три договора: первый – между суррогатной матерью и супругами-«заказчиками», второй – между супругами и медицинским учреждением, третий – между последним и суррогатной матерью. Второй и третий договоры могут быть объединены в один, многосторонний. По своей природе, как мы уже отмечали, он – гражданско-правовой об оказании медицинских услуг. В нем должны быть предусмотрены положения о генетическом материале, консультировании суррогатной матери о сущности и последствиях операции²⁴⁴, правах супругов-«заказчиков» на информацию о ходе реализации программы, определенный контроль по отдельным вопросам, о последствиях неуспешного результата,

²⁴³ См.: Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 15–16.

²⁴⁴ О.А. Хазова отмечает, что, возможно, степень ее информированности должна быть более высокой, чем это принято у «обычных» пациентов. В практике Санкт-Петербургского ЭКО, продолжает автор, ни одна из женщин, имевших только имущественный интерес, не стала участвовать в программе суррогатного материнства после того, как ей была предоставлена полная информация. См.: Хазова О.А. Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России // Современное медицинское право в России и за рубежом. М., 2003. С. 212.

вынашивании «двойни» («тройни») вместо одного ребенка, рождения больного ребенка, о возмещении стоимости медицинских услуг в зависимости от их ассортимента, сложности, комфортности, о гонораре медицинского учреждения, об ответственности последнего перед суррогатной матерью в случае нанесения ущерба (виновного и невиновного) ее здоровью.

Договор между суррогатной матерью и супругами (одинокой женщиной и т.д.) является семейно-правовым. В рамках действующего закона к основаниям его ничтожности относится отказ суррогатной матери передать ребенка²⁴⁵.

В этом договоре стороны определяются с возмездностью услуг, взаимным информированием по всем вопросам программы суррогатного материнства, с условиями жизнеобеспечения женщины-«исполнительницы», ее обязанностях по соблюдению всех рекомендаций врачей, о возмещении вреда здоровью, с иными неблагоприятными последствиями программы, с обязательствами суррогатной матери, связанными с ее отказом передать ребенка, сроками передачи ребенка (например, во время нахождения в медицинском учреждении в послеродовой период), порядком и сроками выплаты вознаграждения, последствиями отказа стороны (сторон) от исполнения договора. При этом часть вопросов неизбежно пересекается с теми, которые предусмотрены предыдущим договором (договорами). Не исключаются также договоренности о праве суррогатной матери на свидания с ребенком, праве ребенка в этой связи знать об обстоятельствах своего рождения (впрочем, для нареченных родителей это вряд ли представляет интерес).

4.2.7. Фиктивные сделки в семейно-правовой сфере

Явления фиктивности в цивилистике весьма распространены. То же самое приходится констатировать и в области жизнедеятельности семейных правоотношений: фиктивными могут быть брак, развод, раздел общесупружеского имущества, брач-

²⁴⁵ Подробнее об этом см. очерк третий о родительстве.

ный договор, взыскание алиментов, признание отцовства, усыновление, опека, приемное родительство и т.д.²⁴⁶

Такая супервариативность, а также специфика семейных правоотношений, в том числе брачного, уже сами по себе создают основу для автономности, специфичности института семейно-правовой фиктивности: **аналогия с фиктивными гражданско-правовыми сделками** (в частности, мнимыми) возможна, но не исчерпывающа. Под мнимой в гражданском праве понимается сделка, в которой стороны хотят создать перед третьими лицами ложное представление о своих намерениях, видимость возникновения, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей, которые вытекают из этой сделки, то есть не стремятся к достижению соответствующего ее сущности правового результата²⁴⁷. В этом смысле фиктивные семейно-правовые сделки, действительно, по своей природе им аналогичны, на что справедливо и указывает М.В. Антокольская²⁴⁸. Но, как увидим далее, они обладают определенными особенностями, которые не всегда позволяют их разместить в «прокрустово ложе» конструкции мнимой сделки (например, явление односторонне фиктивного брака, фиктивного развода и др.). Кроме того, если в гражданском праве (и на доктринальном, и на законодательном уровне) они квалифицируются как ничтожные (п. 1 ст. 170 ГК РФ), то в семейно-правовой сфере – как оспоримые (в частности из-за необходимости судебного признания порочности таких актов).

Данные сделки одни цивилисты относят к сделкам с пороками содержания²⁴⁹, другие – с пороками воли, хотя и с констатацией условности классификации разнообразных явлений не-

²⁴⁶ Об этом см. также: Тарусина Н.Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях // Правоведение. 1983. № 2. С. 84–87; Она же. Семейное право. С. 134–142.

²⁴⁷ См., например: Тархов В.А. Гражданское право. Общая часть. Уфа, 1998. С. 230–231; Хейфец Ф.С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. М., 1999. С. 82–83; Гражданское право. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева. С. 460–461. И др.

²⁴⁸ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1996. С. 131.

²⁴⁹ См., напр.: Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. С. 215 (Автор главы – М.В. Кротов).

действительности сделок²⁵⁰. Не вдаваясь в соответствующую дискуссию²⁵¹, отметим, что фиктивность в семейно-правовой сфере дифференцируется на две отличные друг от друга конструкции: в одних случаях речь идет о двусторонней фиктивности цели (например, в классическом фиктивном браке²⁵²), в других – об односторонней фиктивности (фиктивный брак, в котором одна из сторон стремится к созданию семьи; фиктивная опека и т.д.). Последняя конструкция предполагает как порок воли (в форме обмана), так и порочность содержания.

Фиктивным является такое действие или отношение, которое внешне – по **правовой форме** – отвечает требованиям закона, а по **цели и содержанию** не соответствует ему, вплоть до противоположности. В отличие от фикции (особого технико-юридического приема), которая выполняет роль своеобразного неординарного сорегулятора общественных отношений, наряду с классическими технологиями, достигая совместно с ними не только цели формальной определенности правовых предписаний, но нередко выполняя и социально-нравственные задачи²⁵³, фиктивность есть безусловно негативное явление – правонарушение или аморальный поступок (если государственной реакции не предусмотрено, а применение санкций по аналогии невозможно). В рамках оговоренной нами терминологии к ним вполне применимо понятие фиктивной сделки (как правило, фиктивного договора). При этом данная совокупность видов составляет, как и в целом договор в его многообразии, наряду с гражданско-правовыми фиктивными сделками, фиктивными трудовыми, международно-правовыми и т.п. договорами, композицию общетеоретического порядка.

²⁵⁰ Гражданское право. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2008. С. 460. (Автор параграфа – А.П. Сергеев.)

²⁵¹ Подробнее об этом см. очерк второй о браке (недействительность брака).

²⁵² Подробнее об этом см. далее.

²⁵³ Ярким примером такой технологии является фиктивная запись об отцовстве (п. 3 ст. 51 СК РФ).

Подробнее об этом см., например: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. С. 28; Горшенев В.М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978, № 3. С. 117; Кузнецова О.А. Фикции в гражданском праве // Цивилистические записки. Вып. 4. Екатеринбург. 2005. С. 311–333.

Семейно-правовые фиктивные акты и отношения не укладываются в общую цивилистическую типизацию еще и потому, что сущностно разнообразны, тесно связаны с личностью участников, далеко не всегда для них можно выстроить схему классических цивилистических последствий в виде реституции, если вообще можно изобрести юридически вразумительную реакцию. Остановимся на их характеристике подробнее.

А. Фиктивное заявление о вступлении в брак относится к типично российским казусам (а до этого – советским). Изначально оно было обусловлено явлением всеобъемлющего товарного дефицита и созданием в этой связи сети специализированных отделов или магазинов («салонов для новобрачных»), где по талонам, выданным органом ЗАГС (на основании факта подачи заявления о вступлении в брак), можно было приобрести не только свадебные наряды, но и белье, одежду, обувь, посуду и прочие необходимые в быту вещи. После либерализации цен и «исчезновения продуктов с полок магазинов» были открыты также специальные отделы или магазины, где можно было (по тем же самым талонам) приобрести продукты питания для свадебного стола. Мимо таких возможностей некоторые (и притом немалое, к сожалению, число) граждане пройти не могли... и подавали фиктивные заявления о вступлении в брак, чтобы желанные талоны получить. Соответственно в некоторых регионах работники органов ЗАГС и дворцов бракосочетаний пытались этому явлению противостоять: выдавали талоны двух типов (первый был действителен до регистрации брака – для приобретения свадебных нарядов, второй – после регистрации для покупки всего остального); в паспортах делали карандашные пометки, чтобы поймать «злоумышленников» при подаче ими заявлений неоднократно; «продуктовые карточки», разумеется, выдавались до свадьбы, так как в данном случае еда имела «целевой» характер и была необходима к свадебному столу.

Возможны и другие мотивы данного фиктивного акта. В настоящее время «дефицитная напряженность» (в контексте фиктивного заявления) спала. Однако фиктивные заявления о вступлении в брак не потеряли своей мотивации полностью. Например, граждане, желающие пройти всестороннее бесплатное медицинское обследование (а у некоторых в определенном возрасте это становится «хобби»), могут воспользоваться соответствующими гарантиями, предоставленными нормой ст. 15

СК РФ. (Как говорил великий Аркадий Райкин о важности дефицита: всегда чего-нибудь должно не хватать...) Таким образом, существо этого действия – в подаче заявления о вступлении в брак без намерения его последующей регистрации с целью получения льгот и выгод, сопровождающих процедуру заключения брачного союза.

Б. Наиболее распространенным, известным и соответственно достаточно давно находящимся под санкцией семейного закона (ч. 3 ст. 43 КоБС РСФСР, п. 1 ст. 27 СК РФ; КЗоБСО РСФСР 1926 г. института недействительности брака не знал) является **фиктивный брак**. В КоБС РСФСР имелось лишь указание на возможность признания недействительным брака, заключенного без намерения создать семью, как фиктивного. В СК РФ содержится краткое определение данного явления: признается недействительным фиктивный брак, «то есть если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью» (п. 1 ст. 27). Однако дефиниция предлагается как бы походя, отнюдь не среди условий заключения брака. Между тем большинство цивилистов полагают создание семьи целью брака и его конститутивным признаком. Значит, и данное основание недействительности брака должно находиться в системе с другими, а не на «выселках».

Следует отметить, что фиктивность как основание недействительности брака – также типично российское явление: даже семейное законодательство большинства стран бывшего социалистического лагеря такого института не имело²⁵⁴, хотя в ряде случаев опосредованно или по аналогии добиться признания фиктивного брака недействительным было можно. Так, И. Хадерка отмечал лишь косвенную известность законодательству ЧССР явления фиктивного брака: в Инструкции Министерства внутренних дел ЧССР «О заключении браков иностранных граждан с чехословацкими гражданами» приводились примеры заключения браков «без намерения основать супружеский союз» с целью получения разрешения на пребывание иностранца в ЧССР или с целью получения чехословацким гражд-

²⁵⁴ См., например: Семейный и опекунский кодекс ПНР. М., 1967; Семейный кодекс на НРБ. София, 1985; Семейное право зарубежных европейских социалистических стран / Под ред. В.П. Грибанова и А.М. Беляковой. М., 1979.

данином разрешения на выезд за границу. И. Хадерка характеризовал данное явление как двустороннюю симуляцию (фиктивный брак) – в отличие от односторонней симуляции, которая как фиктивный брак им не квалифицировалась²⁵⁵.

Правовая реакция на фиктивный брак была возможна в Югославии²⁵⁶. Наиболее близко к российскому варианту находились теория и практика Румынии²⁵⁷.

Правовая природа фиктивного брака, как мы уже отмечали, близка природе мнимой сделки (в том числе – аналогична для двусторонне фиктивного брака)²⁵⁸. Существо и виды брачной фиктивности, как правило, обсуждались и обсуждаются с точки зрения субъективной и объективной стороны данного деяния.

Первый аспект включает, во-первых, **мотивацию** фиктивного акта: получение прописки-регистрации в обход существующих правил; приобретение права на жилую площадь, социальное обеспечение; возможность уклониться от нежелательного распределения на работу, место службы по окончании военного училища и других учебных заведений, где «распределение» сохранилось; приобретение права на въезд в соответствующую страну, получение вида на жительство и т.п.; желание числиться замужем – по мотивам как корыстного, так и сугубо личного характера²⁵⁹, вступление в брак с престарелым или тяжело больным человеком с целью завладения имуществом после его смерти, которое недобросовестный супруг рассчитывает получить по наследству на основании закона или завещания²⁶⁰.

Как отмечает Л.Б. Максимович, социальные причины данного правонарушения далеко не всегда кроются в пороках развития личности. Определенная часть фиктивных браков – не болезнь, а симптом неадекватного законодательства, чрезмерного ограни-

²⁵⁵ См.: Хадерка И. Вступление в брак. Правовые аспекты. М., 1980. С. 164–166.

²⁵⁶ Семейное право зарубежных... С. 341.

²⁵⁷ См.: Там же. С. 241.

²⁵⁸ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1999. С. 131.

²⁵⁹ Подробнее о мотивах и судебной практике см.: Тарусина Н.Н. О фиктивных ... С. 84–85; Белякова А.М. Вопросы советского семейного права в судебной практике. М., 1989. С. 20–22.

²⁶⁰ См.: Максимович Л. Фиктивный брак // Закон. 1997. № 11. С. 73.

чения прав граждан²⁶¹. На наш взгляд, это спорное утверждение: конечно, российское государство отличалось (и не только, впрочем, оно) запретительностью и категорическими императивами, однако нарушали запреты далеко не все, да и запрет запрету – рознь, как нарушение нарушению также. Например, в односторонне фиктивном браке недобросовестная сторона, нередко используя влюбленность другой стороны, получает желаемую регистрацию, вид на жительство и т.п., и затем, достигнув «блага», спешит расторгнуть брак, нанося тяжкую психологическую травму добросовестной стороне (тем большую, если раскроется фиктивность брака и будет применена процедура признания его недействительным, а не развода). Государство, разумеется, может быть «монстром», но грань, за которой следует категорическое оправдание правонарушения (кроме, конечно, отказа исполнять преступные приказы), весьма тонка. Фиктивные браки, как правило, связаны с корыстными побуждениями, а не обусловлены необходимостью физического выживания, защиты слабой стороны, собственной чести и т.п.

Во-вторых, субъективный контекст предполагает проблему дифференциации фиктивности на классическую **двустороннюю** (именно она по своей природе аналогична фиктивной гражданско-правовой сделке) и **одностороннюю**. При этом, как показывает судебная практика, последний вариант более распространен, хотя нередко и сложнее в плане судебного доказывания факта фиктивности.

В-третьих, данный вид аналитики используется для отличия фиктивного брака от брака **«по расчету»** и от недействительного брака, заключенного вследствие **обмана**. Первое отличие проводится по объективной стороне отношения (брак по расчету характеризуется созданием семьи, нормальных супружеских отношений, хотя его социальная природа и не вполне соответствует положениям ст. 1 СК РФ – о построении семейных отношений «на чувствах взаимной любви и уважения»...). Второе – прежде всего по цели правонарушителя: обман используется как способ создания с брачным партнером семьи, т.е. реального брака, а фиктивность (односторонняя симуляция) – как способ использования правовой конструкции registrati-

²⁶¹ Максимович Л. Фиктивный брак. С. 73–74.

стрированного брака для достижения корыстных целей, без намерения создать реальную семейную общность.

Второй аспект позволяет ответить на весьма сложный практический вопрос: можно ли признать союз **фиктивным**, если стороны вступили в отношения, **характерные для супругов**? Теоретический спор давно разрешен²⁶²: да, ибо в односторонне фиктивном браке недобросовестный субъект вынужден симулировать добропорядочность своих целей для реализации недобропорядочных. Практически же решение затруднено, особенно при крайней осторожности недобросовестного «супруга», а также в связи с допущением фактов невыполнения обычных супружеских обязанностей и раздельным проживанием супругов в действительном браке. Впрочем, некоторые юристы не исключают возможности признания брака недействительным как фиктивного, даже если в таком союзе родился ребенок²⁶³, что сомнительно: пожалуй, в подобных случаях «количество» явно перешло в «иное качество»... (Возможно, именно для подобных случаев следует ввести в семейный закон норму о неблагоприятных последствиях расторжения брака при наличии особых типов вины.)

Доказательственная сторона в процессе по иску о признании брака недействительным как фиктивного весьма сложна. Отличить его от брака по расчету, брака по ошибке («затмение влюбленности»), легкомыслию и т.п. часто не только непросто, но даже невозможно.

Интереснейшим примером успешного дела является процесс в одном из судов Москвы по иску И.Я. Сыркиной к В.Н. Каревичу (с одновременным рассмотрением встречного иска последнего о расторжении брака). В речи адвоката Б.В. Филиппова отмечалось, что Каревич вступил в брак только для получения прописки, жилой площади и работы в Москве. Это подтверждалось следующими обстоятельствами дела. Сыркина с дочерью проводила отпуск в Одессе, на пляже она познакомилась с Каревичем, молодым, интересным инженером, имеющим ту же специальность, что и она,

²⁶² См., например: Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 86–90; Шишигина Н. Условия и последствия признания брака недействительным // Советская юстиция. 1975. № 14. С. 19–20.

²⁶³ См., например: Максимович Л. Фиктивный брак. С. 74–75.

жителем г. Черновцы. Из разговора Каревич выяснил, что Сыркина одинока, имеет хорошую двухкомнатную квартиру, в которой проживает с 8-летней дочерью; со своей стороны он пожаловался новой знакомой на одиночество и неустроенный быт. Отпуск дамы подходил к концу – «кавалер» явно и настойчиво начал проявлять свою влюбленность и даже настоял на проводах ее в Москву. В Москве он задержался на несколько дней, убеждая будущую истицу в своей любви и горячем желании видеть ее своей женой. На четвертый день было подано заявление в орган ЗАГС. Жених улетел домой. В письмах невесте исподволь проводилась мысль о том, чтобы она не афишировала свой брак, не готовилась к «пышной» свадьбе, не приглашала даже родственников, так как он противник официоза.

В день регистрации Каревич прибывает в Москву с маленьким чемоданчиком, на кольца и скромный ужин в ресторане у него не оказывается денег. Затем начинаются хлопоты с пропиской, по совету опытного сотрудника паспортного стола Сыркина оформляет пока временную регистрацию. И тогда происходит первая ссора: Каревич, не желая быть «временным мужем», уезжает домой. Сыркина оформляет постоянную прописку, устраивает мужа на работу в институт, где работает сама (это занимает определенное время, что крайне раздражает Каревича). Как только регистрация и работа получены, Каревич в первый же рабочий день настаивает на подаче заявления о расторжении брака ввиду разочарования в жене. Измученная претензиями и скандалами, Сыркина не возражает. И брак был бы расторгнут – Каревич сохранил бы максимум запланированных благ. Однако в квартире Сыркиной появляется молодая женщина, с которой, как выяснилось, Каревич несколько лет жил в фактическом браке и у которой взял взаймы 500 рублей, чтобы «расписаться» с москвичкой. Обе женщины убеждаются, что обмануты Каревичем. Сыркина обращается за советом к адвокату. В итоге предъявляется иск о признании брака недействительным как фиктивного, а Каревичем заявляется встречный иск о расторжении брака. Дело истицей было выиграно²⁶⁴.

²⁶⁴ Подробнее об этом см.: Речи советских адвокатов по гражданским делам. М., 1976. С. 60–70.

Правовые последствия недействительности фиктивного брака традиционны и не исключительны: двусторонняя реституция – с соблюдением «правовых льгот» для добросовестной стороны и нераспространением реституции на статус детей (ст. 30 СК РФ).

Между тем и в этом вопросе позиция российского семейного права далеко не адекватна зарубежным вариантам. Так, и новый СК Республики Болгарии не только не предусматривает фиктивность как основание недействительности брака, но и последняя вообще выстраивается по иным правилам, нежели в нашем Семейном кодексе: «уничтожение» (недействительность) брака рассматривается как один из способов его прекращения (ст. 94); последствия уничтожения равны последствиям расторжения брака, а недобросовестность стороны имеет значение вины при разводе (ст. 98)²⁶⁵. Подобная позиция не случайна. Классики болгарского семейного права (Н. Меворах и Л. Ненова) полагают, что лицам, виновным в недействительности брака, негоже предоставлять возможность прекратить его по упрощенной процедуре.

Л. Ненова в качестве акта судебного толкования по этому вопросу приводит следующее решение Верховного Суда НРБ: симуляция брака не может доказываться; общественное значение акта регистрации столь важно, что он не может быть отменен по основанию тайного соглашения и в силу такого соглашения прекращен брак как симулятивный²⁶⁶.

«Соображения в пользу такого решения могут быть черпнуты, – отмечает Л. Ненова, – и в самом единстве бракосочетания, которое совершается с участием государственного органа»²⁶⁷. Ища поддержки своего коллеги Н. Мевораха, автор знакомит нас со следующим его находчивым замечанием: «...в браке мы имеем в качестве стороны не только супругов, но и общество, а общество в данном случае не участвует в скрытых

Другие классические дела как с односторонней, так и двусторонней фиктивностью см.: Тарусина Н.Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях.

²⁶⁵ Семейный кодекс на РБ. София, 1993.

²⁶⁶ Ненова Л. Ничтожня брак // Годишник на Софийския университет. Юридически факултет. 1978. Т. 71. С. 326. (Переводы с болг. Н.Н. Тарусиной).

²⁶⁷ См.: Ненова Л. Ничтожня брак.

уговорах и скрытых целях вступающих в брак»²⁶⁸. Однако, приводя иные позиции, частично и полностью не совпадающие с болгарской, в частности российскую, немецкую и французскую²⁶⁹, Л. Ненова оставляет их практически без комментариев. Между тем «святость» акта с участием государственного регистратора брачного союза уже, например, не поддерживается автором при обнаружении значимых пороков воли и/или сокрытии иных существенных обстоятельств²⁷⁰. Да и СК РБ в этом случае предписывает уничтожение брака (ст. 96). В конце концов во всех цивилизованных странах акты государственных органов – и индивидуальные, и даже нормативные – могут быть объявлены «ничтожными» судебной властью...

Следует также заметить, что после исключения из семейного закона института недействительности фиктивного усыновления²⁷¹ признание недействительным фиктивного брака оказалось единственной реакцией семейного закона на случаи фиктивности как в брачной, так и семейно-правовой сфере в целом.

В частности, официальная реакция закона отсутствует на случай **фиктивного развода**, хотя в практике он распространен весьма давно, и в доктринальном, а также правоприменительном плане на данную проблему обратили внимание ученые и практики еще в 70-х гг. XX в.²⁷² Поводом к фиктивному разводу, как правило, служит желание сторон обойти жилищное законодательство (получить или улучшить социальное жилье), специальные правила о регистрации граждан (в Москве и т.п. городах), ранее – междугородном обмене квартир. Особое место занимают случаи «союзов» фиктивного развода и фиктивного раздела имущества или фиктивного брачного договора, имеющие целью уйти полностью или частично от имущественных гражданско-правовых обязательств одного из супругов.

Признание фиктивного развода (единоличного или в комплексе с другими фиктивными актами) недействительным – на основании аналогии норм семейного закона о фиктивном браке и гражданского закона о фиктивной сделке (ст. 5 СК РФ), а

²⁶⁸ Цит. по: Ненова Л. Ничтожния брак. С. 326.

²⁶⁹ Там же. С. 327.

²⁷⁰ Там же. С. 323–325.

²⁷¹ Подробнее об этом см. далее.

²⁷² См., например: Зимарин В. Расторжение брака // Социалистическая законность. 1975. № 3. С. 61.

также определение соответственно гражданско-правовых, административно-правовых или уголовно-правовых последствий не вызывает серьезных затруднений: реституция, взыскание, привлечение...

Сложнее с семейно-правовыми последствиями, ибо отношения носят сугубо личный характер, стороны могли трансформировать их в фактический развод, и объявление его недействительным выглядело бы, на первый взгляд, парадоксально. Однако и полная санация, как, например, фиктивного брака, здесь неуместна, так как «санация наоборот» есть не меньший парадокс.

Видимо, целесообразно применять «полусанацию»: правовые отношения (или правовые последствия), возникновения (наступления) которых неправомерно добивались стороны, должны подвергнуться реституции; прекращение брака, если супруги уже не желают возобновления его²⁷³, считать состоявшимся с момента вступления в законную силу судебного решения по иску.

Возможен и другой вариант. Если суд установит, что «фиктивно разведенные» супруги (или один из них) в настоящее время стремятся к действительному прекращению брачного правоотношения, следует разрешить предъявленные прокурором (или иным законным заявителем) требования об аннулировании всех правовых последствий, кроме семейно-правовых, а последние определить с соблюдением следующей процедуры: 1) при взаимном стремлении к разводу прекратить брак по правилам ст. 23 СК РФ; 2) при одностороннем – отложить дело слушанием на 3 месяца (т.е. максимально возможный срок – ч. 2 ст. 22 СК РФ), при подтверждении просьбы – признать фиктивный развод действительным с момента вступления данного решения в законную силу, сообщить отделу ЗАГС об изменении даты прекращения брака.

²⁷³ В. Зимарин (прокурор Н-ской области) в качестве примера приводит казус из своей практики: супруги фиктивно расторгли брак, чтобы произвести выгодный обмен своей квартиры в г. Днепропетровске на квартиру в г. Киеве; муж, переехав (временно без жены) в г. Киев, не захотел выполнить договоренностей и зарегистрировать брак со своей женой повторно; «бывшая» жена обратилась с жалобой в прокуратуру... (См.: Зимарин В. Указ. соч. С. 61).

Упомянутый здесь **фиктивный раздел имущества** может быть подвергнут двум различным процедурам в зависимости от способа осуществления данного акта. Если супруги заключили соглашение о разделе брачной собственности, то предъявляется иск о признании этого соглашения недействительным. Если раздел осуществлен судебным решением в результате бракоразводного (по правилам ст. 24 СК РФ) или автономного процесса, его фиктивность должна подтверждаться в порядке пересмотра судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам.

Фиктивный брачный договор также есть разновидность фиктивной сделки. Признание его недействительным осуществляется по правилам ГК РФ, на что указывает бланкетная норма ч. 1 ст. 44 СК РФ. Цели данного деяния аналогичны фиктивному разделу имущества.

Однако, поскольку брачно-договорные отношения регулируются преимущественно семейным законом, целесообразно предусмотреть в нормах последнего положения о сущности и последствиях фиктивности. Это станет тем более актуальным, если, как мы отмечали ранее, будет законодательно усилена социально-гуманитарная составляющая брачного договора.

До принятия СК РФ 1995 г. охранительные семейно-правовые нормы реагировали на **фиктивное усыновление** (ст. 111 – 113 КоБС РСФСР), а прежние кодексы – нет. Само становление и развитие института усыновления в советском семейном праве осуществлялось именно в борьбе с фиктивным усыновлением. По Кодексу законов об актах гражданского состояния, брачному, семейному и опекунскому праву РСФСР 1918 г. усыновление было запрещено во избежание возможности эксплуатации несовершеннолетних, которые под видом усыновления могли быть использованы как даровая рабочая сила. Со временем эти мотивы утратили остроту. В 1926 г. институт усыновления был восстановлен. По смыслу нормы ст. 66 КЗоБСО 1926 г. на практике допускалась возможность отмены усыновления по иску государственных органов (например, собеса)²⁷⁴, если оно возникало не с целью восполнить ребенку отсутствие родительской заботы, а использовалось лишь для не-

²⁷⁴ См., например: Бошко В.И. Очерки советского семейного права. Киев, 1952. С. 291–292.

законного получения каких-либо материальных благ (пенсии, пособия, права пользования жилым помещением и наследством ребенка и т.п.). КоБС РСФСР объявлял фиктивность основанием недействительности усыновления.

Соответствующее зарубежное законодательство, как правило, не солидарно с российской позицией и в вопросе фиктивности усыновления: либо институт недействительности усыновления отсутствует – и данное правоотношение прекращается путем отмены усыновления, либо он есть, но не предполагает такого самостоятельного основания недействительности, как фиктивность. Так, правило п. 3 ч. 1 ст. 64 СК РБ предусматривает прекращение усыновления вследствие тяжкой провинности стороны и по другим обстоятельствам, которые глубоко расстраивают отношения между усыновителем и усыновленным. Поскольку «тяжкая провинность» трактуется по аналогии с основаниями лишения родительских прав²⁷⁵, фиктивность в «скрытом виде», не напрямую может присутствовать лишь в «других обстоятельствах».

Семейный кодекс РФ, введя судебный порядок установления усыновления (по правилам гл. 29 ГПК РФ), отказался от института недействительности усыновления, так как суд не может участвовать в правонарушении (в отличие от иных государственных органов). Но, разумеется, отменить явление фиктивности законодатель не в силах. Поэтому последнее (и другие нарушения условий усыновления) должно рассматриваться как основание к отмене судебного решения об установлении усыновления – в порядке гражданского судопроизводства (п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 4 июля 1997 г. № 9 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении усыновления»). Соответственно, по мнению авторов комментариев к СК, это может быть кассационное или надзорное производство²⁷⁶. Однако, поскольку факт фиктивности, как правило, не был и не мог быть известен суду, вынесшему решение, и заявителю (прокурору, органу опеки и попечительства), полагаем, что следует вести речь в этих слу-

²⁷⁵ См., например: Ненова Л. Вината в българското семейно право. София, 1983. С. 157, 161 и след.

²⁷⁶ См., например: Комментарий к Семейному кодексу РФ / Под ред. И.М. Кузнецовой. М., 1996. С. 343.

чаях об исключительном судопроизводстве – пересмотре решения по вновь открывшимся обстоятельствам (ст. 392 ГПК РФ).

Фиктивное взыскание алиментов открывает ту группу фиктивных актов, на которые СК РФ (и прежние кодексы) не реагируют, но судебной и административной практике они известны. Заявление (для выдачи судебного приказа) или исковое заявление о взыскании алиментов подается в суд по сговору обязанного лица и формально управомоченного лица с целью последующего заявления об уменьшении размера алиментов другим лицам. Этими актами инспирируются либо бесспорная потребность в содержании, либо спор о праве на алименты. Последний фиктивен и служит как бы предметом другого спора, со своеобразной процессуальной природой – о признании фиктивным иска (заявления) о взыскании алиментов²⁷⁷.

Как правило, фиктивное заявление о взыскании алиментов осуществляется в алиментных правоотношениях между родителями и несовершеннолетними детьми. Если процесс исковой, в дело в качестве третьего лица без самостоятельных требований привлекается мать ребенка, на которого наш «фиктивный ответчик» уже выплачивает алименты. Однако распространение на дела данной категории, хотя и в диспозитивном режиме, процедуры судебного приказа затрудняет, если вовсе не исключает, правильную оценку судом сложившейся ситуации. В этом случае надо либо пересматривать судебный приказ как постановление, разрешившее дело по существу (а не как вид исполнительного документа), в порядке надзорного производства, что вряд ли реально, либо при последующем судебном рассмотрении иска об уменьшении размера алиментов на первого ребенка использовать суду право учесть все существенные для дела обстоятельства (п. 2 ст. 81 СК РФ).

Некоторое распространение имеет и **фиктивное признание отцовства**. Например, супругом матери внебрачного ребенка, вместо усыновления, процедура которого всегда была сложна²⁷⁸; посторонним мужчиной – за материальное вознагра-

²⁷⁷ Подробнее об этом см.: Заболоцкий И.И., Кузнецова И.М. Вопросы взыскания алиментов в судебной практике // Комментарий судебной практики за 1979 г. М., 1980. С. 49–52.

²⁷⁸ См., например: Шахматов В.П. Законодательство о браке и семье. Томск, 1981. С. 124.

граждение со стороны матери ребенка или в связи с его желанием получить определенные льготы (по налогообложению, в предоставлении жилья, получении права на отсрочку по призыву на действительную военную службу и т.п.).

Хотя каждый из приведенных казусов есть правонарушение, первый из них как бы «мотивационно благороден» и в целом отвечает интересам ребенка, которые являются объектом приоритетной семейно-правовой охраны и защиты. Поэтому суд, на наш взгляд, вправе, если прокурор или орган опеки и попечительства решается предъявить иск о признании данного акта и записи об отцовстве недействительными, санировать его в интересах ребенка и семьи в целом, применив по аналогии правила ч. 2 и 3 ст. 20 СК РФ. Остальные же казусы правовой санации не подлежат (если только не произойдет чуда – и фиктивный отец привяжется к ребенку...). Впрочем, разумеется, корректнее предусмотреть непосредственную реакцию семейного закона, а не использовать аналогии «внатяжку».

В жизни встречаются (или могут появиться в качестве «новоделов») и другие фиктивные акты: **фиктивная опека** (попечительство), **фиктивное приемное родительство**, **фиктивный патронаж** и т.д., т.е. данные явления сопровождают (или в принципе могут сопровождать) отношения любого института семейного права.

Так, пока не нашла своего подтверждения в правоприменительной практике фиктивная опека, хотя по некоторым данным она существует. Как и в ряде случаев, побудительным мотивом может быть желание воспользоваться социальными льготами: получить пособие на ребенка, оставшегося без попечения родителей, использовать возможность проживания на жилплощади подопечного, приобрести для ребенка право на внеконкурсное зачисление в вуз и т.п. При этом набор обстоятельств фиктивной опеки (ее «объективной» и «субъективной» стороны) весьма индивидуален. Например, поводом к проверке реальности опеки при анализе документов соответствующего абитуриента (путем запроса в орган опеки) может послужить опекуновство ребенка бабушкой при наличии родителей или одного из них, когда предъявлено постановление об установлении опеки определенной давности и возникают сомнения в его действии на момент подачи документов в вуз.

Так или иначе очевидно, что и в теоретическом, и в прикладном плане явления фиктивности должны быть систематизированы, оценены и получить реакцию на уровне отраслевого (в нашем случае семейного) закона.

4.2.8. О мировых сделках и мировых соглашениях по семейным делам

Мировая сделка как правовое явление известно достаточно давно. В любой правовой системе с хотя бы относительно развитым договором, диспозитивностью, элементами саморегуляции конфликта в том или ином виде оно присутствует. (Более того, зарубежом достаточно развито, а в современном российском праве уже присутствует представление о допущении мировой сделки в уголовном праве и процессе²⁷⁹.)

Данная правовая конструкция, имея цивилистическую природу, существует, тем не менее, в двух ипостасях – в качестве **мировой досудебной сделки и мирового соглашения** в рамках юрисдикционного, в нашем случае **гражданского процесса**.

Так, Г.Ф. Шершеневич под именем мировой сделки понимал договор, в котором контрагенты обязываются к взаимным уступкам ввиду сомнительности принадлежащих им в отношении друг друга прав. Ее цель, продолжал автор, «состоит в том, чтобы ценою обоюдных жертв устранить или предупредить споры, процессы, памятуя, что худой мир лучше доброй ссоры»²⁸⁰. Если взаимности уступок нет, подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, то нет и мировой сделки, а есть только дарение²⁸¹. Д.И. Мейер рассматривал ее как договор, в силу которого тяжущиеся прекращают существующий между ними спор²⁸². Аналогичной точки зрения придерживался и А.Х. Гольмстен²⁸³. Как видим, данные авторы и некоторые другие цивилисты и процессуалисты XIX – начала

²⁷⁹ Подробно об этом см.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002.

²⁸⁰ Шершеневича Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 488.

²⁸¹ Там же. С. 490.

²⁸² См.: Мейер Д.И. Гражданское право. Ч. 1. С. 269.

²⁸³ См.: Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб., 1907. С. 253.

XX в. не разграничивали мировую сделку на внесудебную и судебную²⁸⁴. Напротив, многие процессуалисты такое разграничение проводили (Е.В. Васьковский, Е.А. Нефедьев, И.Е. Энгельман и др.²⁸⁵): в отличие от внесудебной судебная мировая сделка касается спорного правоотношения, ставшего предметом гражданского процесса; совершается в присутствии суда и под его контролем; имеет особые формы заключения²⁸⁶.

Современная российская цивилистика использует для этих двух типов двухсторонних актов два термина: мировая сделка в рамках гражданско-правового пространства и смежных с ним (трудового права, семейного права и т.д.) и мировое соглашение в рамках пространства гражданско-процессуального (впрочем, иногда все же увлекаясь и терминологическим единообразием).

Поскольку прямой регуляции данного отношения в ГК РФ нет, на практике в качестве правового базиса приходится опираться на положения ст. 421 ГК РФ – о допущении непоименованных договоров. Это, по справедливому мнению М.А. Рожковой, существенно затрудняет ее использование, как бы сдерживает участников гражданского оборота в применении столь важного института защиты права²⁸⁷. Напротив, ГПК РФ (и ранее – ГПК РСФСР) придерживаются традиции опираться на данный институт разрешения спора, который рассматривается как один из «сущностнообразующих» элементов принципа диспозитивности гражданского судопроизводства (в широком смысле)²⁸⁸.

²⁸⁴ Хотя, разумеется, «по умолчанию», такое различие подразумевали – это предположение следует из факта очевидного профессионализма указанных авторов.

²⁸⁵ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 457; Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1909. С. 336; Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев. 1912. С. 449–450.

²⁸⁶ См., например: Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 457.

²⁸⁷ См.: Рожкова М.А. Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М., 2005. С. 42–43.

²⁸⁸ См., например: Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 17, 21, 26–27. Курс гражданского процессуального права. Т. 1. М., 1981. С. 161–163; и др.

Отличаются ли природы и сущности мирового соглашения (п. 1 ст. 39 ГПК РФ) и мировой сделки? Некоторые авторы рассматривают их как равнозначные, тождественные²⁸⁹, с чем, впрочем, большинство процессуалистов, исследующих мировое соглашение, не согласны.

При этом, указывая на специфическую процессуальную форму существования данного явления, они акцентируют внимание либо на материально-правовой, либо процессуально-правовой «конституции» судебного мирового соглашения.

Так, например, акцент первого рода делается С.В. Курьлевым: данное соглашение представляет собой совокупность двух согласованных материально-правовых, как правило, распорядительных актов сторон, – волеизъявление истца на уменьшение исковых требований или на их новацию и волеизъявление ответчика на признание правомерности этих изменений исковых требований²⁹⁰. Я.Л. Штутин под судебным мировым соглашением, совершаемым в ходе процесса в силу принципа диспозитивности, понимает гражданско-правовой акт, имеющий своей целью прекратить действие ранее заключенного сторонами обязательства с заменой новым обязательством или без такой замены²⁹¹.

М.А. Гурвич, исходя из того, что указанная конструкция с точки зрения процессуально-правовой есть акт распоряжения процессуальным правом, подчеркивает: «мировое соглашение, заключенное на суде, состоит не во взаимных волеизъявлениях каждой из сторон, обращенных к другой стороне, а в обращении обеих сторон к суду, одновременных и согласованных по своему содержанию. Таким образом, судебное мировое соглашение существенно отличается по своему составу от мировой сделки (договора) гражданского материального права, которая фактически (хозяйственно) лежит в его основе»²⁹².

²⁸⁹ См., например: Прохоренко В.В. Правовая природа мирового соглашения // Цивилистические записки. Вып. 2. Екатеринбург, 2002. С. 332.

²⁹⁰ См.: Курьлев С.В. Объяснения сторон как доказательство в советском гражданском процессе. М., 1956. С. 157.

²⁹¹ См.: Штутин Я.Л. Предмет доказывания в советском гражданском процессе: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1964. С. 16.

²⁹² Гурвич М.А. Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Труды ВЮЗИ. Т. III. М., 1965. С. 105.

К.И. Комиссаров определяет данную правовую конструкцию как основанное на взаимных уступках соглашение сторон и третьих лиц с самостоятельными требованиями относительно условий прекращения судебного спора о праве гражданском²⁹³.

Р.Е. Гукасян, находясь как бы на другом «полюсе» и полемизируя с М.А. Гурвичем, отмечает: если волеизъявление сторон на заключение мирового соглашения – это не процессуальные действия, а юридические факты гражданского права, то данному процессуальному институту места в гражданском процессуальном праве нет, ибо процессуальные действия обеих сторон в виде обращения к суду, пусть и одновременного и согласованного по содержанию, есть уже не соглашения, а односторонние волеизъявления²⁹⁴. Мировое соглашение представляет собою договор о разрешении спора на взаимоприемлемых для сторон условиях, субъектами которого могут быть истец, ответчик и третьи лица, заявляющие самостоятельные требования на предмет спора. Оно может быть юридическим фактом материального права, продолжает автор, если стороны своим соглашением изменяют материальное правоотношение, если же они его только подтверждают²⁹⁵, данные действия выступают только как юридический факт процессуального права²⁹⁶. Соответственно, возражая Р.Е. Гукасяну, М.А. Гурвич подчеркивает, что мировое соглашение является

²⁹³ См.: Комиссаров К.И. Отказ от иска и мировое соглашение // Социалистическая законность. 1967. № 9. С. 46.

Детальнее о точках зрения см.: Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. М., 2002. С. 207–212; Рожкова М.А. Мировая сделка... С. 13 и след.

²⁹⁴ См.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве // Избранные труды по гражданскому процессу. М., 2009. С. 125.

²⁹⁵ Не есть ли «голое» подтверждение факта материального правоотношения, без взаимных уступок, своеобразное единство двух распорядительных действий – признания иска и отказа от иска? Может быть, этой конструкции следует придать другое наименование, например, «примирение» как особую разновидность примирительных процедур?..

²⁹⁶ См.: Гукасян Р.Е. Мировые соглашения как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 142–143.

«не процессуальным договором, а юридическим составом более сложным, в который входят договор, в смысле сделки гражданского права, и ряд элементов процессуального значения»²⁹⁷. Действительно, иное понимание его природы ведет к разрушению классического представления о том, что гражданские процессуальные правоотношения (как властеотношения) складываются только с обязательным участием суда, между сторонами они не возникают²⁹⁸.

Впрочем, Р.Е. Гукасян, с одной стороны, не настаивает на возможности заключения договора с судом – именно потому, что это не отношения между равными субъектами. Однако, с другой стороны, полагает, что в ряде случаев «договоры в гражданском процессуальном праве выступают юридическими фактами процессуального значения: кроме мировых соглашений речь идет о договорах о передаче дела на рассмотрение третейского суда, изменении территориальной подсудности дела»²⁹⁹.

По этому поводу можно, пожалуй, высказать два возражения. Во-первых, указанные отношения имеют не гражданско-процессуальную, а иную организационную природу. Во-вторых, как бы возражение от противного: например, по делу о расторжении брака судебное решение является одним из юридических фактов прекращения материального (брачного) правоотношения; это обстоятельство не придает судебному акту материально-правовой природы. «Породистость» его остается процессуальной. Также обстоит и с мировыми соглашениями: будучи юридическими фактами для процесса, они не становятся от этого гражданско-процессуальными правоотношениями³⁰⁰.

²⁹⁷ Советский гражданский процесс / Под ред. М.А. Гурвича. М., 1975. С. 125.

²⁹⁸ С точки зрения одной из концепций спора стороны могут участвовать, например, в некоем организационно-охранительном правоотношении. См., например: Бутнев В.В. Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 6–10.

Подробнее о концепции см. очерк шестой книги.

²⁹⁹ См.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса... С. 123–124.

³⁰⁰ Впрочем, в гражданско-процессуальной науке высказана, как известно, точка зрения о допустимости гражданско-процессуальных

Мировая (досудебная) сделка, согласно обобщению, сделанному М.А. Рожковой, характеризуется следующим: 1) будучи двух- (много)сторонней, она совершается лицами, уже связанными гражданским правоотношением; 2) ее мотивом является неясность, неопределенность или спорность в правоотношении, социальной целью – прекращение (предотвращение) спора, а правовой – защита субъективного гражданского права; 3) определяющий признак мировой сделки состоит не во взаимности уступок, а в ее возмездности, имеющей особую (компромиссную) природу³⁰¹ – на основе эквивалентности³⁰², выраженной в уплате денег, предоставлении имущества, отказе в осуществлении права или подтверждении его, выполнении работы или оказании услуги, отказе от действий или совершении оных и т.д.³⁰³

Как мы уже отмечали ранее, Ф.О. Богатырев, опираясь на классические исследования по данному вопросу, делает достаточно обоснованный вывод о допустимости обязательства с глубоко неимущественным интересом. Опираясь на тезис о бесконечном разнообразии совершаемых человеком действий, автор полагает, что такое разнообразие вполне может охватывать и действия неимущественного характера³⁰⁴, а значит, возможны мировые сделки в личных правоотношениях³⁰⁵.

Мировое судебное соглашение, независимо от акцента на его материально-правовую природу или процессуальную форму

правоотношений (а не «иных организационных») между участниками процесса. (См., например: Жеруалис И. Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс, 1969. С. 62–64.)

Следует заметить, что мы не являемся категорическими «отрицателями» такого допущения: в каждой отрасли права не исключены правоотношения нетипичного толка.

³⁰¹ Каждая из сторон, защищая свое «благо», соглашается что-то уступить, или стороны предоставляют нечто друг другу.

³⁰² Под эквивалентностью, пишет М.А. Рожкова, понимается мерило взаимных предоставлений сторон с позиции разумности и добросовестности. См.: Рожкова М.А. Указ. соч. С. 62.

³⁰³ См.: Рожкова М.А. Там же. С. 43–70.

³⁰⁴ См.: Богатырев Ф.О. К вопросу о существовании обязательств с нематериальным интересом // Журнал российского права. 2004. № 1. С. 88–100.

³⁰⁵ См. также: Рясенцев В.А. Мировые сделки (соглашения) // Социалистическая законность. 1984. № 12. С. 27.

существования, имеет, естественно, специфические характеристики. Так, Т.М. Яблочков отмечал: «Мировая сделка по существу своему не есть "процессуальное действие", а есть действие в процессе». «Состоявшаяся в присутствии суда, – продолжал автор, – она равносильна *res judicata* (судебному решению, вошедшему в законную силу), и все последующие решения беспредметны, ибо нет спора о праве гражданском»³⁰⁶.

Е.А. Нефедьев, сопоставляя судебную сделку в статусе судебного акта с классическим судебным решением, подчеркивал: 1) суд связан исковыми требованиями – стороны же могут воспользоваться иными способами удовлетворения своих интересов (если они, разумеется, существуют); 2) в ходе процесса каждая из сторон рискует его проиграть – при заключении мировой сделки риск распределяется соразмерно тому, насколько для истца было рискованно обратиться в суд, а ответчику строить защиту; 3) суд не обладает реальной возможностью установить материальную истину, так как исследует обстоятельства дела через «посредников», истца и ответчика, которые как раз подоплеку дела знают, «истиной» владеют³⁰⁷. В другой своей работе Е.А. Нефедьев подчеркивал, что «мировая сделка есть договор, заключая который стороны заменяют прежнее неясное отношение другим – ясным, несомненным. ... Неясность, спорность правоотношения может быть последствием спорности существования права или объема его, или возможности его осуществления (между прочим, возможности получения удовлетворения)». Мировая сделка, продолжал автор, имеет место тогда, когда опасение проиграть дело существует для обеих сторон; если «для одной стороны право является бесспорным, то мировая сделка для нее является *sine causa*»; средством прийти к миру являются взаимные уступки; «этим путем каждая сторона получает менее того, на что она могла бы рассчитывать при решении дела в ее пользу, но зато получает это меньшее – наверное»³⁰⁸.

³⁰⁶ Яблочков Т.М. Нормативная сила судебного решения // Вестник гражданского права. 1916. № 1. С. 47–48.

³⁰⁷ Более подробное изложение взглядов Е.А. Нефедьева по данному вопросу см. в работе «Склонение сторон к миру в гражданском процессе» (Казань, 1890. С. 18–22). См.: Рожкова М.А. Указ. соч. С. 68–69.

³⁰⁸ Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1909. С. 335–336.

Закон не только допускает мировые сделки в гражданском процессе, отмечал К.И. Малышев, но и поощряет судей склонять тяжущиеся стороны к примирению, избегая, однако, при этом всякого принуждения, не навязывая условий такого примирения, ибо иначе склонение сторон к миру может стать орудием в руках судьи, тайно покровительствующего ответчику³⁰⁹.

Р.Е. Гукасян акцентирует внимание на определенных преимуществах мировых соглашений перед судебными решениями: во-первых, они дают суду больше возможности в оказании воспитательного воздействия на участников спора, судебное решение содержит элементы государственного принуждения, соглашение же строится на основе понимания сторонами необходимости именно такого способа снятия их конфликта; во-вторых, судебные споры в ряде случаев (если не во многих) вызываются незнанием законодательства – соответствующие разъяснения суда могут служить основанием для завершения дела миром; в-третьих, мировые соглашения очень часто становятся первым шагом к примирению сторон, в то время как судебное решение нередко увеличивают пропасть между ними³¹⁰; разумеется, такое предпочтение базируется на законности соглашения, проверенной судом³¹¹. Его процессуально-правовое значение состоит в выполнении функции акта разрешения спора о праве гражданском. В совокупности с определением суда оно служит одним из оснований прекращения производства по делу. При этом, утверждает Р.Е. Гукасян, мировое соглашение выступает «правовой формой фактического примирения сторон», наряду с отказом от иска и признанием иска³¹². На наш

³⁰⁹ См.: Малышев К.И. Гражданское судопроизводство. СПб., 1883. С. 416–420. Подробнее о позиции К.И. Малышева см. : Плешанов А.Г. Указ. соч. С. 208–209.

³¹⁰ В другой своей работе автор подчеркивает: «Это свойство мирового соглашения особенно важно при разрешении споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений». Гукасян Р.Е. Мировые соглашения как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений. С. 143.

³¹¹ См.: Гукасян Р.Е. Проблема интереса... С. 118–120.

³¹² См.: Гукасян Р.Е. Указ. соч. С. 124–125.

В этой связи, в контексте мировой юстиции, И.К. Пискарев, опираясь на позицию Н.А. Чечиной о новом «прочтении» института мировых судей (а не возрождении старого), подчеркивает их особенную

взгляд, это излишне обобщенное утверждение: оба последующих случая распоряжения правом отнюдь не всегда свидетельствуют и мотивационно, и сущностно о мирном разрешении правового конфликта (спора).

Современные исследователи еще более активно подчеркивают достоинства примирения: оно является актом реализации свободы сторон договора, способствует восстановлению партнерских отношений конфликтующих, процессуальной и имущественной экономии, сохранению конфиденциальности отношений³¹³.

С точки зрения диспозитивного начала важно определиться не только с пониманием природы и сущности мирового соглашения, но также решить вопросы о круге дел, по которым оно возможно, круге его субъектов, стадиях, на которых допускается заключение мирового соглашения, критериях проверки его законности, правовых последствиях и роли суда в достижении сторонами такого «мира»³¹⁴.

Остановимся на тех из них, ответы на которые имеют очевидную семейно-правовую специфику.

Так, из договорной природы мирового соглашения вытекают два важных вывода: 1) данным способом разрешаются только те конфликты, которые могут быть урегулированы сторонами и **без помощи суда**; 2) дела, отнесенные к специальной судебной компетенции, исключают возможность мирового соглашения; устанавливая **императивную** судебную **подве-**

примирительную (посредническую) функцию, разумеется, по тем делам, где существо конфликта допускает взаимные уступки. (Подробнее см.: Пискарев И.К. Примирение сторон правового конфликта как функция мирового судьи по делам искового производства // Проблемы иска и исковой формы защиты нарушенных прав: Материалы Всероссийской конференции. Краснодар, 2006. С. 231.

³¹³ Кузбагаров А.Н. Примирение сторон как составляющая систем цивилистического процесса и исполнительного производства // Тенденции развития гражданского процессуального права. СПб., 2008. С. 233.

³¹⁴ См.: Плешанов А.Г. Указ. соч. С. 213.

домственность, законодатель выводит их за скобки сферы договорного регулирования³¹⁵.

Применительно к семейным делам возможности рассматриваемого института существенно ограничены (они, впрочем, имеют определенные ограничения и в цивилистике в целом, особенно в трудовом праве).

Это обусловлено, во-первых, доминантой **лично-правового** начала в семейных правоотношениях, во-вторых, активным и обоснованным внедрением в методологию и технологию их построения **публично-правовых** элементов, обеспечивающих, как мы неоднократно отмечали³¹⁶, государственный и общественный интересы в стабильности брака и семьи, особой защите детства и родительства.

Следовательно, под исключительный судебный контроль взяты дела о применении мер семейно-правовой ответственности и иных мер защиты в институтах брака и родительства: признание брака или брачного договора недействительным, ограничение или лишение родительских прав, восстановление в родительских правах, отмена усыновления, приемного родительства – по виновным основаниям, передача ребенка другому родителю, если первый, в противоречии с интересами ребенка, препятствует в реализации права на воспитание, возврат детей родителям от лиц, удерживающих их не на основании закона.

Традиционно особо следует упомянуть дела о расторжении брака, где примирение сторон возможно и даже желательно, но которое не является мировым соглашением³¹⁷, ибо для последнего нет правовой базы³¹⁸. Соответственно суд не проверяет за-

³¹⁵ См.: Гукасян Р.Е. Мировое соглашение... С. 143–144.

³¹⁶ Подробнее об этом см. очерк первый книги.

³¹⁷ См.: Гукасян Р.Е. Мировые соглашения... С. 146–147; Тарусина Н.Н. Защита семейных прав. Ярославль, 1985. С. 46; Фархтдинов Я.Ф. Судебное рассмотрение дел о расторжении брака. Казань, 1978. С. 79.

³¹⁸ При известной доле фантазии ее можно было бы «диверсифицировать»: конкретизировать нормы ст. 31 СК РФ о правах и обязанностях супругов в браке, перейти от декларативности их статуса к перечислению элементов супружеского взаимодействия (тогда и могут появиться версии: ... приходим к соглашению о продолжении супружеской жизни, при этом муж обязуется..., жена, в свою очередь, обязуется...).

конность данного решения сторон. При этом их поощрение к примирению усиливается диспозитивным правилом о «примирительном» сроке – отложении с этой целью дела слушанием на срок до 3-х месяцев (п. 2 ст. 22 СК РФ).

Следует также заметить, что ранее процессуалисты (П.Ф. Елисейкин и др.) и практики полагали совершенно недопустимым использовать институт мирового соглашения в гражданском процессе по семейным делам лично-правового характера (споре о неимущественном семейном праве)³¹⁹. В качестве примеров приводились дела по спорам об установлении отцовства и передаче ребенка – исключения очевидные и для сегодняшнего дня.

Р.Е. Гукасян также считал правомерным решать мировым соглашением лишь споры о семейном имущественном праве – раздел имущества супругов, алиментировании. Причем применительно к делам о взыскании алиментов на несовершеннолетних детей последнее, по мнению автора, должно было ограничиваться фактом подтверждения существующего алиментного обязательства – без изменения его содержания, так как размер алиментной суммы определялся семейным законом; по другим же алиментным делам возможна не только констатация факта, но и конкретизация содержания правоотношения, например определение размера материальной помощи в твердой денежной сумме³²⁰.

Впрочем, по поводу квалификации соглашения выплачивать алименты на ребенка как мирового соглашения мы высказывали сомнения (а сейчас – уверенность в невозможности такой квалификации), так как действовавший в ту пору семейный закон хотя и допускал, даже поощрял добровольный порядок исполнения обязанности по материальному содержанию ребенка (п. 1 ст. 89 КоБС РСФСР), норма п. 1 ст. 68 КоБС была императивной, следовательно, основа для юридически значимого договора отсутствовала³²¹,

³¹⁹ См.: Елисейкин П.Ф. Судебные мировые соглашения // Советская юстиция. 1968. № 7. С. 18; п. 12 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 25 марта 1982 г. № 2 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении отцовства» // ВВС СССР. 1982. № 3. С. 14.

³²⁰ См.: Гукасян Р.Е. Мировые соглашения... С. 144–145.

³²¹ См.: Тарусина Н.Н. Защита семейных прав. С. 45–46.

взаимных уступок и значимой «усмотренческой» конкретизации быть не могло.

Действующий семейный закон существенно усилил технологии диспозитивного регулирования и, следовательно, расширил сферу применения мировых соглашений.

В имущественном плане – это прежде всего брачный договор и соответственно споры из него вытекающие (кроме признания его в целом или частично недействительным, что, как мы уже отмечали, по природе своей находится за пределами рассматриваемой конструкции). Его другие аспекты могут стать предметом судебного мирового соглашения – в рамках общих требований к последнему, а внесудебные договоренности о взаимных уступках сторон для прекращения брачного договора – предметом мировой сделки с квалифицированной (нотариальной) формой³²².

Сюда же относятся и все виды отношений об алиментировании, в том числе и несовершеннолетних детей, так как, несмотря на обязательное условие о минимальном размере (1/4 и т.д. – п. 2 ст. 103 СК РФ), стороны могут договариваться о способах и порядке уплаты (ст. 104 СК РФ); в судебном процессе мировым соглашением возможно и уменьшение размера – с учетом материального и семейного положения истца и ответчика и интересов ребенка-правообладателя³²³.

В этом же «мировом цивилистическом пространстве» находятся споры о взыскании имущественного и/или морального вреда с недобросовестной стороны в недействительном браке, разделе общесупружеского имущества, имущественной составляющей договоров об опеке, приемном родительстве, патронате.

Проникла в это пространство и часть споров лично-правовой природы. Так, вопросы участия отдельно проживаю-

³²² Можно предположить и иное: поскольку брачный договор есть соглашение об имущественном супружеском режиме, всякое его двустороннее изменение, в т.ч. прекращение, есть не суверенная мировая сделка, а разновидность брачного договора, тем более что институт мировой сделки не предусмотрен и в семейном праве.

³²³ По крайней мере, расширительное толкование правила п. 2 ст. 81 СК РФ этого не исключает, если рассматривать функцию суда по проверке законности данного акта как частный случай права суда ситуационно конкретизировать величину алиментной обязанности.

шего родителя, близких родственников в воспитании ребенка могут решаться до суда – соответствующими соглашениями³²⁴, в гражданском процессе – в том числе через мировые соглашения, ибо решения эти разновариантны, выбор альтернатив, конкретизация правоотношений принадлежат заинтересованным лицам (под контролем суда).

При этом следует отметить специфику правил ст. 24 СК РФ, которые предписывают суду императивную (место проживания ребенка, его алиментирование) и диспозитивную (раздел имущества супругов) «интеграцию» бракоразводного процесса, однако с соблюдением определенной последовательности способа разрешения проблем: утверждение соглашения, ответ на требование одной из сторон, инициативное решение суда в рамках его процессуальной активности³²⁵. Указанные соглашения будут иметь характер **мировых** лишь в том случае, когда они явятся способом примирения позиций сторон, а не обычных бесконфликтных договоренностей. Причем по вопросу места проживания ребенка мировое соглашение возможно только в совершенно исключительном случае: если родители «уступчиво» договорились о «блуждающем» варианте, то есть переменном месте жительства³²⁶.

Как мы неоднократно отмечали, данная «интеграция» должна быть усилена включением в нормы ст. 24 СК РФ и вопроса о порядке реализации права на воспитание ребенка отдельно проживающим родителям, в том числе и его решения посредством мирового соглашения³²⁷.

Если волею законодателя будет расширена возможность возмещения материального и/или морального вреда (например, в связи с несостоявшейся свадьбой; отменой усыновления, прекращением приемного родительства и т.п. – по виновным основаниям), соответственно расширится и сфера применения ми-

³²⁴ Подробно см. параграф о соглашениях в сфере родительства.

³²⁵ О природе этой активности см. очерк второй (в теме о прекращении брака).

³²⁶ Хотя такой вариант прямо семейным законом не предусмотрен, однако и не запрещен – как эксклюзив он, в принципе, допустим, если отвечает интересам конкретного ребенка. Разумеется, в этом случае соответственно соглашением должен решаться вопрос об алиментировании – иное просто невозможно.

³²⁷ Подробно об этом также см. очерк второй.

ровых сделок, но прежде всего – судебных мировых соглашений. К этому же может прийти и развитие института суррогатного материнства. Причем базой «мировых договоренностей» может оказаться не только вопрос об удовлетворении разнообразных имущественных интересов. Если, например, акцент преимущественной охраны лично-правового интереса будет переориентирован с суррогатной матери на генетических родителей-заказчиков (условие о безусловной передаче им ребенка)³²⁸, не исключается создание основы о договоренностях последних и суррогатной матери в вопросе ее, пусть и ограниченного, общения с выношенным ею ребенком.

³²⁸ Подробно об этом см. параграфы о соглашениях в репродуктивной сфере и об основаниях возникновения родительства.

Очерк пятый. Семейное право в контексте гендера

5.1. Равенство и неравенство: гендерный аспект

5.1.1. О теоретических предпосылках гендерной проблематики

О равенстве мы заняты заботами,
болота и холмы равняем мы;
холмы, когда уравниены с болотами,
становятся болотами холмы.

Игорь Губерман

В качестве философских, социологических и теоретико-правовых предпосылок принципа равенства можно принять несколько положений.

Равенство в «обычно-словарном» толковании означает полное сходство, подобие по значению, положению, качеству и т.п., его социальный контекст предполагает положение людей в обществе, обеспечивающее их одинаковые политические, гражданские и другие права¹.

Традиционно **равенство** исследуется во взаимодействии с категориями **справедливости** и **свободы**. «Анамнез» этой «болезни» прослеживается от Аристотеля и Платона, юристов Древнего Рима до мыслителей эпохи Просвещения (Вольтера, Монтескье, Руссо) с ее Декларацией прав человека и гражданина от 26 августа 1798 г. («люди рождаются и остаются свободными и равными в правах» – ст. 1) и далее – к идеям классового, либерального, эгалитарного и других «разновидностей» принципа равенства людей, граждан, трудящихся, социальных

¹ См., например: Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 4. М., 1999. С. 6; Большой энциклопедический словарь. СПб., 1997. С. 985.

групп, обществ и государств XIX, XX вв. и начала XXI в.² С утверждением гуманизма и просвещения в новое и новейшее время триада «справедливость – свобода – равенство» «приобрела обаяние человеческого облика; новый тип справедливости, – подчеркивает В.В. Козловский, – основывается на принципе эквивалентности, равноценности и консенсуса»³.

(Сразу следует оговориться, что попытки, даже в самом первом приближении, осмысления соответствующих восточных идеологий и юриспруденций не последует. Восток – дело тонкое ... Аналитика «диалога глухих» между ним и Западом в наши планы не входит как по объективным, так и субъективным причинам.)

Современное западное общество – это эгалитарное общество, в основу идеи эгалитарной справедливости которого заложена великая христианская идея о равенстве всех перед Богом⁴.

Однако равноправие лишь один из моментов справедливости, но еще не сама справедливость, отмечает В. Вольнов, подобно тому, «как возможность – момент свободы, но еще не сама свобода; одинаковость прав не значит равным образом пользоваться этими правами»⁵. Иными словами, продолжает автор, критикуя либеральное понимание равноправия, «либерализм упрямо не хочет признавать в теории то, что уже давно признали мудрые из римлян и многие вслед за ними: *summum jus – summa injuria*. Или лучше так: равное право – высшая несправедливость. ... если один момент справедливости – мо-

² О генезисе идеи равенства см., например: Кашников Б.Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. Великий Новгород, 2004. С. 14 и след.; Макаренко В.П. Политическая концептология. М., 2005. С. 129 и след.; Вольнов В. Феномен свободы. СПб, 2002. С. 199 и след.; Гринберг Л.Г., Новиков А.И. Критика современных буржуазных концепций справедливости. Л., 1977. С. 14 и след.; Чернов К.А. Принцип равенства как общеправовой принцип российского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003. С. 16 и след.

³ Козловский В.В. Универсум справедливости: социальное измерение // Экономика и общество. Проблемы социальной справедливости. СПб., 2005. С. 17.

⁴ См.: Кашников В.Н. Указ. соч. С. 39–40.

⁵ Вольнов В. Указ. соч. С. 185.

ральность – требует равноправия, то другое – свобода – требует ограничить это равноправие»⁶. Тем не менее значение равенства тем больше, чем хуже жизнь людей, членов конкретно-исторического общества, перед провозглашением равенства социальной и политической ценностью⁷.

Справедливость имеет смысл только там, подчеркивает В.Н. Кашников, где имеют место отношения, объективно требующие меры и пропорции; необходимости в справедливости не может быть, если все в избытке или все абсолютно недостаточно⁸. В этом плане становится бессмысленной и идея равноправия.

Следование правилу простого («строгого») равенства, кроме приобретения реалий несправедливости, еще и нежизнеспособно, абстрактно. Так, если один индивид имеет определенное количество благ, остальные должны иметь столько же, тогда, доводя данный принцип до логического конца, придется требовать уничтожения тех благ, которые невозможно разделить поровну (или же устанавливать специальные, не всегда, кстати, возможные, правила пользования этими благами); равенство «в чистом виде тождественно виноградникам и кладбищам»⁹.

Равенство, как всякое иное явление, имеет «пару», то есть существует в единстве с неравенством. Это не изолированные друг от друга противоположности, несущие в себе раз и навсегда данные одному положительный, другому – отрицательный заряд: первое отнюдь не всегда обеспечивает справедливость и согласие, а второе – несправедливость и конфликт. Напротив, равенство может быть источником несправедливости и конфликтов, а неравенство – согласия и справедливости¹⁰.

Дихотомии справедливости, многомерной и универсальной, достаточно очевидны: деяние и воздаяние, вина и наказание, преступление и наказание, взыскание и поощрение, вклад и воз-

⁶ Вольнов В. Указ. соч. С. 199.

⁷ См.: Макаренко В.П. Указ. соч. С. 147.

⁸ См.: Кашников В.Н. Указ. соч. С. 42.

⁹ Подробнее критику соответствующих взглядов см.: Макаренко В.П. Указ. соч. С. 141 и след.

¹⁰ См.: Гофман А.Б. Мартовские тезисы о социологии равенства и неравенства // СоцИс, 2004. № 7. С. 24–25.

награждение, право и бесправие, закон и беззаконие и, наконец, равенство и неравенство¹¹.

Полагая личность порождением социума, можно интерпретировать неравенство как неравноценность условий развития, несправедливость, ущемление естественных человеческих прав, создание искусственных социальных барьеров и т.д. Полагая же личность активным творцом социума, можно рассматривать неравенство как социальное благо, способ выравнивания стартовых позиций, поддержания потенциала выживания, социальной активности и т.п.¹² «Имея разные точки отсчета, – отмечают Ю.Г. Волков и И.В. Мостовая, – мы получаем по одному и тому же критерию (справедливости) альтернативные выводы: во-первых, неравенство несправедливо, так как все люди имеют равные права; во-вторых, неравенство справедливо, так как позволяет дифференцированно и адресно компенсировать социальные затраты разных людей»¹³.

Представление о справедливости как относительно адекватной системе неравенства наглядно демонстрируется в конструкциях «каждому – по потребностям», «свободу сильным – защиту слабым» и т.п., в которых альтернативные социальные требования проявляют общее стремление к «парадоксальному (дифференцированному) равенству»¹⁴. Избежать внутренней противоречивости и взрывоопасности справедливости можно исключительно через процедуры диалога и социального компромисса¹⁵.

Право как один из архиключевых регуляторов общественных отношений, применяя равный масштаб к разным людям лишь в относительно сходных ситуациях, является в этом смысле одновременно и справедливым и несправедливым (что, впрочем, не выделяет его с этой точки зрения среди большинства социальных феноменов). По мысли С.С. Алексеева, феномен нормы, «характерной для права, в том и состоит, что при ее помощи в общественную жизнь вносятся существенные элементы единства, равенства, принципиальной одинаковости: вводимый

¹¹ См.: Козловский В.В. Указ. соч. С. 16.

¹² См.: Волков Ю.Г., Мостовая И.В. Социология. М., 1998. С. 199–200.

¹³ Там же. С. 200.

¹⁴ Волков Ю.Г., Мостовая И.В. Указ. соч. С. 204.

¹⁵ См.: Козловский В.В. Указ. соч. С. 17.

и поддерживаемый юридическими нормами порядок распространяется в принципе "на равных" на всех участников общественных отношений»¹⁶. Любая норма, в том числе правовая, устанавливает такой масштаб, который далее конкретизируется различными способами – от обычного исполнения до специального (специализированного) правоприменения. Будучи явлением предельно сложным¹⁷ и вбирая в себя богатство цивилизации, право не сводится лишь к общности масштаба поведения. Хотя и последний признается в юриспруденции не только формально равным, но и социально справедливым, отражающим автономную свободу личности¹⁸.

Выявляя сущность права, пишет В.С. Нерсесянц, среди прочего важного обнаруживается принцип формального равенства, который представляет собой единство триады – «всеобщей равной меры регуляции, свободы и справедливости»¹⁹. Разумеется, правовое равенство является результатом «абстрагирования от фактических различий, присущих уравниваемым субъектам правовой формы общения»²⁰. Последние независимы друг от друга, но одновременно одинаково подчинены в правовых отношениях единой общей норме регуляции²¹. Равенство, продолжает автор, имеет рациональный смысл, логически и практически оно возможно в социальном мире именно и только как правовое (формально-правовое, формальное) равенство, фактическое же равенство есть «величина иррациональная», «фантазм»²². Только благодаря своей формальности равенство и становится измерителем всей «внеформальной» действительности.

¹⁶ Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 87–88.

¹⁷ О сущности права см., например: Явич Л.С. Сущность права. Л., 1985. С. 7 и далее; Алексеев С.С. Теория права. М., 1993. С. 51 и след. Системный анализ многообразия взглядов на право см.: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 76–95.

¹⁸ См.: Явич Л.С. Указ. соч. С. 37; Алексеев С.С. Указ. соч. С. 56–57.

¹⁹ См.: Нерсесянц В.С. Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости // СоцИс, 2001, № 10. С. 4.

²⁰ Там же. С. 5.

²¹ Там же.

²² Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 19.

Именно в этом смысле верно суждение римских юристов: «Закон говорит со всеми одинаково» (*lex uno ore omnes alloquitur*). Оно уже много веков составляет, с точки зрения теоретиков права²³, как бы синоним принципа юридического равенства.

Исследуя теоретико-правовые аспекты правового равенства, М.Н. Козюк приходит к выводу, что последнее имеет свою внутреннюю структуру. К ее составляющим относятся собственно формально-юридическое равенство (1), равноправие (2) и равная защита перед законом (3). Первая характеристика сводится к обозначенному ранее и общеизвестному качеству права как единого всеобщего масштаба и является исторически первой ступенью равенства. Вторая фиксирует равенство прав и обязанностей и требует, чтобы все субъекты права имели равные юридические возможности для участия в жизнедеятельности общества. Третья более других относится к области реализации права и характеризует процедурные механизмы равноправия²⁴.

В законодательстве единого подхода к определению содержания принципа равенства нет. В одних случаях, полагает К.А. Чернов, он сводится к равноправию, в других – к равенству ответственности, в третьих к равенству оснований возникновения прав и обязанностей, в четвертых – к идее равенства возможностей субъектов правоотношений²⁵. Однако думается, что это скорее относится к отдельным отраслевым институтам, нежели в целом к отраслям права, так как в кодифицированных отраслевых актах глобальная идея равенства (в продолжение конституционных предписаний) присутствует в «общих положениях» (например, ст. 3 Налогового кодекса РФ, ст. 1 Гражданского кодекса РФ, ст. 6 Гражданского процессуального кодекса РФ, ст. 1 Семейного кодекса РФ, ст. 2 Трудового кодекса РФ, ст. 4 Уголовного кодекса РФ и т.д.). Другое дело, что структурирована данная идея и внешне, и содержательно по разным схемам, хотя последние, действительно, должны быть относительно сходными, а в ряде элементов – одинаковыми

²³ См., например: Карташов В.Н. Указ. соч. С. 115.

²⁴ См.: Козюк М.Н. Правовое равенство (вопросы теории): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1996. С. 13–15.

²⁵ См.: Чернов К.А. Указ. соч. С. 18.

(например, положения о равенстве граждан, независимо от их «бытийных» характеристик, в регулятивных и охранительных правоотношениях).

Правовые равенство и неравенство как парные категории в одинаковой степени противостоят **фактическим различиям** между людьми²⁶. Последние, анализируемые с точки зрения абстрактного формального равенства, неизбежно приводят к фактическому неравенству. «Равная мера регуляции, – отмечает В.С. Нерсесянц, – отношений различных субъектов предполагает, что приобретаемые ими реальные субъективные права будут неравны. Благодаря праву хаос фактических различий преобразуется в правовой порядок равенств и неравенств, согласованных по единому масштабу и равной мере»²⁷.

Поскольку различительным характеристикам субъектов правовых отношений несть числа (в тех, разумеется, пределах, которые не подрывают их человеческой сущности), постольку проблема приближения к гармонии: равенство как всеобщая абстрактная возможность обладать определенным правовым статусом и неравенство как особая возможность обеспечения равенства для различных типологических групп субъектов, а то и индивидуума, – бесконечна в движении к своему решению. (Лишь бы вектор этого движения соответствовал поставленной цели.)

К основным типологиям, о чем свидетельствуют положения большинства конституций правовых государств, относятся раса, вера, политические убеждения, пол, возраст, обстоятельства рождения, имущественное положение.

В правовых системах и внутри каждой из них – в отдельных отраслях права – типологические характеристики субъектов как объектов правовой регуляции проявляют себя в законодательстве и юридической практике существенно различным образом – и количественно, и содержательно. Для обеспечения деятельности тех субъектов права, которые призваны выполнять некие особые функции (депутатов, госслужащих разного типа, судей, работников особо вредных производств и т.д.) предусматриваются и особые элементы правового статуса (депутатский иммунитет, жилищные льготы, повышенная пенсия,

²⁶ См.: Нерсесянц В.С. Философия права. С. 20.

²⁷ Там же.

специальный пенсионный возраст и т.п.). Для граждан, обладающих определенными личностными «спецификациями» (беременная женщина, пенсионер, инвалид, ребенок-сирота и т.д.), устанавливаются льготы по данному основанию (декретный отпуск, льготы по оплате услуг ЖКХ и проезду на транспорте, пособия, преимущества при поступлении в ВУЗ и т.п.).

«Льгота, – пишет А.В. Малько, – это правомерное облегчение положения субъекта, позволяющее ему полнее удовлетворять свои интересы и выражающееся как в предоставлении дополнительных, особых прав (преимуществ), так и в освобождении от обязанностей»²⁸.

Так как равенство должно быть имманентно присуще современному праву (в самых различных контекстах его содержания), при нормативных отступлениях от него законодателю следует действовать предельно осторожно, вводя только безусловно необходимые ограничения и льготы. Они должны соответствовать поставленной конкретной цели, а не появляться как следствия конформизма («так сложилось исторически», «принято в цивилизованных странах» и т.п.) или необоснованного лоббизма. Льготы должны коррелироваться с ограничениями (например, перечень привилегий для госслужащих – с их ограничениями в частной жизни; льготы для армии, милиции, таможи и др. – с экстремальными условиями работы): в таких случаях нужно руководствоваться принципом римского права – *qui sentit commodum sentire debet et onus* (тот, кто приобретает преимущество, должен принять на себя и обязанность)²⁹.

В условиях развития мировой цивилизации в целом, что, естественно, составляет базисную константу проблемности нашего жития и дискуссионности его научного осмысления, все эти характеристики нуждаются в постоянном внимании. Однако развитие, усиленное реформированием политической системы и гражданского общества, в нашем случае – российского, соответственно вносит (или должно вносить) существенные коррективы в систему взаимодействия с политикой, моралью и законодательством явлений равенства и справедливости, по-

²⁸ Малько А.В. Льготная поощрительная правовая политика. СПб., 2004. С. 64.

²⁹ См.: Козюк М.Н. Указ. соч. С. 21–22.

строенных с учетом национальных, возрастных, имущественных и гендерных аспектов.

Поскольку разорвать это взаимодействие можно только формально, мы, осуществляя эту формализацию, не смогли и не сможем уйти от некоторой аналитики и иных факторов, кроме гендерного.

Совершенно очевидно, что **гендер не есть только женский вопрос**. (Точно так же, как не есть только англоязычный вариант русского термина «пол».) Этим понятием обозначается совокупность социальных норм поведения людей в зависимости от пола.

Как отмечает Н.Л. Пушкарева, в западной науке нет единства взглядов по вопросу о том, считать ли гендер «мыслительным конструктом», то есть просто научной дефиницией, определяющей социально-культурные функции пола и различающей их от функций биологических, или же «конструктом социальным». В последнем случае предполагается, по меньшей мере, четыре группы характеристик: биологический пол, полоролевые стереотипы, полоролевые нормы и полоролевая идентичность. Соответственно используются понятия «гендерного дисплея» или «гендерной системы» (как менее «заумного»), под которыми подразумеваются «идеи, институты, поведение, формальные и неформальные правила и другие социальные взаимодействия, предписываемые в соответствии с полом»³⁰.

При этом в российской социологической науке признак пола, в отличие от западной, где акцент традиционно делается на биологических, психологических и культурологических различиях полов, «изначально социален, так как личность, независимо от ее пола, рождается и развивается (если, конечно, это не «маугли») в социуме, в многообразной системе социальных связей и отношений»³¹.

Особая «взбудораженность» гендерной темы в 70 – 90-х гг. XX в. (как очередной виток актуальности – после этапов конца

³⁰ Пушкарева Н.Л. Гендерные исследования: рождение, становление, методы и перспективы // Вопросы истории. 1998, № 6. С. 79.

³¹ Подробнее об этом см., напр.: Силласте Г.Г. Гендерная социология: состояние, противоречия, перспективы // СоцИс. 2004. № 9. С. 78.

XIX в., начала XX в.) породила новые направления исследований.

Так, появилась **история женщин** («женская история») – изначально как своеобразная попытка «переписать историю» или, с точки зрения Э. Дэвин, стремление преодолеть почти абсолютную доминанту старой истории, сопровождавшееся готовностью заменить общеупотребляемый термин «history» (который можно прочесть и как «his story», дословно: «его история», «история мужчины») новым термином, характеризующим иной подход к изучению прошлого, а именно термином «her story» (то есть «ее история», «история женщины») ³². Однако постепенное толкование содержания понятия «гендер» изменилось в направлении рассмотрения его не в плане концептуализации мужского доминирования, а как системы всех форм взаимодействия и «взаимоотталкивания» мужского и женского начал. Изучение феминности стало невозможно без анализа маскулинности – «женская история» неминуемо встретила с «историей мужской» ³³.

Традиционными объектами стали **социально-экономические** аспекты гендерно-исторических исследований. Более или менее очевидными проявились перспективы гендерного подхода к исследованиям **политической истории**: история маргинализации женщин, их борьбы за политические и гражданские права и свободы, аналитика форм «скрытого воздействия на политику и неявно маркированного политического поведения женщины» (еще до актуализации «женского вопроса» и суфражистского движения). Но наиболее перспективными, полагает Н.Л. Пушкарева, являются гендерные исследования в области культурологии, истории ментальностей и общественного сознания ³⁴.

В **социологии** появились исследования **маскулинности**, в лингвистике – **гендерной асимметрии** и т.д.

Актуализировались гендерные исследования в **психологии** ³⁵. Так, психологи отмечают, что разделение людей на муж-

³² Цит. по: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 77–78.

³³ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 79.

³⁴ Там же. С. 84.

³⁵ См., например: Бендас Т.В. Гендерная психология. СПб., 2005; Берн Ш. Гендерная психология. СПб., 2001; Ильин Е.П. Дифференциальная психофизиология мужчины и женщины. СПб., 2002. И др.

чин и женщин является центральной установкой восприятия нами различий, имеющих в психике и поведении человека. Причем многие из них эти различия связывают с генетическими, анатомическими и физиологическими особенностями мужского и женского организма, хотя и не сводят их к исключительной доминантной роли – помимо конституциональной стороны эти различия имеют социокультурный контекст: они отражают то, что в данное время и в данном обществе считается свойственным мужчине, а что – женщине. Существует точка зрения, что наше восприятие биологических различий между полами тоже определяется культурными факторами (например, со времен античности до конца XVII в. в Европе преобладало представление о том, что женский организм является недоразвитым вариантом мужского). Если бы такое видение биологических различий сохранилось до сегодняшнего дня, отмечает Д.В. Воронцов, «то с учетом знаний о человеческой природе мы были бы более склонны считать мужской организм модификацией женского»³⁶. Однако в эпоху Возрождения взгляды изменились – мужчины и женщины были признаны полярно различными по своей природе организмами – с этого момента различия в социальном статусе стали предопределять различиями в биологическом статусе.

В последнее время, продолжает Д.В. Воронцов, стало принятым четко разграничивать указанные аспекты, связывая их с понятием пола и гендера («пол» описывает биологические различия, определяемые генетическими особенностями строения клеток, анатомо-физиологическими характеристиками и детородными функциями; «гендер» указывает на социальный статус и социально-психологические характеристики, которые связаны с полом и сексуальностью, но возникают из бесконечной совокупности отношений между людьми»³⁷.

В юриспруденции гендерная проблематика также получила новые импульсы исследований: от **прав человека** – к **правам человека-женщины**, от льгот – к аналитике **гендерно ней-**

³⁶ См., например: Практикум по гендерной психологии / Под ред. И.С. Клециной. СПб, 2003. (Автор главы – Д.В. Воронцов). С. 27 и след.

³⁷ Практикум по гендерной психологии / Под ред. И.С. Клециной. С. 29.

тральных и гендерно выраженных правовых норм в различных отраслях права.

Впрочем, все-таки и в историческом контексте, и в реалиях сегодняшнего дня преобладающим объектом гендерных исследований продолжает оставаться женский социум, кроме, пожалуй, гендерной психологии. В то же время постепенно усиливается внимание и к проблематике мужской гендерной общности – вплоть до постановки вопроса о выравнивании статуса мужчин со статусом женщин в тех областях социальной регуляции, где «льготирование» последних стало как бы излишним, с провозглашением антитезиса «берегите мужчин» известному тезису «берегите женщин». Колебания чаш этих весов, похоже, в отличие от естественно-научного отрицания «вечного двигателя», заданы бесконечно давно и бесконечно надолго – хоть и имеется распространенная точка зрения, что – с седьмого дня творения...

* * *

По известной версии Ф. Энгельса, опиравшегося на труды этнографов своего времени, первобытное общество строилось на основе социального равенства полов и происхождение велось по материнской линии. Углубление разделения труда, появление избыточного продукта, частной собственности привело к формированию системы разделения труда между мужчинами и женщинами, становлению патриархатного брака (в противовес первой форме индивидуального союза – парного эгалитарного брака) с главенством мужчины, сосредоточением в его руках собственности, передачей оной кровным сыновьям, экономической зависимостью женщин (жены, дочерей и т.д.). Эти изменения, по мнению Ф. Энгельса, привели к «всемирно историческому поражению женского пола»³⁸.

Однако, как отмечают современные исследователи вопроса, не все здесь столь прямолинейно и очевидно. Так, длительное время парному браку и парной семье противостояла родья (союз брата, сестры и детей сестры). Парная семья и возникла в конкуренции с материнским родом, который успешно ей противостоял. Избыточный продукт, замена разборных потреби-

³⁸ Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства // Маркс К., Энгельс Ф. Соч., 2-е изд. М., 1961. Т. 21. С. 60.

тельских отношений отношениями «дарообмена» и дележа выстроили, пишет Ю.И. Семенов, два уровня распределения. Первый – раздел пищи, одежды и других благ между взрослыми членами коллектива, второй – передача ими части своей доли детям. Автор называет их отношениями кормления, или иждивения. Первым естественным кормильцем была мать³⁹. Она была центром минимальной иждивенческой группы. К ней мог присоединиться хотя бы один взрослый мужчина – и общество в этом было объективно заинтересовано⁴⁰.

При этом взрослые женщины были связаны, с одной стороны, отношениями уравнительного распределения с мужчинами своего рода (где существовал агамный запрет – запрет половых контактов), а с другой стороны, с мужчинами союзного рода – отношениями дарообмена. Это и создавало две возможности для мужчин: либо присоединиться в качестве иждивителей к одной из малых иждивенческих групп своего рода либо союзного рода. Вначале первый выбор был более реальным и привычным: члены рода составляли единство, но самые тесные отношения были между детьми одной матери, то есть братьями и сестрами, поэтому мужчины, взрослея, вступали в отношения неадекватного перераспределения благ с матерью, младшими братьями и сестрами, а затем и с племянниками.

(В индоевропейских языках вообще и славянских в частности слово «брат» происходит от корня «кормить», то же самое можно сказать и о первоначальном смысле слова «отец»)⁴¹.

С накоплением богатств в руках отдельных членов общества возникла тенденция превращения малой иждивенческой группы в единицу хозяйствования и накопления. В результате конкуренция между родьей и парной семьей усилилась. По мнению Ю.И. Семенова, главным стало не то, кого мужчина должен содержать, а то, кому он должен передавать свои накопления. «Семья была группой, – отмечает автор, – более приспособленной к превращению в единицу обособленной собственности», так как не являлась частью рода. Наследование внутри родьи (и рода) сменялось на семейное. Это, как

³⁹ См.: Семенов Ю.И. Происхождение брака и семьи. М., 1974. С. 198–199.

⁴⁰ См.: Там же. С. 202.

⁴¹ См.: Семенов Ю.И. Указ. соч. С. 203–204.

правило, предполагало и требовало смены материнского рода отцовским.

Но и тогда еще нельзя было констатировать зарождение патриархических отношений, так как в парной семье и основанном на ней парном браке мужчина и женщина в равной степени принимали участие в общественном производстве, были кормильцами и в экономическом плане (а следовательно, и других) – равными партнерами. Иногда равенство нарушалось в пользу мужчин или в пользу женщин, однако принципиального значения это не имело.

Что касается углубления разделения между общественным и «домашним» трудом, то первоначально последний далеко не всегда был женским занятием: в ряде случаев рыболовство, постройка хижин и т.п. были монопольным достоянием женщин, а собирательство, приготовление пищи, изготовление одежды и т.п. – достоянием мужчин...⁴²

Первоосновой изменения в положении полов явился, отмечают В.П. Алексеев и А.И. Першиц, новый порядок межполового разделения труда: пашенное земледелие было сферой главным образом мужчин, скотоводство – почти исключительно мужчин, то же самое можно констатировать о металлургии и металлообработке, а впоследствии – о гончарстве и ткачестве. Значение мужского труда неизменно поднималось за счет новых производственных приемов (например, даже в ручном земледелии: подсека леса, ирригация, осушение почв и т.п.) и углубления специализации⁴³.

При переходе от доклассового общества к классовому возникает частная собственность и начинает действовать закон распределения по собственности. Труд сам по себе перестает давать право на получение доли общественного продукта.

В любом таком зрелом (раннеклассовом) обществе, продолжает вслед за Ф. Энгельсом Ю.И. Семенов (и многие другие этнографы), в роли собственников...выступают, как правило, мужчины, поэтому именно они включаются в систему первичных отношений распределения и становятся иждивителями не только детей, но и жены. Женщина в классовом обществе явля-

⁴² Семенов Ю.И. Указ. соч. С. 234.

⁴³ Алексеев В.П., Першиц А.И. История первобытного общества. М., 1999. С. 263–264.

ется иждивенкой независимо от участия в труде. Что касается домашнего труда, отмечает автор, то он не только не является частью общественного, но и противостоит ему, так как протекает в рамках семейно-экономических, а не социально-экономических отношений⁴⁴.

Экономическая зависимость женщин от мужчин стала причиной господства последних в семье и обществе, парные брак и семья превратились в моногамные. К тому же патриархат повсеместно сопровождался переходом к патрилокальности – замужняя женщина попадала в чужую среду, не входя органично в род мужа и в значительной мере утрачивая связь с собственным родом, соответственно все более и более исключаясь из социально-публичной жизни членов родоплеменного общества. Позднее в некоторых обществах, например у древних римлян, женщина стала формально включаться в род мужа, но уже действовала традиция ее неравенства⁴⁵.

Однако и у Ф. Энгельса (а также других представителей марксизма), и у современных этнографов здесь, как правило, наблюдается некая «черная дыра». Почему собственность неизбежно должна была сосредоточиться в руках мужчин, до конца не вполне ясно (тем более что известны примеры обществ мужчин-«домоведов»)?

Если «разделение труда между мужчиной и женщиной для производства детей» было исторически первым актом в формировании системы разделения труда и до возникновения частной собственности, отмечает О.А. Воронина, а «общество было матриархатным и матрилинейным, то почему бы этой собственности не концентрироваться в руках женщин?» Может быть, концентрация собственности в руках мужчин – это вполне удавшаяся попытка отобрать у женщин центральный статус, который базировался на ее способности рожать новых членов общества?.. О.А. Ворониной представляется, что «игра власти вокруг категории пола – вещь очень любопытная и не стоило бы даже ради чистоты классового анализа так легко отбрасывать ее». (Этнографы отмечают отсутствие системной линейной зависимости между собственностью и общественным статусом

⁴⁴ Семенов Ю.И. Происхождение брака и семьи. С. 243–244.

⁴⁵ Алексеев В.П., Першиц А.И. Указ. соч. С. 264.

женщин и мужчин и преувеличение значения кровного родства между наследодателем и наследником.)

Не было ли, продолжает автор, наоборот, именно возникновение и развитие моногамной семьи, вопреки утверждению Ф. Энгельса, «условием накопления частной собственности в руках мужчин, сумевших вывести детей из-под опеки матери и превратить их (да и женщин) в своих рабов, в свою собственность?!» Автору представляется, что такое агрессивное поведение первобытных мужчин ближе к исторической правде, чем их альтруистическое желание передать собственность именно своему кровному сыну⁴⁶.

Как отмечают В.П. Алексеев и А.И. Першиц, экономические и идеологические принципы патриархата нередко активно внедрялись в жизнь мужскими тайными союзами: например, мужчины – члены таких объединений в масках грозных духов нападали на женщин, вымогая или отбирая их имущество, совершая насилия и даже убийства: при этом «тайные» союзы часто намеренно обнаруживали и афишировали свою антиженскую деятельность⁴⁷. История обнаруживает множество мужских обществ («клубов»), где, в отрыве от матерей и других женщин, молодые люди с отрочества воспитывались в «мужских» обычаях, необязательности послушания матери и признания ее авторитета⁴⁸. (Существовали также и женские союзы, «дома», «клубы». Они носили, как правило, вторичный характер и не были воинственными. Так, у африканских народов эти союзы играли роль важного фактора в общественной жизни, так как хозяйственные функции женщины были существенно значимыми⁴⁹.)

Кроме того, патриархат в эпоху классообразования все же не был универсальным порядком во взаимоотношениях полов. В некоторых обществах господство мужчин не установилось вплоть до возникновения ранних государств, да и то не вполне

⁴⁶ Воронина О.А. Феминизм и гендерное равенство. М., 2004. С. 233–236.

⁴⁷ Воронина О.А. Указ. соч. С. 265.

⁴⁸ См., например: Шурц Г. История первобытной культуры. М., 1923. С. 140–149; Бутинов Н.А. Общинно-родовой строй мотыжных земледельцев // Ранние земледельцы: Этнографические очерки. М., 1980. С. 125–126.

⁴⁹ См., например: Шурц Г. Указ. соч. С. 139–140.

и окончательно выраженное – с сохранением влиятельного положения женщин. Однако, подчеркивают авторы «Истории первобытного общества», в большинстве своем это были общества, в которых практиковалось именно ручное земледелие, что еще раз с очевидностью указывает на роль межполового разделения труда, его влияния на отношения собственности и последующего переворота в положении полов⁵⁰. Это же подтверждается и гораздо более ранними исследованиями: в местах, где кормились преимущественно охотой, значение женщины было не очень велико, где же плодами земли, – господствовало влияние женщины (жены)⁵¹. «Руки женщины, – пишет Ю. Липперт, – впервые вертели жернов, она первая, ради своей дорогой ноши – ребенка, участвуя в охоте, заботливо, с трудом отыскивала и собирала питательные семена злаков, и там, где они росли, избирала место для очага, а впоследствии научилась искусно выращивать их ... Таким образом женщина дала образец предусмотрительного трудолюбия и сделалась матерью земледелия»⁵².

Длительное время сохранялся у ряда народов (Древний Египет, Древняя Греция, африканские государства Лунда и Буганда и др.) и материнский счет родства. В Древнем Египте, иньском Китае, древней Спарте женщина, как известно, обладала достойным общественным статусом⁵³.

Известны и более современные примеры. Так, среди аборигенов Австралии встречаются женщины, которые никогда не подчиняются мужчинам и говорят с ними как равные, являются примирительницами во время драк между мужчинами, членами совета старейшин и даже главами общин⁵⁴.

Впрочем, О.А. Ворониной не кажется принципиально важным, что явилось причиной закабаления женщин и детей в семье: накопление собственности в руках мужчин или, наоборот, «первоначальный акт агрессии способствовал накоплению собственности, которая содействовала утверждению

⁵⁰ Алексеев В.Н., Першиц А.И. Указ. соч. С. 265.

⁵¹ См., например: Липперт Ю. История культуры. СПб., 1897. С. 160–163.

⁵² Там же. С. 160.

⁵³ Алексеев В.П., Першиц А.И. Указ. соч. С. 266.

⁵⁴ См., например: Артемова О.Ю. Личность и социальные нормы в раннепервобытной общине. М., 1987. С. 81.

власти мужчин» в семье и социуме. Гораздо важнее, с ее точки зрения, что формирование патриархатной (моногамной) семьи явилось началом становления патриархатных структур. Стратификация общества (в нашем случае – на гендерной основе) породила и продолжает воспроизводить антагонизм между полами, который может быть преодолен через «снятие» «маскулинистской идеологии» и патриархатного принципа социальной организации⁵⁵.

Полагаем все же, что не только результат (следствие), но и причина в нашем случае (как и во всех других) принципиальна. Другое дело, что системная теория таковой причины (причин) в философии, социологии, этнографии (а может быть, и психологии), видимо, пока не созрела...

Поэтому будем иметь дело со следствием, то есть с патриархическим типом организации общества. Естественно, он проявляется во всем – от филологии до политики, бизнеса, труда, семьи, иных социальных контактов. Гендерная асимметрия вездесуща.

Так, далеко гендерно не нейтрален язык, как на лексическом, так и на грамматическом уровне: многие лексико-грамматические структуры языка отражают одну из тенденций патриархической культуры – отождествлять «мужское» с «человеческим», а «женское» – с особенным, специфическим (заявления о «женской логике» и т.п.). Все это создает определенный психолингвистический эффект и активно кодирует как мужское, так и женское сознание. (Отсюда известные требования «непримиримых» феминисток создавать мужские и женские варианты ключевых и даже, пожалуй, большинства слов нашего бытия.) Впрочем, и здесь не все прямолинейно: даже в сфере идеологии ряд ключевых обозначений имеют женское начало («Родина-мать», Мать Россия, вера и т.д.)⁵⁶. Исследуются гендерные аспекты литературного и разговорного языка, фольклора, в том числе анекдотов⁵⁷.

⁵⁵ Воронина О.А. Феминизм и гендерное равенство. С. 235–236.

⁵⁶ См., например: Смит С. Постмодернизм и социальная история на Западе: проблемы и перспективы // Вопросы истории. 1997. № 8. С. 158 (см. также библиографию по теме в примечаниях статьи); Кирилина А.В. Гендер: лингвистические аспекты. М., 1999.

⁵⁷ Так, Н.Л. Пушкарева, исследовав фольклор о женщинах-ученых в контексте скрытой формы дискриминации и привела много-

Политический и экономический менеджмент также «маскулинны»⁵⁸. Известно, что участие женщин в политике крайне неравномерно и во времени (XX – XXI вв.), и в пространстве. Традиционно высок процент женщин-парламентариев и женщин – высших государственных служащих в странах Северной Европы, постепенно этот показатель растет в Нидерландах, Германии, Испании. Впрочем, весьма значительное представительство было и в некоторых странах бывшего «социалистического лагеря». Например, в Румынии количество женщин, «избранных» в парламент при диктатуре Чаушеску, достигало 34% (частично они

численные и, разумеется, весьма занимательные примеры, отмечает, что и в околонуточном фольклоре, и в ряде других информационных источниках активно присутствует «гендерное неравенство, механизмы воспроизводства которого скрыты в обыденной речи и понимании смешного»; эти источники подтверждают: «проблема "обыкновенного сексизма" – отнюдь не выдумка феминистской антропологии, везде ищущей гендерной асимметрии, но, к сожалению, еще одно из проявлений интолерантности в современном российском научном обществе». См.: Пушкарева Н.Л. «Умные, но бедные» (Фольклор о женщинах-ученых как скрытая форма гендерной дискриминации) // Гендерная дискриминация: проблемы, подходы, решения. Иваново, 2008. С. 232–257.

Среди самых невинных текстов автором, в частности, предлагаются следующие образцы:

1. «Резолюция Всемирного женского конгресса: а) Все женщины – сестры!; б) Все мужчины – козлы!; в) Надеть совершенно нечего».

2. «Кажется, до 40 лет женщины активно занимаются сексом, а после 40 – гендером».

3. «Наши женщины могут выполнить любую, даже самую тяжелую работу, но под руководством мужчин».

4. «Чем отличается хорошая аспирантка от очень хорошей? Первая каждое утро говорит: "Доброе утро, профессор". Вторая нежно шепчет на ухо: "Уже утро, профессор"».

⁵⁸ См., например: Поленина С.В. Права женщин в системе прав человека: международный и национальный аспект. М., 2000; Смелзер Н. Социология. М., 1994. С. 330–359; Мещеркина Е.Ю. Социологические исследования маскулинности: мужской пол в публичности и приватности // Гендерное равенство. Поиск решения старых проблем: МОТ, 2003. С. 86–109; Богданова И.Ф. Женщины в науке: вчера, сегодня, завтра // СоцИс, 2004. № 11. С. 103–111; Женщины в переходный период. UNICEF. Проект MONEE. Доклад № 6, 1999.

выбирались в счет квот «рабочих» и «крестьян», чтобы убить сразу двух «политических зайцев»; их редко переизбирали на новый срок). В Албании «женщин часто сажали в президиум торжественных собраний, как цветы в горшках на подоконнике – для украшения»⁵⁹. В «перестроечном» Советском Союзе доля женщин (выборы 1989 г.) снизилась наполовину – до 16%. В современной России их еще меньше: 1996 – 1999 гг. – 9,7%, 1999 – 2003 гг. – 7,6%⁶⁰. Как отмечает Н.В. Досина, Россия входит в восьмую (из десяти) группу государств, в которых доля женщин-парламентариев составляет 5,0 – 9,9% (Албания, Андорра, Бразилия, Венгрия, Гвинея, Гондурас, Греция, Грузия, Индия, Индонезия, Камбоджа, Мадагаскар, Монголия, Панама, Румыния, Украина, Узбекистан, Югославия, Япония и др.)⁶¹ «На редкость популярна, – пишет И.М. Хакамада, – «вечная убогая вариация на тему "женщина и политика – две вещи несовместные". Власть асфальт? Пожалуйста. Бороздить космические просторы? Пожалуйста. Ловить преступников? Пожалуйста. Снайпер, укротительница, военный репортер? Пожалуйста. А в политике – извины. Потому что власть»⁶².

По мнению известных российских женщин-политиков, столь существенный дисбаланс власти негативно сказывается во всех областях жизни, но в первую очередь, конечно, в сферах и соответствующих им отраслях законодательства, касающихся интересов женщин и детей⁶³.

«Общеизвестно, – пишет М. Арбатова, – что основные решения на планете принимает небольшое количество белых мужчин среднего возраста, вышедших из среднего класса. Остальные вынуждены жить в мире, увиденном их глазами и существующем по придуманным ими схемам»⁶⁴.

⁵⁹ См.: Женщины в переходный период. С. 108–109.

⁶⁰ Гендерные проблемы в России. По национальным публикациям 1993 – 2003 гг. М., 2004. С. 132.

⁶¹ Досина Н.В. Политическое участие граждан России на рубеже XX – XXI веков: гендерная стратегия. М., 2003. С. 59–60.

⁶² Хакамада И. Sex в большой политике. М., 2006. С. 173.

⁶³ См., например: Лахова Е.Ф. От равных прав – к равным возможностям // Реальность и проблемы социального равенства мужчин и женщин. Ярославль, 2001. С. 23–27; Досина Н.В. Указ. соч. С. 155.

⁶⁴ Арбатова М. Феминизм // «Известия» за 19 февраля 1998 г. С. 5.

Однако результативность участия женщин в политической жизни нашей страны постепенно возрастает. Достаточно высокую степень признания получили, в частности, у ярославцев, И. Хакамада (100% опрошенных граждан признали за ней способность обеспечения конкурентной политической борьбы по правилам согласования интересов), Е. Мизулина (93,3%), В. Матвиенко (39,9%), Л. Слиска (34,7%), Э. Панфилова, В. Терешкова, Е. Лахова, С. Горячева, А. Федулова – итого 17 женщин-политиков⁶⁵.

К наиболее интенсивным, эмоциональным (вплоть до агрессии) и политически результативным явлениям XIX, XX – начала XXI в. относится **феминизм**. Прежде всего, особенно вначале, он имел политическую окраску – недаром процесс уравнивания прав мужчины и женщины, установления гендерного равенства (пусть и весьма относительного) в западных странах называют «тихой женской революцией»⁶⁶.

«Западные интеллектуалки старшего поколения, – отмечает М. Арбатова, – провели молодость в карнавальной борьбе за право опускать бюллетень в урну: ходили на демонстрации, разбрасывали листовки, били витрины магазинов, сжигали бюстгальтеры на центральных площадях городов, запрещали мужчинам целовать руку, платить в ресторане и нести тяжелую сумку. Ведь француженки, венгерки, итальянки, японки, вьетнамки, югославки, румынки и гречанки начали голосовать только после Второй мировой. А, скажем, скандинавки, россиянки, канадки и американки – еще до двадцатого года. Новозеландки решили эту проблему аж в 1893 г., а перуанки только в 1979 г.»⁶⁷

Феминизм может использовать в своих целях практически все основные системы политической и моральной философии, сохраняя при этом принципиальное единство, которое фокусируется в общем стремлении положить конец угнетенному положению женщин и добиться подлинного равенства. На феминистских конференциях часто висят плакаты со словами Джойс

⁶⁵ См.: Досина Н.В. Указ. соч. С. 145.

⁶⁶ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Л.Н. Завадской. (Автор главы – О.А. Хазова). М., 2001. С. 92.

⁶⁷ Арбатова М. Указ. соч. С. 5.

Стивенс: «... Потому что женская работа никогда не кончается и не оплачивается или оплачивается ниже, или она скучна и однообразна, и нас первыми увольняют, и то, как мы выглядим, важнее того, что мы делаем, и если нас изнасилюют, то это наша вина, и если нас избили, значит, мы это спровоцировали, и если мы повышаем голос, то мы скандалистки, и если мы получаем удовольствие от секса, значит, мы нимфоманки, а если нет, то фригидны, а если мы ждем от общества заботы о наших детях, то мы эгоистичны, и если мы отстаиваем свои права, то мы агрессивны и неженственны, а если нет, то мы типичные слабые женщины, и если мы хотим замуж, значит, мы охотимся на мужчину, а если не хотим, то мы ненормальные, и потому что мы до сих пор не имеем надежных и безопасных контрацептивов, когда мужчины ни за что не отвечают, и если мы боимся ответственности или отказываемся от беременности, нас делают виновницами аборт и ... по многим другим причинам мы участвуем в женском движении»⁶⁸.

Различие между направлениями феминизма, полагает Б.Н. Кашников, заключается главным образом в вопросе методологии и методик преодоления гендерной несправедливости⁶⁹. На наш взгляд, это не совсем так, ибо в разнообразных течениях феминизма все же присутствуют попытки определить с базисными предпосылками гендерного равенства и неравенства.

Так, в поисках решения «женской части» гендерной проблематики феминизм (во всей многоликости его течений) в качестве ключевой дискутируемой идеи опирается на «дилемму сходства или различий мужчин и женщин». Обойти этот вопрос невозможно, так как принципиальные природные различия очевидны. Вся традиционная культура строится на идее противоположности (и в значительной степени – иерархичности) мужского и женского начал⁷⁰.

На одном полюсе – концепция особой женской сущности. В рамках этой концепции презюмируется, что все женщины подобны друг другу и принципиально отличаются от мужчин

⁶⁸ Цит. по: Арбатова М. Указ. соч. С. 5.

⁶⁹ См.: Кашников Б.Н. Либеральные теории справедливости и политическая практика России. Великий Новгород, 2004. С. 162–163.

⁷⁰ См.: Воронина О.А. Феминизм и гендерное равенство. С. 10.

(причем в лучшую сторону ...). На этой основе политика равных прав невозможна⁷¹.

На другом полюсе – идея либерального феминизма о сходстве (и даже тождестве) женщин и мужчин, где в качестве основания заложена идея о том, что они равно (тождественно) рациональны. «Такое понимание равенства, – отмечает О.А. Воронина, – закономерно приводит либералок к убеждению, что любые отличия женщин препятствуют достижению ими равенства с мужчинами»⁷². Не найдя ответа на вопрос о возможности равенства между мужчинами и отличными от них женщинами, либеральные феминистки и вынуждены отрицать различия во имя достижения социального равенства.

Однако подобные гендерно безразличные идеология и основанное на ней законодательство неизбежно игнорируют реалии жизни, и прежде всего репродуктивную роль женщины. Беременность и материнство не есть разновидность «обычного расстройства здоровья» и одна из обычных функций человека. В ситуации деторождения равные права приводят к большей нагрузке на женщин. Значит, в этом вопросе они должны быть «немного более равными».

Между двумя полярными идеями истину, как известно, следует искать ближе к середине. В результате постепенно сформировался так называемый «комплексный подход», основанный на новом понимании равенства, с точки зрения соотношения сходства и различия, попытки диалектически сочетать эти понятия. Равенство подразумевает равное положение, независимость, ответственность и всеобъемлющее участие женщин и мужчин во всех сферах общественной и приватной жизни; проблема состоит не в том, что различия существуют, а в том, что они не должны вести к дискриминации⁷³.

Основная дилемма феминизма о сходстве и различии мужчин и женщин, кроме того, в значительной степени «снимается» еще одной достаточно очевидной констатацией: и то, и другое присутствует, но пропорции весьма условны, так как при явном природно-объективном различии полов внутри каждого из них существует многоплановая дифференциация характеров, спо-

⁷¹ См.: Там же. С. 12.

⁷² Воронина О.А. Указ. соч. С. 63.

⁷³ Подробно об этом см.: Воронина О.А. Указ. соч. С. 210–223.

собностей, потребностей (не говоря уже о нетрадиционных аспектах сексуальной ориентации, где единство мужского и женского начал – не только идеологема, условность, но в ряде случаев – реальное бытие ...). Телеология человека, представляющая его в качестве фокуса мироздания, «располагает многими и вескими основаниями считать, что функцию венца мироздания далеко не в равной мере выполняют все человеческие существа, все члены всякого сообщества, где бы и когда бы оно не присутствовало в мироздании»⁷⁴.

(При этом, как точно подметила М. Арбатова «за себя и за ту женщину»: «Всякий раз, когда я не даю вытирать о себя ноги, меня называют феминисткой!»⁷⁵. Женщине «функцию венца мироздания» выполнять все же труднее – по обстоятельствам жизни, организованной в основном мужчинами.⁷⁶)

По отношению к проблеме развития демократии и политического участия, отмечает Н.В. Досина, в настоящее время феминистская критика развивает три позиции. Первая – отказ от строгого

⁷⁴ Самородницкий П. Опровержение будущего: Введение в телеологию человека. М., 2004. С.301.

С.И. Голод отмечает, что «открывшаяся возможность равновероятностного овладения всем веером социальных ролей не привела к утрате полового лица, но способствовала индивидуализации как мужчин, так и женщин. Именно последняя подпитывает движение женщин за мифическое равенство полов». (Голод С.И. Социолого-демографический анализ состояний и эволюции семьи // СоцИс. 2008. № 1. С. 41.)

⁷⁵ Арбатова М. Там же.

⁷⁶ С.И. Голод замечает: переход женщины от подчиненного положения к равноправному «изначально предполагал обязательную мимирию: мало "победить" мужчин, надо сделать это на их "территории", пропитанной "мачистским духом", признать единственно верным используемые ими методы».

Любопытно также замечание автора по итогам аналитики позиций об эмансипаторском движении Ж.-П. Сартра и А. Лосева, которые сравнивали это движение с идеями еврейского национального самосознания и самовыражения. «Задумаемся: случайно ли два далеких по мировосприятию философа, – пишет С.И. Голод, – сравнивают положение женщин с нацией, которая на протяжении нескольких тысячелетий не имела самостоятельной территории и государственности и потому была вынуждена перманентно доказывать миру свое право на непохожесть». (Голод С.И. Указ. соч. С. 41.)

деления субъектов политики на мужчин и женщин, от активного подавления сходств и конструирования различий, от жесткой дихотомии «гендер или политика». Вторая – признание важности социокультурного влияния гендера на мотивацию политических действий, основы принудительных нормативных механизмов взаимодействия социально-половых групп мужчин и женщин в политике. Третья позиция – всесторонняя оценка процессов социального контроля над обществом со стороны власти⁷⁷.

Гендерная идея, продолжает автор, это необходимость гармонизации двух социально-половых групп в обществе – мужчин и женщин – при учете биологических особенностей обеих групп. Она направлена на раскрытие их личностного потенциала, на налаживание их партнерства во всех социальных институтах общества⁷⁸. Гендерная идея формирует гендерную идеологию (систему соответствующих взглядов о построении общества с учетом гендерного фактора) и гендерную стратегию (совокупность принципов и методов организации политической и общественной жизни в контексте взаимодействия мужчин и женщин)⁷⁹.

* * *

Таким образом, преодоление патриархатного вектора социальной организации необходимо (как, вероятно, объективным образом когда-то был преодолен вектор матриархатный), хотя до «гендерного контракта» как некоего социального договора между полами в мировом и российском контексте еще весьма далеко. Постепенное «сложение векторов» должно привести к тому, что женский взгляд на политику, законодательство, менеджмент, семью и т.д. будет признаваться и приниматься в качестве объективной и потому обязательной предпосылки целостного понимания и освоения мира.

Пройти по этому «лезвию бритвы» – долгая и сложная задача. Тем почетнее мужчинам и женщинам попытаться ее решить – «мужество быть рождается из органического сочетания

⁷⁷ Подробнее об этом см.: Досина Н.В. Политическое участие граждан России ... С. 82–93.

⁷⁸ Там же. С. 99.

⁷⁹ Там же. С. 99–100.

в одной и той же личности мужества быть собой и одновременно мужества быть частью»⁸⁰.

5.1.2. О тенденциях политико-правовых решений гендерных вопросов

Социальный статус человека-мужчины и человека-женщины зависит от множества факторов институционального, социально-экономического и идеологического порядка (политических системы, режима и культуры, гендерного законодательства; состояния экономики; взглядов на роль мужчины и женщины в обществе). В результате их взаимодействия возникают, развиваются и укрепляются во времени и пространстве несколько типов государственной гендерной политики⁸¹.

Патриархатный тип базируется на триаде «семейная постель, дети, кухня» (в известном немецком варианте – «кухня, дети, церковь») для женщины и триаде «политика, профессия, заработок» для мужчины. **Патерналистский тип** характеризуется государственным протекционизмом по отношению к женщине на основе формального равноправия полов в ключевых областях жизни. **Либеральный тип** государственной гендерной политики, отмечает О.А. Хасбулатова, основан на сочетании в модели взаимоотношений полов, с одной стороны, тенденций выравнивания статуса и возможностей мужчин и женщин в публичной и частной сферах, с другой – дискриминации по признаку пола в сферах политики, менеджмента и занятости. Это неизбежно приводит к конфликту двух ролей женщины – профессиональной и семейной⁸².

Эгалитарной является политика, ориентированная на укрепление как формально-правового равенства статусов мужчин и женщин, так и реальных возможностей его осуществления. Акцент делается на социокультурные, а не биологические гендерные различия, достаточно тщательный и всесторонний просчет гендерных последствий принимаемых решений. Такая по-

⁸⁰ Тиллих П. Цит. по: Гаджиев К.С. Политическая философия. М., 1999. С. 330.

⁸¹ Подробнее об этом см.: Хасбулатова О.А. Российская гендерная политика в XX столетии: мифы и реалии. Иваново, 2005. С. 6–29 и далее.

⁸² Хасбулатова О.А. Там же. С. 11.

литика предполагает преодоление патриархических стереотипов о мужских и женских ролях в обществе, создавая благоприятное общественное мнение о гендерном равенстве, обеспечивает равный доступ мужчинам и женщинам к ресурсам в сфере политической деятельности, трудовой занятости, доходов, облегчает ведение домашнего хозяйства и т.д.⁸³

Очевидно, что последний вариант государственной гендерной политики более всего отвечает современным тенденциям «западной» части мирового сообщества, хотя, за некоторыми исключениями, является на данном этапе скорее идеальной целью и некоторой неисчерпательной совокупностью способов ее достижения, нежели реальным результатом в отдельно взятом государстве или государствах, тем более что эгалитарный подход базируется на объективном противоречии равных прав и гендерных различий, что, в свою очередь, приводит к своеобразным «перекосям» и проблемам.

Так, некоторые «лобби по равному обсуждению» (США) считают, как мы уже отмечали ранее, беременность одним из многочисленных человеческих опытов, а не уникальным событием, разновидностью «расстройства здоровья», так как для обоих случаев типичны сходные характеристики – потеря дохода, временная нетрудоспособность, рост медицинских расходов ...⁸⁴ В Швеции, где создана одна из самых благоприятных «политик для женщин», констатируется высокий уровень сегрегации по половому признаку: женщины сконцентрированы на низкооплачиваемых и низкостатусных работах (в том числе приспособляясь к карьерным устремлениям супругов). Кроме того, кампания 1990-х гг. «Папа, вернись домой!», несмотря на серьезную нормативно-правовую поддержку усиления семейной роли отцов, не достигла запланированных результатов. В Норвегии в этот же период на правительственном уровне стали высказываться идеи о возможности использования квот при приеме на работу мужчин в областях традиционной занятости женщин⁸⁵. И т.д.

⁸³ См.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 12–14; Воронина О.А. Указ. соч. С. 141–180.

⁸⁴ См.: Воронина О.А. Указ. соч. С. 92.

⁸⁵ См.: Там же. С. 146, 160.

Нормативно-правовыми базисными предпосылками становления и развития гендерных составляющих внутреннего (национального) законодательства являются **международно-правовые документы**. Их подробная аналитика дается в трудах, специально или преимущественно посвященных данному вопросу⁸⁶, поэтому мы ограничимся лишь наиболее общими констатациями.

Во-первых, в качестве стратегических источников должны рассматриваться все международные конвенции о правах человека, начиная с Устава ООН 1945 г., Всеобщей Декларации прав человека от 10 декабря 1948 г. и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.

Так, именно в Уставе ООН впервые на международном уровне была декларирована ценность прав человека и принцип равноправия, в том числе по признаку пола: «Мы, народы объединенных наций, преисполненные решимости ... утвердить веру в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности, в равноправие мужчин и женщин и в равенство прав больших и малых наций, и создать условия, при которых могут соблюдаться справедливость и уважение к обязательствам ... решили объединить наши усилия для достижения этих целей».

Источниками второго типа являются конвенции и другие международно-правовые документы о правах женщин – Конвенция о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности от 29 июня 1951 г. (и другие – подробно о международно-правовом обеспечении трудовых прав женщин см. в соответствующем разделе данной работы), Конвенция об охране материнства от 28 июня 1952 г. (о медицинской помощи беременной женщине и женщине-матери, отпуске по беременности и родам, уходу за грудным ребенком, необходимых социальных выплатах и т.д.), Декларация о ликвидации дискриминации в отношении женщин от 7 ноября 1967 г., Конвенция о политических правах женщин от 20 декабря 1952 г. (равные пассивные и ак-

⁸⁶ См., например: Поленина С.В. Права женщин в системе прав человека ... С. 14 и след.; Петрушина Е.А. Институт прав женщин: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2002; Ефремова Э.М. Реализация принципа равноправия женщин в Российской Федерации: теоретико-правовой анализ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2004; Глушкова С.И. Права человека в России. М., 2005. С. 331 и след.

тивные избирательные права; равное право с мужчинами занимать должности на общественно-государственной службе – ст. 1–2), Конвенция о борьбе с дискриминацией в области образования от 14 декабря 1960 г. (п. а ст. 2 – о возможности сохранения раздельного образования для учащихся разного пола – только при обеспечении равного доступа к образованию), Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 18 декабря 1979 г., Декларация об искоренении насилия в отношении женщин от 20 декабря 1993 г., Декларация о защите женщин и детей в чрезвычайных обстоятельствах и в период вооруженных конфликтов от 14 декабря 1974 г., Пекинская декларация 1995 г. и др.

В указанной Конвенции 1979 г. дана (впрочем, без претензии на универсальность) дефиниция понятия «дискриминация в отношении женщин»: «любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, пользование или осуществление женщинами, независимо от их семейного положения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области» (ст. 1); предписано включение принципа гендерного равноправия в национальные конституции или другое соответствующее законодательство – с обеспечением средств его практического осуществления (ст. 2), принятие специальных мер, направленных на ускоренное установление фактического равенства – с последующей их отменой по достижении указанной цели (п. 1 ст. 4); при этом заявлено, что специальные меры по охране материнства не являются гендерной дискриминацией (п. 2 ст. 4). Особо следует отметить призыв к государствам-участникам «изменить социальные и культурные модели поведения мужчин и женщин», дабы искоренить предрассудки и упразднить обычаи, основанные на идее «неполноценности и превосходства одного из полов или стереотипности роли мужчин и женщин» (п. а ст. 5). Участники также призваны обеспечить равные гендерные возможности во всех отраслевых законодательствах (избирательном, административном, трудовом, гражданском, семейном и т.д.).

В Конвенции о согласии на вступление в брак, минимальном брачном возрасте и регистрации брака от 7 ноября 1962 г. предусмотрены: 1) обязательность взаимного согласия на брак

и личного присутствия при его государственной регистрации (кроме особых обстоятельств) (ст. 1); 2) установление минимального брачного возраста (кроме исключений по уважительной причине в интересах сторон) (ст. 2).

В Конвенции о гражданстве замужней женщины от 20 февраля 1957 г. установлено, что заключение (расторжение) брака, приобретение мужем гражданства другого государства или отказ от гражданства не влекут автоматического следования этим юридическим фактам гражданства жены (ст. 1–2).

В-третьих, интересующая нас информация содержится в специализированных («отраслевых») конвенциях, напрямую и непосредственно со статусом женщин не связанных. Так, в Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. предусмотрены равные права и ответственность обоих родителей (ст. 3, 18, 27 и др.), заботу о матери ребенка (ст. 24), воспитание ребенка в духе равноправия мужчин и женщин (п. 1 ст. 29). В Конвенции о правах человека и биомедицине от 4 апреля 1997 г. объявлен запрет на использование вспомогательных репродуктивных технологий в целях выбора пола будущего ребенка (ст. 14), а в Дополнительном протоколе к ней от 12 января 1998 г. – запрет клонирования человеческих существ.

С той или иной степенью представленности и глубины гендерное равенство закреплено в **конституциях** многих государств мира.

В первом основном законе России (после революционного переворота 1917 г.) – Конституции РСФСР 1918 г. – был декларирован в самом общем виде скорее принцип равенства трудящихся, нежели всеобщее и гендерное равенство (ст. 3, 7, 18, 64 и др.): мужчина и женщина («лица обоего пола») равны в своем статусе как трудящиеся, в том числе в сфере избирательных прав. Конституция СССР 1924 г. человека как субъекта права проигнорировала.

В Конституции СССР 1936 г. впервые в истории России (СССР) включены положения именно о гендерном равенстве (ст. 122: «Женщине в СССР предоставляются равные права с мужчиной во всех областях хозяйственной, государственной, культурной и общественно-политической жизни») и особо – при реализации пассивного и активного избирательного права

(ст. 135, 137). В качестве конституционных был объявлен также принцип охраны материнства (п. 2 ст. 122).

В Конституции СССР 1977 г. принцип равенства, в том числе по признаку пола, был воспроизведен в нормах ст. 34 (равенство граждан, в том числе независимо от пола), ст. 35 (равенство прав мужчины и женщины, льготирование материнства), ст. 53 (равноправие супругов в семейных отношениях). Причем в проекте данного основного закона было записано: «Женщина в СССР имеет равные права с мужчиной». Это означало бы, что «эталон» правового статуса является мужчина. Последовали критические замечания специалистов и общественности⁸⁷ – и формула подверглась корректировке, стала гендерно нейтральной.

Действующая Конституция Российской Федерации 1993 г., легитимированная всенародным референдумом, провозгласила новые ценности – права человека. Права человека-женщины, с одной стороны, неотрывны от общего контекста прав человека, с другой – именно ради решения «женского вопроса» в основной закон были включены положения о «равных возможностях» (кроме традиционной формулы о равенстве граждан перед законом независимо от пола).

Экспертами российского конституционного законодательства предлагаются различные схемы анализа конструкций гендерного равенства. Однако, поскольку нормативные предписания этого уровня и по этому вопросу достаточно декларативны и одновременно вполне очевидны, принципиальных расхождений в их исследовании нет. Так, Л.Н. Завадская рассматривает данную проблему через призму четырех параметров: первый – права человека как универсальный стандарт политических, гражданских (в государственно-правовом смысле), экономических, социальных и культурных прав и свобод для человека-мужчины и человека-женщины; второй – собственно права человека-женщины; третий – взаимодействие прав, свобод, обязанностей и ответственности; четвертый – равные возможности граждан, в том числе по признаку пола⁸⁸.

⁸⁷ См., например: Конституция СССР: Политико-правовой комментарий. М., 1982. С. 128.

⁸⁸ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Завадской Л.Н. М., 2001. (Автор главы – она же.) С. 3–4.

В частности, анализируя конструкцию гендерного равенства через призму второго параметра, автор отмечает, что права человека-женщины – это «философия отрицания единства стандарта без учета гендерных различий и, помимо этого, отрицание стандарта мужского как универсального»⁸⁹. Разумеется, ключевой предпосылкой такого отрицания являются репродуктивные функции женщины и соответственно ее статус матери. На конституционном уровне это не ведет к существенной гендерной асимметрии. Однако на уровне отраслевого законодательства и практики его применения асимметрия проявляется. Видимо, отцовство как социально-правовое явление также требует будущего конституционного акцентированного признания ...

Основные направления развития российского права и законодательства в контексте гендерного равенства, по мнению аналитиков проблемы, сосредоточены в избирательном нормативно-правовом блоке, трудовом и социально-обеспечительном, административном, семейном, уголовном, уголовно-исполнительном.

Так, специалисты справедливо настаивают на необходимости разработки концепции **избирательной системы**, наиболее полно учитывающей полифонию политических взглядов и интересов в российском обществе – с соответствующим конституционно-правовым регулированием «избирательных» отношений (принципы избирательного права, избирательный статус граждан, особо оговорив статус граждан-женщин, составляющих относительное большинство населения)⁹⁰. Мировая практика показывает, что актуальная задача увеличения женского представительства в высшем, региональных и муниципальных законодательных органах требует принятия закона (законов) о гендерных партийных квотах, гарантиях равного доступа кандидатов к финансовым ресурсам, СМИ и т.д.

Например, З.М. Зотова предлагает проект нормы о 70-процентном гендерном ограничителе (по лицам одного пола)⁹¹.

⁸⁹ Завадская Л.Н. Указ. соч. С. 8.

⁹⁰ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства. (Автор главы – З.М. Зотова.) С. 85.

⁹¹ Гендерная экспертиза российского законодательства. С. 87.

Н.А. Шведова отмечает, что наряду с «жестким» квотированием (Италия – 50% пропорционального представительства по партийным спискам, Аргентина, Бразилия – 20% и т.д.), «мягким» решением (безлимитная норма об обязательности гендерного представительства – Бельгия, Аргентина, Непал и др.) существует, притом наиболее популярное, правило одобрения политическими партиями неформальных квот для женщин-кандидаток (Австралия, Великобритания, страны Скандинавии и др.)⁹².

Н.В. Досина подчеркивает, что по смыслу международно-правовых документов речь, собственно, идет не о женских, а о гендерных квотах, обеспечивающих «критическое меньшинство» (от 30 до 40%) женщин на всех уровнях власти⁹³. (Кстати, автор отмечает определенные успехи в этом вопросе политической партии Единой России, включившей на последних выборах в свою программу особый раздел, направленный на урегулирование гендерных отношений в обществе, в том числе в части продвижения женщин в структуры всех ветвей власти, назначения их на высшие должности и т.д.)⁹⁴. Н.Д. Стрекалова полагает разумной «критической массой» не менее 30% представительства – это позволяет женщинам оказывать существенное влияние на политику; если же процент более 30, то уже можно рассчитывать на постановку, решение проблем и реальное осуществление программ, затрагивающих интересы женщин и детей⁹⁵.

Соответственно **административное законодательство**, следуя за избирательным, должно предусматривать квоты и иные гарантии участия женщин в управлении всех уровней. Так, в проекте Федерального закона (№ 284965 – 3), внесенном в Государственную Думу РФ депутатами В.В. Володиным,

⁹² См.: Шведова Н.А. О применении квот на выборах // Реальность и проблемы социального равенства мужчин и женщин. Ярославль, 2001. С. 41.

⁹³ См.: Досина Н.В. Политические меры преодоления гендерного конфликта в современном российском обществе // Реальность и проблемы социального равенства мужчин и женщин. С. 48.

⁹⁴ Досина Н.В. Политическое участие граждан России на рубеже XX – XXI веков: гендерная стратегия. С. 183.

⁹⁵ См.: Стрекалова Н.Д. Женщины и мужчины в управлении: от равных прав к равным возможностям // Реальность и проблемы социального равенства ... С. 55.

Е.Ф. Лаховой, О.В. Морозовым, Г.И. Райковой «О государственных гарантиях равных прав и свобод мужчин и женщин и равных возможностях для их реализации» (принятом в первом чтении), предусматривается глава об указанных гарантиях и, в частности, положение о приоритете в процессе участия в конкурсе на замещение вакантных государственных должностей лица того пола, который составляет меньшинство на данной должности или государственной службе (ст. 13); формировании с учетом принципа равноправия полов Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда РФ и аудиторов Счетной палаты (ст. 19).

(Не вдаваясь в подробности и их аналитику, хотелось бы также отметить противоречивую позицию православной церкви: отдавая дань высочайшего уважения Богородице, она не пускает женщин в свои духовные структуры (кроме женских монастырей и гражданских лиц в административном аппарате, например, юрисконсульты). Между тем известно, что подобная строгость сопровождает не все христианство. «Когда на приеме в финском посольстве, – пишет М. Арбатова, – молодой красивой пасторше (скандинавский мир развитого феминизма не считает женщину существом второго сорта и в религиозной деятельности тоже) в деловом элегантном костюме задали вопрос о дискриминации, она кивнула: "В нашей стране тоже есть дискриминация. Когда я пришла брать приход, мне сказали, что у меня трое детей и, вероятно, мне будет трудно справляться с ними и с работой. На это я ответила: "У моего мужа тоже трое детей, но никто не смеет задавать ему подобные вопросы"»⁹⁶.)

Аналитики гендерной асимметрии **уголовного законодательства** отмечают, что последняя может проявляться в двух областях: при установлении уголовной ответственности (видов преступлений, описании признаков составов преступлений) и при описании условий применения различных видов наказаний, то есть при регламентации условий реализации уголовной ответственности⁹⁷. В первом случае данный аспект присутствует пре-

⁹⁶ Арбатова М. Феминизм. С. 5.

Разумеется, мы понимаем, что это объясняется сущностными позициями Православной церкви, объясняемыми и поддерживаемыми ее идеологами-мужчинами. Однако вопрос остается...

⁹⁷ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства. М., 2001. (Автор главы – С.В. Полубинская.) С. 208.

жде всего в преступлениях против личности (женщина – субъект преступления ст. 106 УК РФ – убийство матерью новорожденного ребенка; потерпевшая от незаконного производства аборта – ст. 123). С.В. Полубинская констатирует, что введением в УК РФ уголовной ответственности (плюсом к изнасилованию) за все иные насильственные действия сексуального характера (ст. 131, 132) ликвидирована гендерная асимметрия в смысле равной уголовно-правовой охраны половой свободы и половой неприкосновенности женщин и мужчин⁹⁸. В УК РФ введена также глава о преступлениях против семьи и несовершеннолетних (ст. 150–157). Устанавливая ответственность за вовлечение в занятие проституцией, уголовный закон не указывает пол вовлекаемого лица (ст. 240); аналогично – об ответственности за организацию и содержание притонов для занятия проституцией – (ст. 241). Одновременно автор полагает преждевременным исключение из российского уголовного закона ответственности за преступления, составляющие пережитки местных обычаев – это привело к непредсказуемым на тот момент последствиям (например, попытке введения многоженства в Ингушетии)⁹⁹.

Так, Л.Л. Кругликов отмечает определенную избыточность норм о преступлениях сексуального характера – сохранении состава изнасилования (ст. 131) как частного случая запрета любых насильственных актов (ст. 132). Однако, считает автор, учитывая высокую криминогенность этих «частных случаев» и «известную дань традиции, наличие преемственности в праве, следует поддержать принятое законодателем решение», соответственно ст. 132 должна применяться «по остаточному принципу»¹⁰⁰. К группе преступлений, связанных с сексуальным насилием и относящихся к исследуемой проблематике, Л.Л. Кругликов причисляет также преступления, предусмотренные ст. 151, п. «е» ч. 2 ст. 152., ст. 240 УК. На обеспечение прав и свобод направлены и предписания ст. 136, устанавливающей за их нарушение уголовную ответственность (одно из одиннадцати оснований в диспозиции данной нормы – нарушение равенства в зависимости

⁹⁸ См.: Полубинская С.В. Указ. соч. С. 209.

⁹⁹ Там же. С. 210.

¹⁰⁰ Кругликов Л.Л. Реализация принципа равенства женщин и мужчин в уголовном законодательстве // Реальность и проблемы социального равенства ... С. 65.

от пола). В то же время автор полагает, что в определенном осмыслении нуждаются предписания ст. 145 УК: в одной своей части (наказуемость необоснованных отказа в приеме на работу или увольнения женщины по мотивам беременности) они, подтверждая неизбежность социальной дифференциации, не являются «антитезой равенства граждан»; в другой части позиция законодателя уязвима, так как уголовная ответственность наступит только за указанные выше действия в отношении женщины, имеющей ребенка до 3-х лет – между тем потерпевшим может оказаться и отец-одиночка¹⁰¹.

Гендерная экспертиза **уголовно-исполнительного законодательства** показывает, что в своей основе оно соответствует принципу гендерного равенства, а установленные в нем нормы о преимуществах и привилегиях женщин обоснованы и необходимы, так как большинство из них связаны с беременностью женщин, рождением и воспитанием детей. Правда, некоторые из них, отмечает А.С. Михлин, например, отбывание наказания в менее суровых режимных условиях, объясняются «меньшей общественной опасностью женщин»¹⁰² (что, впрочем, полагаем несколько спорным, особенно по отдельным специальным составам преступлений). В то же время автор предлагает ряд изменений, в частности: разрешить отсрочку отбывания наказания мужчинам, осужденным за преступления небольшой и средней тяжести, если они имеют детей до 8 лет (при отсутствии матери); предусмотреть в законе раздельное содержание беременных женщин и женщин с детьми (в домах ребенка при исправительных колониях) – и в улучшенных условиях; установить, что осужденные женщины, получающие государственные пособия на детей, вправе расходовать эти средства только целевым образом (продукты питания, детские вещи)¹⁰³.

В **уголовно-процессуальном законодательстве** гендерная симметрия абсолютна – речь в нормах, так или иначе отражающих этот аспект, идет только о лицах противоположного пола (например, ч. 4 ст. 179, ч. 3 ст. 184, ч. 2 ст. 290 УПК РФ

¹⁰¹ Кругликов Л.Л. Указ. соч. С. 67.

¹⁰² См.: Гендерная экспертиза российского законодательства. (Автор главы – А.С. Михлин.) С. 241.

¹⁰³ См.: Там же. С. 242.

предписывают участие лиц одного пола или врача при освидетельствовании лица, личном обыске и т.п.). Большинство других отраслей – гендерно нейтральны.

Традиционно максимальная отраслевая концентрация гендерных проблем сосредоточена в **трудовом праве** и **праве социального обеспечения**. Выстраивая предпосылки их решения, А.М. Лушников и М.В. Лушникова отмечают, что признак пола, как таковой, следует практически исключить в качестве основания дифференциации – «работники» должны делиться на «мужчин» и «женщин», когда они становятся «лицами с семейными обязанностями»; однако и «полное игнорирование половой специфики ведет в тот же тупик, что и выдвижение ее в качестве основной»¹⁰⁴. Ключевой идеей является принцип равенства и дифференциации трудовых прав и обязанностей и запрета дискриминации в трудовых отношениях. Она воплощается в нормах о гендерной охране труда женщин (ограничении применения их труда на некоторых видах работ), охране (гарантиях) трудовых прав беременных женщин и женщин, имеющих детей (гигиена условий труда, гарантии при приеме на работу, изменении трудового договора и его расторжении, ограничение командировок, право на неполное рабочее время или на гибкий (скользящий) график, на отпуск по беременности и родам и соответствующие пособия и др.). Наряду с классическими и объективно обоснованными различиями в регулировании отношений трудового и социальнообеспечительной сфер с участием мужчин и женщин появилась гендерно относительно нейтральная современная конструкция «лица с семейными обязанностями», формируются технологии поддержки рождаемости и семейной обязанности, основанной на супружеском союзе, союзе родителей, иных попечителей и детей¹⁰⁵. Таким образом, акцент регуляции отношений в данной сфере с очевидностью сводится к реализации функции социального служения, по возможности, на основе диалектически понимаемой гендерной симметрии.

¹⁰⁴ См.: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М. 2006. С. 87–88.

¹⁰⁵ Подробно об этом см.: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Указ. соч. С. 126–128, 211–235.

Соответствующие аспекты в **гражданско-процессуальной** (гендерно почти нейтральной) и **семейно-правовой сферах** будут рассматриваться в следующей главе.

5.2. Гендер в семейно-правовой сфере: российская версия

5.2.1. История вопроса

Хотя, стремясь достигнуть и познать,
мы глупости творили временами,
всегда в нас было мужество признать
ошибки, совершенные не нами.

Игорь Губерман

Семья с давних времен является «сотовой ячейкой» социума, его «атомом», в котором, как и в атоме собственно физическом, сосредоточена могущественная энергетика бытия. Строение и виды этого социального феномена были и есть различны: родья, неустойчивая парная семья, основанная на свободном парном браке, сложноструктурная патриархальная семья с крепкими связями по линии супружества, родства и свойства, полигамные, моногамные и эгалитарные брак и семья.

Во взаимодействии трех разноуровневых субъектов (общества, семьи как малой группы, индивида) меняются основания и верхушки «пирамиды»: на вершине – общество, внизу – индивид и наоборот; семья же продолжает занимать свое центральное место в этой иерархии, по-прежнему являясь каналом разрешения противоречий между социумом и индивидом¹⁰⁶. И ее собственные центробежные силы слабее центростремительных.

Брак как союз мужчины и женщины, характеризующийся их совместным проживанием, ведением общего хозяйства и другими элементами общности – традиционный оплот семьи. Однако были и есть семьи на основе вдовства, развода, союза близких родственников без родителей, внебрачного материнства (редко – отцовства), конкубината (фактического брака). Растет число повторных браков с детьми от браков предыдущих.

¹⁰⁶ Карцева Л.В. Модель семьи в условиях трансформации российского общества // СоцИс. 2003. № 7. С. 94.

Экстримом, входящим в «моду», становятся однополые союзы (партнерства). Операции по смене пола, новейшие репродуктивные технологии, включая суррогатное материнство ... и т.д. Все эти явления прошлого и настоящего суть неизбежные объекты регуляции со стороны обычая, этики и права, а среди них – в первую очередь брак и родительство.

Одним из ключевых субъектов всех или почти всех «семейственных» отношений является со времен известной хирургической операции на бедре Адама, женщина – возлюбленная, супруга, мать, бабушка, прабабушка, вдова, сестра, мачеха...

Исследования российских и зарубежных ученых истории ее статуса позволяют выявить некоторые общие черты развития семейных структур с участием женщины у европейских народов: 1) положительная динамика эволюции имущественно-правового и лично-правового (в меньшей степени) статуса женщин на протяжении средневековья и до начала Нового времени; 2) негативные изменения в XVI – XVII вв., вызванные комплексом причин (ростом народонаселения Европы в эпоху Ренессанса и Реформации, процессами protoиндустриализации, урбанизации и др.); 3) медленные, но необратимые «подвижки» в социальном, в том числе семейном, статусе женщин в семье Нового времени (семье буржуазной эпохи); 4) рождение женского вопроса, эмансипация женщины во всех сферах социальной жизни, включая семейную¹⁰⁷.

Самобытность исторического пути России: пространственно-географическая роль «оси Восток-Запад», два века монголо-татарского ига, слабая урбанизация, века крепостного права, самодержавие, сила традиций и норм обычного права, наконец, православию, ставшее на несколько веков почти монопольным регулятором брачно-семейных отношений – отразилась на истории русских женщин, их положении между свободой и закабаленностью, правоспособностью (дееспособностью) и бесправием¹⁰⁸.

¹⁰⁷ См.: Пушкарева Н.Л. Женщина в российской семье: традиции и современность // Семья, гендер, культура: Материалы международных конференций 1994 и 1995 гг. / Под ред. В.А. Тишкова. М., 1997. С. 187–188.

¹⁰⁸ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 188.

С течением времени, пишет Н.Л.Пушкарева в работе, посвященной частной жизни русской женщины X – начала XIX в., вероятно, определенная часть женщин стала лишь формально признавать свою второстепенную роль в семье и домохозяйстве, да и не только в них; в обществе постепенно развивались умонастроения и идеи в направлении признания значимости роли женщины, они получали в российских семьях «право голоса», пусть пока негромкого, ненапористого, непритязательного¹⁰⁹.

К традиционным особенностям статуса женщины в русской семье, отмечает автор, относятся в первую очередь ее сравнительно широкие имущественные права на владение движимым и недвижимым имуществом, наследование родовых вотчин при наличии наследников по мужской линии (что не прослеживается в Европе), опекунов (особенно при вдовстве), право на совладение с мужем своим приданым, право женщин привилегированного класса на фиксированную часть наследства, право на развод, пусть и существенно ограниченное¹¹⁰. Из принципа раздельности имущества следовала возможность для каждого супруга распоряжаться своим имуществом, не испрашивая дозволения другой стороны, право вступать между собою в различные сделки дарственного и возмездного свойства, а также личный (индивидуальный) характер долгов¹¹¹.

Как мы уже отмечали во втором очерке, И.А. Покровский, анализируя состояние европейского гражданского права конца XIX в., в том числе в семейно-правовой имущественной сфере, почти удивлялся: «По счастливой исторической случайности наше русское право... в этом вопросе стоит в передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что "браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобрести отдельную свою собственность" (ст. 109 I ч. X т. Свода Законов). ... Когда и каким образом установили у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный и

¹⁰⁹ См.: Пушкарева Н.Л. Частная жизнь русской женщины: невеста, жена, любовница (X – начало XIX в.). М., 1997. С. 254–255.

¹¹⁰ Пушкарева Н.Л. Женщина в российской семье... С. 188–189.

¹¹¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 619.

спорный; но важно во всяком случае то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше»¹¹².

В крестьянской среде ориентировались на нормы обычного права, также предполагавшие значительную имущественную самостоятельность женщины. Это зачастую давало основу для независимого, авторитетного положения женщины в семье, несмотря на Домострой и т.п. регуляторы бытия.

Именно в русском фольклоре, подчеркивает Н.Л. Пушкирева, присутствуют образы «поляниц», конкурирующих на равных с богатырями, взрослые и вполне мужественные «представители сильного пола» советуются с женами и матерями перед принятием ответственных решений (тому есть свидетельства и в летописях) и, наконец, только в русском фольклоре есть образ Василисы Премудрой¹¹³. Особая тема и место женщины – в отношении к детям: именно к матери как воспитательнице «чад» обращены церковные поучения; в русских сказках нет историй, в которых бы мать бросала своих детей в лесу – как Гензель и Гретель в европейском фольклоре¹¹⁴. (Впрочем, в качестве отрицательной героини фигурирует злая мачеха, но это – случай особый.) Уважение к матери, необходимость «кормить и поить ее», даже (и особенно тогда), когда она «охудеет умом» – традиция русского быта¹¹⁵.

С другой стороны, православная концепция семейных отношений поощряла в женщине не только верность, доброту и любовь, но и подчинение мужу («Жена да убоится мужа своего...»). Жена была обязана «повиноваться мужу своему как главе семейства, пребывать к нему в любви, почтении и неограниченном послушании, оказывать ему всякое угождение и привязанность, как хозяйка дома»¹¹⁶. Супруга должна была проживать с супругом и следовать за ним при перемене места жительства, паспорт выдавался ей с его согласия. По закону были возможны и в судебной практике имели место иски о восстановлении сожителства супругов (иск мужа о «водворе-

¹¹² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 188.

¹¹³ Пушкирева Н.Л. Женщина в российской семье ... С. 189.

¹¹⁴ См.: Там же. С. 190.

¹¹⁵ Там же.

¹¹⁶ Законы о женщинах (Сборник всех постановлений, относящихся до лиц женского пола). СПб., 1899. С. 59.

нии жены» в семью, крайне редко – иск жены о «водворении ее к мужу»), которые, впрочем, прогрессивными юристами того времени критиковались. Так, А. Боровиковский писал: «Обязанность совместного жительства супругов, относясь всецело к области нравственности, не может быть предметом иска ... одинаково священна и для богачей, и для бедняков, и для живущих в собственных хоробах, и для кочующих цыган. Жена несомненно обязана делить с мужем все его житейские невзгоды; в этом-то и состоят священные узы брака. ... Но суд одинаково бессилен водворить жену к мужу – живет ли муж в собственном имении или кочует в кибитке»¹¹⁷.

Одновременно правило ст. 106 Законов гражданских призывало супруга к долгу «любить свою жену, как собственное тело, жить с нею в согласии, извинять ее недостатки и облегчать ей немощи». На муже лежала обязанность по содержанию жены. Она вытекала, как отмечал Г.Ф. Шершеневич, из склада «общественных отношений, при которых средства для существования семьи добываются обыкновенно мужчиною. Ему открыт доступ ко всевозможным занятиям, его воспитание prepares труженика»¹¹⁸. В начале XX в. Свод Законов был дополнен нормой ст. 1061, в соответствии с которой жена сохраняла право на содержание, если суд устанавливал, что она уклонялась от совместного проживания с мужем по его очевидной вине (ввиду невыносимости)¹¹⁹. Родительская власть принадлежала обоим супругам, однако иерархия внутри брака предполагала и иерархию этой власти. Родительская власть в отношении внебрачного ребенка принадлежала матери.

Несмотря на строгость юридических предписаний и житейских нравов, с середины XIX в. наметились тенденции общественного внимания и некоторой заботы о женщинах, в том числе их образовании (что во все времена является предпосылкой подрывного действия). Появились женские гимназии. Затем были организованы высшие женские курсы, медицинские и педагогические институты, женские профессиональные курсы – коммерческие, сельскохозяйственные, юридические и

¹¹⁷ Боровиковский А. Указ. соч. С. 222, 226.

¹¹⁸ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 620.

¹¹⁹ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2001. С. 57–58.

т.д.¹²⁰ Рождались и набирали силу различные течения за эмансипацию женщин. А. Тыркова, известная деятельница женского движения начала XX в., писала в своих воспоминаниях, что на лекции по женскому вопросу приходила очень пестрая публика – «и военные, и чиновники, учащая молодежь и так называемые городские дамы, конторщицы, телеграфистки, работницы, даже священники. ... Ни разу ни в одном из городов мне не пришлось с лекторской трибуны бороться с той легкомысленной и высокомерной усмешкой, которая является одним из самых отвратительных врагов западных равноправок. И в этом внимании, в этой серьезности есть уже запас возможного успеха»¹²¹.

Состояние общества в женском вопросе было противоречиво – патриархально, либерально, социал-демократично ... Этот своеобразный социокультурный контекст отразил в своем выступлении в 1906 г. с трибуны первой Государственной думы известный русский юрист, профессор права и депутат Л.И. Петражицкий: «Если наши положения относительно участия женщин в управлении, относительно государственной службы ... и т.д. сделаются законом, то наивно было бы думать, будто бы на основании этих законов получится фактическое равенство женщин ... Лишь сравнительно немногие женщины, лишь особенно и чрезвычайно дельные и выдающиеся, чем конкурирующие с ними ... мужчины, фактически достигают соответственных прав. Прочих же будут оттеснять менее дельные, менее талантливые, имеющие в свою пользу меньше заслуг, мужчины, даже те, единственные заслуги коих состоят в том, что они мужчины»¹²².

Социальный, в том числе семейный статус, российских женщин кардинальным образом изменился в результате государственного и общественного переворота 1917 г. Этим также принципиально отличается «история женщин» в России от Запада. На Западе, отмечает О.А.Хазова, женщины «отвоевывали» себе равенство на протяжении длительного времени и «по кусочкам», причем сознательно, понимая, за что борются, в ходе «тихой женской революции». В России освобождение жен-

¹²⁰ Подробнее см.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 32–34.

¹²¹ Цит. по: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 42.

¹²² Петражицкий Л.И. О пользе политических прав женщин. СПб., 1907. С. 6-7.

щин из-под власти мужчин и от сословного неравенства произошло именно революционно и не тихо, сверху, почти принудительно, формально-юридически – в полном объеме¹²³. При этом «знамя освобождения» было отнюдь не в женских руках, и цели преследовались иные; борьба за женщин велась большевиками сознательно и прагматично, по принципу «не за нас – так против нас»¹²⁴. А.М. Коллонтай и И. Арманд уверяли женщин-работниц, что они имеют общие интересы как «пролетарки» с мужчинами-пролетариями, а не с буржуазными феминистками, которые преподносили требования работниц к обществу «в образе голых безжизненных формул абсолютного равноправия мужчин и женщин во всех областях жизни и на всех поприщах. ...менее сознательная работница все еще цепляется за юбки суфражисток и готова поддерживать принцип женского равноправия, хотя бы в ущерб интересам своего класса». Далее А.М. Коллонтай отмечала, что внутри рабочих организаций боролись две точки зрения: женский труд – отклонение от нормы, и наоборот – ступень к освобождению женщины; книга А. Бебеля «Женщина и социализм» (1879 г.) раскрыла тесную связь между женским вопросом, потребностями женщин и общеклассовой целью рабочих¹²⁵.

В качестве ориентира и образца для строительства новой семьи были взяты отношения, типичные для семьи дореволюционного рабочего – отрицались как черты традиционной крестьянской семьи, так и дворянской и буржуазной¹²⁶ (не только с их недостатками, что бы слава Богу, но и их достоинствами). Российское общество не было к этому готово ни идеологически, ни психологически, ни экономически – ни социум, ни семья, ни индивид (мужчина и женщина).

«Добиваться разрешения женского вопроса, – подчеркивала А.М. Коллонтай, – значит добиваться замены старого мира новым миром общественного труда, братской солидарности и ра-

¹²³ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства. (Автор главы – О.А. Хазова.) С. 92–93.

¹²⁴ Подробнее см.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 49–51; Вороница О.А. Феминизм и гендерное равенство. С. 232–238.

¹²⁵ См.: Коллонтай А. Как борются работницы за свои права. М., 1919. С. 13–14.

¹²⁶ См.: Пушкарева Н.Л. Женщина в российской семье ... С. 192.

достной свободы»¹²⁷. «Радостную свободу» российские женщины получили вместе с Гражданской войной, последовавшей за Первой мировой. Между тем, размышляя о последствиях последней, та же А.М. Коллонтай в другой своей работе констатировала: война 90 женщин на 100 вынудила искать прокорм для себя и детей в тяжком труде, из-за дороговизны и полного недостатка продуктов, изматывающих очередей они «спешили сами потушить домашний очаг, предпочитая пользоваться общественными столовыми»; ...«уход женихов и возлюбленных на войну, страх за участь любимого человека послужили естественным поводом к росту числа внебрачных младенцев»¹²⁸. Очевидно, что последствия Гражданской войны были не менее разрушительны, хотя об этом автор не пишет.

Так или иначе, заявив революционные лозунги о равноправии женщин и мужчин, большевики с первых же декретов советской власти начали выстраивать к тому формально-юридические предпосылки. «И уже не жалкие заплатки на обветшавшей одежде буржуазного семейного строя, – отмечал Г.М. Свердлов, – а революционное провозглашение новым правом принципов построения семьи высшего типа – семьи социалистической – вот что перенесло это право на целую эпоху вперед, вот что не только сбросило в мусорную яму истории царское, дореволюционное семейное законодательство, но и оставило далеко позади себя все без исключения буржуазные системы права»¹²⁹.

Действительно, в декабре 1917 г. в «Газете Временного рабочего и крестьянского правительства» были опубликованы два исторических декрета: «О гражданском браке, о детях и о ведении книг актов гражданского состояния» и «О расторжении брака»¹³⁰.

Принцип равенства в них не был провозглашен автономно, однако предписания создавали основательный к тому фундамент: вводился гражданский брак – церковный объявлялся «ча-

¹²⁷ Российский государственный архив социально-политической истории. Ф. 134. Оп. 1. Д. 55. Л. 6. (Цит. по: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 50).

¹²⁸ См.: Коллонтай А. Как борются работницы за свои права. С. 4–5.

¹²⁹ Свердлов Г.М. Советское семейное право. М., 1958. С. 59.

¹³⁰ См.: СУ РСФСР. 1917. № 10 (ст. 152), № 11 (ст. 160).

ственным делом брачущихся», упрощались брачные условия, для выбора общей фамилии устанавливалась тройная альтернатива – или фамилия мужа, или жены, или соединение обеих фамилий; уравнивались в правах дети – независимо от обстоятельств их рождения (в браке, вне брака); развод также становился гражданским учреждением – бракоразводные дела изымались из компетенции судов духовных консисторий в пользу местных судов общей юрисдикции, вопросы о детях и алиментах бывшей жене (и пока только ей, а не мужу!) могли решаться путем соглашений, а при разногласиях – судом; при взаимном согласии на прекращение брака предусматривалась внесудебная процедура (через органы ЗАГС).

Положения обоих декретов акцентировали свою защиту прежде всего на интересах женщин как социально и экономически более слабым, что, впрочем, понятно из-за наличия соответствующей дискриминации этих интересов и прав в дореволюционном семейном (гражданском) законодательстве. Этот акцент, по мнению О.А. Хазовой, был в значительной мере утерян спустя несколько лет. Кстати, когда через несколько лет развод стал обычным явлением, в народе, отмечает автор, даже появились частушки о его «освободительном» значении: «Советская власть, мужа не боюся: если будет плохо жить, пойду разведуся»¹³¹.

Несмотря на труднейшую ситуацию в стране по всем параметрам политического и социально-экономического бытия, «дело декретов» было вскоре продолжено принятием 16 сентября 1918 г. ВЦИК 5-го созыва Кодекса законов РСФСР об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве (далее – Кодекс 1918 г.).

Кодекс 1918 г. систематизировал и публично закрепил принцип гендерного равенства (разумеется, без употребления этого термина – последний не используется и в новейшем законодательстве): 1) свободу выбора места жительства, сохранения своего гражданства, альтернативность в определении брачной фамилии; 2) раздельность имущества с правом любых «межсупружеских» имущественных договоров, не умаляющих, однако, статуса супругов; 3) взаимные обязательства по алиментированию (в отличие от декрета 1917 г., ориентированного

¹³¹ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 99.

только на право бывшей жены); 4) равные родительские права при равности статуса «брачных» и «внебрачных» детей.

Следует специально заметить, что равенство детей независимо от обстоятельств их рождения обеспечивалось весьма эффективной, если не сказать «эффектной», процедурой установления внебрачного отцовства, что, в свою очередь, защищало и интересы женщины-матери. Так, мать ребенка имела право подать заявление в отдел ЗАГС с указанием конкретного отца, последний был вправе оспорить это заявление в двухнедельный срок, его «молчание» квалифицировалось как признание факта. В спорных ситуациях суды обычно исходили из «презумпции истинности заявления матери», коя реально могла быть опровергнута ответчиком только путем активных розысков действительного отца. В процесс могли быть привлечены в качестве ответчиков несколько мужчин¹³².

«Изменения, – отмечает О.А. Хазова, – внесенные в семейные отношения в России менее, чем за год, по своей значимости могут быть сравнимы только с теми реформами, которые имели место на Западе лишь в 1960 – начале 1970-х гг.»¹³³.

Д.И. Курский в своем докладе на 2-й сессии ВЦИК XII созыва 17 октября 1925 г. «О браке, семье и опеке» подчеркивал международный резонанс данного акта и, в частности, приводил пример подобного рода: директор института сравнительного правоведения в Лионе Ламбер издал по этому поводу книгу, где отметил, что «Советский кодекс осуществляет полностью программу феминистов ... Он строит союз тела и душ вместо союза имущества, каковым является буржуазный брак, ... уничтожает право мужчины навязывать женщине свою фамилию, навязывать свою волю в вопросах воспитания детей, он уравнивает ее имущественные права и, таким образом, производит коренной переворот в этом деле»¹³⁴.

Концепция решения женского вопроса в бытовом контексте содержала комплекс предложений по раскрепощению женщин (в значительной степени – утопических): электрическое освеще-

¹³² См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 102; см. также: Матерова М.В. Судебное рассмотрение дел об установлении отцовства. М., 1972. С. 14–17.

¹³³ Хазова О.А. Указ. соч. С. 101.

¹³⁴ См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 243–244.

щение и отопление избавит «домашних рабынь» от необходимости убивать три четверти жизни на смрадной кухне¹³⁵, тем более после создания широкой сети общественных кухонь и общественных столовых и прачечных; детские ясли и сады позволяют освободить женщину от огромных энергетических затрат физической и иной заботы о ребенке, а также воспитывать ребенка профессионально, со знанием дела, а не на основе стихийной материнской любви, которая, впрочем, полностью не исключается¹³⁶.

Анализируя эти малореалистичные идеи и попытки их воплощения в жизнь, О.А. Хасбулатова полагает, что прагматичные политики того времени увидели в обобществлении домашнего хозяйства средство решить проблемы продовольственного снабжения населения, удешевления жилищного строительства и его обслуживания, и, что еще важнее, – задачу подчинения интересов личности и отдельной семьи интересам государства¹³⁷. А.М. Коллонтай писала, что семья с точки зрения организации хозяйственных отношений «должна быть признана не только беспомощной, но и вредной ...»¹³⁸. В перспективе также предполагалось уйти от индивидуального алиментирования как бывших супругов, так и детей. (Идея А.М. Коллонтай и других о создании «государственного алиментного фонда»: было подсчитано, что единый фонд может составить 120 млн руб. (ежегодная рождаемость – 5,4 млн детей, примерно 1 млн нуждается в алиментах; единый фонд, или фонд самострахования, из взносов всего трудящегося населения – большое подспорье государству в тяжелый период его становления)¹³⁹). При этом Д.И. Курский подчеркивал, что, само собой разумеется, в перспективе «самые вопросы об алиментах отпадут, а государство (общество в целом) возьмут на себя заботу о детях и подрастающем поколении»¹⁴⁰.

¹³⁵ См.: Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 23. С. 94–95.

¹³⁶ Подробнее см.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 100–106.

¹³⁷ Там же. С. 101–103.

¹³⁸ Коллонтай А.М. Новая мораль и рабочий класс. Пг., 1919. С. 18.

¹³⁹ См.: Ростовский И.А. О некоторых утопических планах // Сборник статей и материалов по брачному и семейному праву / Под ред. Д.И. Курского. М., 1926. С. 95–96.

¹⁴⁰ См.: Курский Д.И. Указ. соч. С. 311.

В то же время А.М. Коллонтай допускала определенную свободу любовных взаимоотношений мужчины и женщины (впрочем, отнюдь не в духе известной «теории стакана воды»): общество «должно научиться признавать все формы брачного общения, какие бы непривычные контуры они не имели, при двух условиях: чтобы они не наносили ущерба расе и не определялись гнетом экономического фактора...»; возможны и последовательная моногамия и «целая гамма различных видов любовного общения полов в пределах "эротической дружбы"»; она предлагала женщинам не сводить жизнь к любовным эмоциям и семье как единственным смыслам жизни, а распахнуть ворота жизни всесторонней, научиться выходить из ее конфликтов, в том числе и любовных, "подобно мужчине, не с помятыми крыльями, а с закаленной душой"¹⁴¹.

Именно эти взгляды известной большевички были скорее сродни европейскому феминизму (что она отрицала), нежели российскому социал-демократизму, они получили негативную оценку со стороны товарищей по партии. (Валери Брайсон, анализируя труды А.М. Коллонтай, подчеркивает, что ее идеи о свободе любви являются не проповедью случайных связей или «теорией стакана воды» (как полагал В.И. Ленин по воспоминаниям К. Цеткин), а скорее попыткой «распространить марксистскую теорию на сферы жизни, которые прежде считались теоретически неинтересными и практически неважными»¹⁴².

По мнению О.А. Хасбулатовой, в идеологии женского вопроса и женского движения большевики четко очертили сферу применения потенциала женщин: общественное производство, социальные отрасли, рождение и воспитание детей. Относительно управления «кухарки» делами государства дело обстояло противоречиво. Так, в одном из своих выступлений перед участниками конференции работниц В.И. Ленин, после констатаций в вопросе освобождения женщин от тягот быта через организацию столовых, яслей, школ, приглашал женщин поработать в продовольственной и иных социальных областях; что касается политической деятельности, то она, по его мнению, должна состоять в том, «чтобы своим организаторским умением

¹⁴¹ См.: Коллонтай А.М. Любовь и новая мораль // Философия любви: Сб. М., 1990. Ч. 2. С. 38–41.

¹⁴² Подробнее см.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 108–109.

женщина помогала мужчине»¹⁴³. (И пусть статистики сосчитают «по пальцам» количество женщин на высших государственных должностях того времени...)

По мысли О.А. Ворониной, видимая прогрессивность ранне-советской эмансипаторской практики не меняет истинного смысла этих преобразований: не эмансипация женщин как таковая была главной целью гендерной политики, а построение гендерной системы нового типа, разрушение жесткой экономической и правовой зависимости женщин от власти мужчин (отцов и мужей) со стороны государства способствовало переподчинению женщины непосредственно самому государству, выравниванию ее трудовой энергии с трудовой энергией мужчины¹⁴⁴.

Тем не менее, в отличие от многих других отраслей, семейное законодательство еще некоторое время продолжало развиваться в прогрессивном направлении. Была начата подготовка проекта нового кодекса, положения которого активно обсуждались общественностью.

Наибольшее внимание привлек к себе вопрос о значении регистрации брака. Как отмечал Г.М. Свердлов, послевоенная разруха и трудности нэпа ставили многих женщин в зависимое положение от экономически более сильной стороны; в кулацкой и нэпманской среде весьма распространились «браки на срок», или «сезонные браки» батрачки с хозяином – с целью эксплуатации ее труда в сочетании с иными удовольствиями... Это требовало правовой охраны фактических брачных отношений¹⁴⁵.

Сторонники сохранения госрегистрации брака полагали, что она: 1) пресекает случаи создания союзов, не отвечающих законным условиям (о возрасте, свободе воли, запрете брака с близким родством и т.д.); 2) имеет значение для учета движения народонаселения; 3) противостоит легкомысленным связям; 4) исключает поддержку многоженства; 5) в деревне, где еще достаточно крепко влияние церкви, продолжает играть серьезную роль в ослаблении этого влияния¹⁴⁶.

Сторонники иной позиции также находили аргументы как объективного, так и субъективного порядка. Во-первых, факти-

¹⁴³ Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 110.

¹⁴⁴ См.: Воронина О.А. Указ. соч. С. 240–241.

¹⁴⁵ См.: Свердлов Г.М. Советское семейное право. С. 72.

¹⁴⁶ См.: Там же. С. 73.

ческих браков много уже на данный момент (несмотря на отсутствие их защиты) – около ста тысяч (1923 г.), где слабейшая сторона, чаще всего женщина, бесправна. Во-вторых, нельзя приписывать принципиальное правообразующее значение формальному моменту в противовес существу отношений. «Разрешите, прежде всего, – писал Н.В. Крыленко, – отбросить критику Демьяна Бедного и его предложение считать состоящими в фактическом браке каждую парочку с Тверской». ... Случайная связь (даже с ребенком) – не есть фактический брак¹⁴⁷. Если отказались, поддерживал эту позицию Я.Н. Бранденбургский, делить детей на брачных и внебрачных, то не пора ли отказаться от деления браков на законные и незаконные? «Нельзя подходить, – продолжал автор, – к делу по-поповски, утверждая, что если женщина будет знать, что советская власть дает защиту только зарегистрированному браку, она не поддастся никаким обольщениям и будет требовать от мужчины во что бы то ни стало заблаговременной регистрации». Регистрация не ведет к большей продолжительности брака и не способна эффективно бороться с распущенностью¹⁴⁸.

Д.И. Курский, особенно активно защищавший новации проекта, писал, что оградить права женщины, особенно в кратковременных, «сезонных» союзах необходимо – в условиях безработицы алименты от бывшего мужа на год или полгода позволят ей хотя бы частично «встать на ноги», найти работу. Спекулирование женщин на алиментах (явление «алиментарных женщин») есть раздувание в тенденцию отдельных фактов¹⁴⁹. Прежний кодекс, продолжал автор в другом своем докладе, был принят, когда нераздельно господствовал церковный брак и не имелось другого способа оформления брачного союза – отсюда и столь решительное и жесткое требование регистрации (хотя уже и тогда раздавались голоса в поддержку фактического брака). Регистрации, однако, следует придать то значение, которое она и должна иметь, – «значение технического средства при спорах о правах, вытекающих из брака»¹⁵⁰. Ранее

¹⁴⁷ Крыленко Н.В. Проект о браке и семье // Сборник статей и материалов по брачному и семейному праву. С. 65.

¹⁴⁸ Бранденбургский Я.Н. Браки и его правовые последствия // Сборник статей и материалов ... С. 37.

¹⁴⁹ См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. С. 302–303.

¹⁵⁰ См.: Там же. С. 245–246.

фактически браки были как бы сомнительными в глазах общества и часто одного из фактических супругов – они перестанут быть сомнительными, «если дело будет поставлено во время спора в судебном порядке и рядом доказательств будет установлено, что это брачная связь носила длительный характер, что она фактически признавалась вовне...»¹⁵¹. «Придет время, заключал автор, (я глубоко убежден в этом), когда мы приравняем регистрацию во всех отношениях к фактическому браку или уничтожим ее совсем»¹⁵².

Размышляя над этим архифеноменом нашей семейно-правовой истории (со времен конкубината Древнего Рима), О.А. Хазова приходит к нескольким выводам. С одной стороны, цель защиты имущественных интересов женщин, особенно актуальная в то время, в определенной степени была достигнута. С другой стороны, практика привела к «перекосам» и гендерной асимметрии: легкость доказывания женщинами в судах фактического брака делала «мужчин совершенно беззащитными перед недобросовестными партнершами, претендовавшими и на жилую площадь и на часть имущества своего «супруга», требовавшими часто установления отцовства в отношении детей, к которым эти мужчины не имели никакого отношения. Со временем на практике это привело к тому, что мужчины стали вообще остерегаться женщин и бояться вступать с ними в какие бы то ни было интимные отношения»¹⁵³.

С такой оценкой и выводами трудно согласиться. Во-первых, большая часть аргументов в защиту новеллы Кодекса 1926 г. вполне убедительна. Во-вторых, правовое дозволение или правовой запрет, как известно, не снимает побочных эффектов, никогда не достигает идеала (закон – это «штаны», из которых мальчишка вырастает каждый раз через несколько месяцев, а также – возможность, которой часто могут воспользоваться и мошенники). В-третьих, ошибки («перекосы») судебной практики были всегда, в том числе по делам об установлении отцовства, – и что же – отказываться от процедуры вообще?.. (Впрочем, к проблеме фактического брака мы еще вернемся.)

¹⁵¹ Курский Д.И. Указ. соч. С. 259.

¹⁵² Там же. С. 290.

¹⁵³ Хазова О.А. Семейное законодательство: проблемы гендерного равенства // Гендерная экспертиза ... С. 104.

Кодекс 1926 г. ввел также режим общности имущества супругов, нажитого в браке (ст. 10). Норма Кодекса 1918 г. о раздельном режиме «была направлена против неравноправия женщины, против буржуазных представлений, утверждавших главенство мужа в режиме имущественных отношений супругов. Но вскоре выяснилось, – писал Г.М. Свердлов, – что ... провозглашение только раздельности имущества нередко ущемляет интересы трудящейся женщины, несправедливо отстраняя ее от права на то имущество, которое нажито в браке»¹⁵⁴. Д.И. Курский уточнил мотивацию данной новеллы: «жена рабочего, хозяйка, ведет все домашнее хозяйство, занимается воспитанием малолетних детей и этим участвует в общем хозяйстве, а при разводе ничего не получает потому, что муж-рабочий, разводясь с ней, берет все с собой»; потребность общности режима выявлена еще судебной практикой 1922 г. – по делам, где жена ограничивалась работой только по обслуживанию семьи, не принося доходов извне, но производя, однако, «полезную работу, вполне соответствующую работе мужа...»¹⁵⁵. Таким образом, *de jure* была признана социальная ценность работы по дому (разумеется, если ею занимался муж, в порядке «эксклюзива» отношений, новелла была призвана защитить и его интересы; без формально-юридической реакции оставался вариант равноправной «гармонии» в домашнем труде...).

Через 10 лет после принятия Кодекса, одного из самых либеральных семейных законов России, идеология и методология семейно-правового регулирования стала кардинально меняться: возобладали публично-правовые начала и содержательная жесткость нормативных предписаний. Во-первых, 27 июня 1936 г. было издано постановление ЦИК и СНК СССР «О запрещении абортов, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многосемейным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах»¹⁵⁶. Г.М. Свердлов подчеркивал, что оно «представляло собою одно из ярчайших проявлений культурно-воспитательной функции

¹⁵⁴ Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 75–76.

¹⁵⁵ Курский Д.И. Указ. соч. С. 262, 270–271.

¹⁵⁶ СЗ СССР. 1936. № 34. Ст. 309.

социалистического государства»¹⁵⁷. Разумеется, та часть постановления, которая имела целью улучшить демографическую ситуацию и укрепить семью позитивными методами (пособиями на ребенка, фиксированными размерами алиментов в процентах, даже некоторым усложнением процедуры развода), в целом намечала положительный вектор развития. Однако запрет аборт (отмененный, кстати, Указом Президиума Верховного Совета СССР от 23 ноября 1955 г.) в слаборазвитой стране, как справедливо подчеркивает М.В. Антокольская, население которой не имело даже самых элементарных представлений о планировании семьи, привело к их массовой криминальной составляющей с тяжелыми последствиями¹⁵⁸; страх уголовного наказания (уголовная ответственность была введена в отношении как «исполнителей», так и «заказчиков» операции) – к многочисленным смертям женщин из-за необращения за медицинской помощью в случае тяжелых осложнений после аборта. Суждения ряда юристов 1930–1950-х гг., отмечает М.В. Антокольская, цитируя в качестве примера, в частности, выдержки из научной статьи Г.М. Свердлова, напоминают скорее образцы идеологемм героев Дж. Оруэлла, нежели теоретические работы по семейному праву¹⁵⁹.

(«Новый запрет, – внешне сдержанно констатирует М. Арбатова, – Россия ввела одновременно с фашистской Германией. С 1936 по 1955 год за криминальные аборты были осуждены и расстреляны тысячи врачей и женщин, статистика умалчивает, сколько погибло от криминальных абортов»¹⁶⁰.)

В условиях усиливающейся реакции издается Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. с названием, отражающим лишь незначительную, пусть и важную, часть его содержания: «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении почетного звания "Мать-героиня" и учреждении ордена "Материнская слава" и медали "Медаль материнства"»¹⁶¹.

¹⁵⁷ Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 78.

¹⁵⁸ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1996. С. 73–74.

¹⁵⁹ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 76.

¹⁶⁰ Арбатова М. Феминизм. С. 5.

¹⁶¹ ВВС СССР. 1944. № 37.

Как мы уже отмечали, по точной характеристике М.В. Антокольской, указ мгновенно отбросил наше законодательство на столетие назад¹⁶², его негативные последствия сказались на многих поколениях¹⁶³. В категорическом негативе оказалась триада: брак, развод, внебрачное родительство.

Во-первых, за скобки правовой защиты был выведен фактический брак.

Исследуя семейное законодательство периода войны, П.П. Полянский (работа 1996 г.) подчеркивает позитивизм решения о «дезаурировании» фактических браков: основной принцип, «заложенный этим Указом, – признание государством только зарегистрированного брака – является и теперь основополагающим для отечественного семейного права»; эффективное укрепление семьи могло осуществляться лишь при условии выявления и учета всех брачных связей, фактические браки мешали государству и потому, что наносили материальный ущерб и законной семье: имущество расплылось вследствие судебного решения, вызванного легкомысленным поведением главы семьи; доказывание внебрачного отцовства осуществлялось с легкостью¹⁶⁴.

Весьма спорное суждение: 1) интересы внебрачного ребенка и его матери игнорируются (они что – правонарушители?..); 2) поведение главы (!) «законного» семейства отечески именуется «легкомысленным»; 3) трудности установления истины по делу перекладываются с «могучих плеч» третьей власти, правосудия, на хрупкие плечи женщины, подарившей обществу новую жизнь...

Кроме осуждения незарегистрированных союзов (их участников, кстати, «любезно» пригласили к регистрации, хотя многие из них воевали на фронтах...), под административно-командным ударом оказалась и свобода развода: введена исключительная судебная процедура в два этапа (примирение в районном народном суде и решение по существу – в вышестоящем) – с предварительной публикацией в местной газете о возбуждении дела, повышена госпошлина, введена публичность процедуры.

¹⁶² Антокольская М.В. Указ. соч. С. 77.

¹⁶³ См.: Нечаева А.М. Семейное право. М., 1998. С. 79.

¹⁶⁴ См.: Полянский П.П. Реформирование советского семейного права в годы Великой Отечественной войны: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 9, 13–14.

Наконец, уж совершенно «драконовской мерой», как мы уже отмечали, явились положения указа о внебрачных детях (собственно, именно они прежде всего и вернули наше семейное законодательство вспять): не допускались ни добровольное признание отцовства, ни отыскание его в судебном порядке, в графе «отец» ставился прочерк (позднее, Указом Президиума Верховного Совета СССР от 16 апреля 1945 г. было разрешено признание отцом своего внебрачного ребенка при условии вступления в брак с его матерью).

Кстати, примерно такие законы В.И. Ленин считал «неслышанно-подлыми, отвратительно-грязными, зверски-грубыми»¹⁶⁵. Наоборот, о первых, прогрессивных, декретах он писал: «Мы не оставили в подлинном смысле слова камня на камне из тех подлых законов о неравноправии женщины, о стеснениях развода, о гнусных формальностях, его обставляющих, о непризнании внебрачных детей, о розыске их отцов и т.п. ... Но чем чище очистили мы почву от хлама старых, буржуазных, законов и учреждений, тем яснее стало для нас, что это только очистка земли для постройки, но еще не самая постройка»¹⁶⁶. (Конечно, следующая «постройка» оказалась куда как «краше»...)

«Матери-одиночке» предоставлялся «богатый» выбор: либо поднимать ребенка самой с помощью мизерного государственного пособия, либо сдать его в детский дом на «полное гособеспечение».

«Не состоящая в браке мать в советских условиях – полноправная гражданка, – комментировал данные нормы Г.М. Свердлов, – ... государство предоставляет ей материальную помощь ... Закон специально предусматривает привлечение к ответственности всякого, кто попытается ... унижить ее достоинство. ... То же самое следует сказать и о рожденном ею ребенке. ...то, что он приобретает права только по материнской линии, ни в коей мере не бросает тени на ребенка»¹⁶⁷. (Убедительно, что и говорить...)

Анализируя указ в этой его части, Д.М. Чечот попытался найти оправдание в экстраординарности ситуации: опустошительные войны всегда влекли чрезвычайные меры, в том числе по увеличению рождаемости. Автор приводит известный пример Плутарха

¹⁶⁵ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 39. С. 287.

¹⁶⁶ Там же. С. 23.

¹⁶⁷ Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 194.

из римской истории: после одной из войн, в которой пало очень много римских граждан, было решено холостяков женить в принудительном порядке на вдовах, чтобы римский род не оскудел... Можно предположить, продолжал Д.М. Чечот свой комментарий Указа, законодатель стремился поднять уровень рождаемости поощрением мужчин «вступать в общение с женщинами, не опасаясь возникновения алиментного обязательства в отношении ребенка»¹⁶⁸. (Кстати, автор совершенно справедливо сомневается в том, что последовавшее некоторое увеличение рождаемости находилось в существенной причинной связи с таким «освобождением»: как отмечает М. Босанац, известный исследователь проблем внебрачной семьи, в истории человечества война всегда исполняет роль «вершителя демографических коррективов» – с ее «тыловыми» и «фронтowymi» романами (устойчивыми и кратковременными внебрачными связями)¹⁶⁹).

Через 35 лет после принятия данного указа известный социолог семьи А.Г. Харчев, обобщая тенденции семейного законодательства того периода и отвечая на критику последнего западными социологами, писал, что никакого отрицания позиций 1926 г. Указом 1944 г. не произошло: в переходный период «на первом месте стояли задачи преодоления экономического и нравственно-правового неравноправия женщин в семье и обществе, а к 1944 г. эти задачи были в основном уже решены»; а самое главное, «наряду с мерами облегчающими и поощряющими деятельность женщин в семье, и особенно материнство, законодательство 1944 г. предусматривало и ряд мер к тому, чтобы эта деятельность не мешала производственной и общественной работе женщин (строительство женских консультаций, детских садов, яслей и т.д.)»; оно было «направлено не против участия женщин в социальной жизни, а против противопоставления социальной и семейной жизни»¹⁷⁰. (И ни слова о безответственности мужчин! Между тем последним (то есть первым, конечно) была предоставлена значительная свобода сексуальной жизни¹⁷¹ (лишь бы не разводились – за это их осуждал

¹⁶⁸ Чечот Д.М. Брак, семья, закон. Л., 1984. С. 63.

¹⁶⁹ См.: Босанац М. Внебрачная семья. М., 1981. С. 178–181.

¹⁷⁰ См.: Харчев А.Г. Брак и семья в СССР. М., 1979. С. 169.

¹⁷¹ См., например: Максимович Л.Б. Материнство и отцовство: эволюция правового регулирования // Семейное право России: проблемы развития: Сборник обзоров и статей. М., 1996. С. 85–86.

партком, профком и суд), им не грозило установление отцовства, алиментные обязательства и порицание за распущенность.)

Эта «про-мужская» политика загоняла женщину в тупик¹⁷²: доступ к медицинскому аборту закрыт, отца у ребенка не будет (если только он не «пойдет на брак» или не усыновит собственного ребенка), меры государственной помощи не адекватны, а «сдача» ребенка в детдом для нормальной женщины – жизненная драма.

Перед кодификацией 1968 – 1969 гг. Указом Президиума Верховного Совета СССР от 10 декабря 1965 г. «О некотором изменении порядка рассмотрения в судах дел о расторжении брака»¹⁷³ были отменены правила о публикации в газете и двустадийность бракоразводного процесса, что привело к резкому повышению уровня разводимости¹⁷⁴. Затем разводимость несколько снизилась, но в конце 1970-х гг. снова начала расти. Однако причины были уже другие: разводы перестали осуждаться обществом, рос уровень жизни, развивалось самосознание женщин (в 65 – 70% случаев они были инициаторами прекращения брака¹⁷⁵; «хрущевская оттепель» дала новый импульс и взаимоотношениям мужчины и женщины).

Третий систематизированный акт – Кодекс РСФСР о браке и семье 1969 г. Он явился конкретизацией для России Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье 1968 г. В гендерном контексте новеллы в основном сводились к: упрощению бракоразводной процедуры, расширению согласительной сферы между мужчинами и женщинами (супругами и родителями), защите социально слабого при разделе общесупружеской собственности (жизненно важных интересов детей и одного из супругов), защите интересов женщины при внебрачном материнстве.

В то же время норма ст. 48 КоБС была очевидным компромиссом. Правилom ч. 1 ст. 47 объявлялось, что права и обязанности родителей и детей основываются на происхождении, ч. 1 ст. 48 – в том числе путем установления одного (внебрачного отцовства) в судебном порядке, а ч. 2 ограничивала познаватель-

¹⁷² См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 105–106.

¹⁷³ ВВС СССР. 1965. № 49. Ст. 725.

¹⁷⁴ Подробно об этом см. очерк второй.

¹⁷⁵ См.: Чечот Д.М. Социология брака и развода. Л., 1973. С. 13.

ную деятельность суда выявлением четырех альтернативных обстоятельств, способных подтвердить искомый факт происхождения (совместное проживание и ведение хозяйства, участие в содержании и/или воспитании, признание ребенка своим). Такое ограничение объяснялось «маскулинной» частью цивилистов «нежеланием законодателя поощрять легкомысленную женщину» (вспомним, что ранее «легкомыслие» мужчины извинялось охотно, не говоря уже о том, что в «любви» участвуют двое). Так, В.С. Тадевосян упрекал В.П. Никитину, жестко критиковавшую указанные положения как не обеспечивающие защиту интересов женщины-матери и ребенка, подчеркивая, что нормы кодекса и взгляды ученых (В.А. Рясенцева, Ю.А. Королева, К.К. Червякова, В.С. Тадевосяна), кои и были положены в основу первых, вполне справедливы – случайные легкомысленные связи не должны влечь за собой никаких правовых последствий¹⁷⁶. (Добавим: для мужчины.) Причем подобные аргументы звучали даже в парламенте страны уже в перестроечный период, когда в 1990 – 1991 гг. обсуждались проекты изменений в семейное законодательство, из уст известных российских цивилистов (правильно – мужчин – и отнюдь не из партии В.В. Жириновского).

5.2.2. Гендерная экспертиза действующего семейного законодательства

В 1990-е гг. в качестве наиболее активных «агентов влияния» на содержание семейного законодательства и практики его применения выступили договор, национально-региональный фактор, репродуктивные технологии и (в гораздо меньшей степени) гендер. В реальном бытии закона эта «квадриада» действовала единым «фронтом», поэтому аналитика гендерной составляющей последнего кодекса, СК РФ 1995 г., неизбежно осуществляется на основе взаимодействия указанных факторов.

На первый взгляд, действующее семейное законодательство по преимуществу гендерно нейтрально: декларированы равенство прав мужчины и женщины в браке, родительстве, правоотноше-

¹⁷⁶ См.: Тадевосян В.С. Защита семьи – конституционный принцип советского государства // Развитие законодательства о браке и семье. М., 1978. С. 9; Никитина В.П. Правовые проблемы регулирования имущественных отношений в советской семье: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1976. С. 36–38.

ниях по материальному содержанию, усыновлению, опеке, приемной семье (ст. 1, 31, 61 СК РФ и др.). Однако анализ конкретных норм, прецедента (если квалифицировать таким образом акты Верховного Суда РФ) и региональных судебных решений данное предположение подтверждает далеко не всегда.

Институт брака. Супруги объявляются равными партнерами, свободными в выборе брачной фамилии, рода занятий, профессии, места жительства, режима отношений собственности (законного или договорного), иных вопросов семьи, основанной на браке.

При заключении брака формальных гендерных различий почти нет: возраст и другие условия законности союза одинаковы для мужчин и женщин (ст. 10, 12 – 15 СК РФ).

Так, на первый взгляд, не подтверждается тенденция ряда стран дифференцировать брачный возраст. Например, в Польше суд может снизить женщине брачный возраст до 16 лет при общем правиле в 18 лет, во Франции для «прекрасной половины человечества» установлен возраст в 15 лет, Швейцарии – соответственно 20 и 18 лет, Японии – 16 и 18 лет и т.д.¹⁷⁷

Нормой ч. 2 п. 2 ст. 13 СК РФ предусматривается право субъектов РФ своими региональными законами снижать брачный возраст ниже предельного в 16 лет. Причем если в проекте СК граница все же устанавливалась (14 лет), то в легитимном варианте она исчезла. (Разумеется, 14-летний барьер и в этом случае должен соблюдаться, так как именно он отвечает основным началам цивилистики: 14 лет – возраст частичной дееспособности, права на самостоятельную судебную защиту своих субъективных семейных прав и интересов и т.д.)¹⁷⁸.

Многие субъекты РФ воспользовались этим правом (14 лет, 15 лет, без ограничения). В качестве наиболее часто встречающегося основания для применения исключения о возрасте фи-

¹⁷⁷ См., например: Гражданское и торговое право зарубежных государств / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М., 2005. Т. II. С. 525–529; Семейное право Российской Федерации и иностранных государств / Под ред. В.В. Залесского. М., 2005. С. 34–48; Вагацума Саказэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. М., 1983. С. 164.

¹⁷⁸ Подробнее об этом см.: Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 52–53.

гурирует беременность невесты. Не секрет, что последнее всегда являлось ключевым аргументом снижения брачного возраста и на основании федеральных законов XX в.¹⁷⁹, включая действующий. Следовательно, либо частным образом, либо в латентной форме (на уровне административной практики) некоторые гендерные предпочтения существуют, что, впрочем, отвечает реалиям жизни.

Небезынтересно было бы исследовать подоплеку робкой позиции законодателя относительно фактов сокрытия ВИЧ-инфекций и вензаболеваний как оснований признания брака недействительным (п. 3 ст. 15 СК РФ). При этом медицинское обследование – дело добровольное ... Эффективность этого правила сомнительна: признавать брак недействительным «задним числом», когда ситуация уже вполне драматична ... Между тем с достаточной долей вероятности можно предположить, что носителями вензаболеваний, в силу качеств «охотника», во многих случаях бывают мужчины. Последствия же заболевания тяжелей для женщины, так как она может лишиться способности материнства или же родить больного ребенка. Думается, что формально равное и декларативное правило о взаимном ознакомлении жениха и невесты о состоянии здоровья имеет скорее гендерную патриархическую подоплеку, нежели соответствует соображениям гуманизма и неприкосновенности личности (принуждает же закон учителей «проходить» флюорографию, а кандидатов в судьи, работников сферы питания, водителей и т.п. – комплексное медицинское обследование)¹⁸⁰.

Одним из традиционных требований является соблюдение принципа единобрачия, или моногамии. В последние годы он неоднократно «штурмовался» законодательной или исполнительной властью ряда субъектов Федерации – национальных республик (попытка легализации полигамии в Республике Ингушетия, Чечне). Так, постановлением № 32 от 11 июля 1999 г. администрации г. Урус-Мартан «О некоторых мерах по приведению в соответствие с нормами Шариата супружеских отношений» рекомендовано «пересмотреть свой жизненный уклад и изыскать возможность

¹⁷⁹ См., например: Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 50.

¹⁸⁰ Более подробно об этом, однако уже в гендерно нейтральном контексте см. параграф об условиях заключения брака очерка второго.

для заведения от двух до четырех супругов». Не стихают споры по данному вопросу в СМИ, а иногда проникают и в парламент. При этом известно, что в практике ряда «национальных» регионов полигамия встречается и не осуждается. Предпринимаются также попытки узаконить традицию калыма (выкупа за невесту). Руководство современной Чечни ратует за «спецодежду» женщин (платки, юбки определенной длины и т.п.) ...

С одной стороны, Россия – светское государство, присоединившееся к международно-правовым документам о моногамном браке. С другой стороны, она не вполне европейская страна, в ее территориальных, демографических и национально-культурных «композициях» много восточного. (В Российской империи в виде исключения допускались и многоженство для магометан, и полиандрия – соединение нескольких мужчин с одной женщиной)¹⁸¹. Придется ли феминизму и «европеизму» отступить в угоду традициям соответствующих национальных регионов – покажет ближайшая история. На данном этапе и на данный вопрос мы имеем пока категорически отрицательный ответ.

В особом внимании нуждается такой признак брака, как союз разнополых существ – мужчины и женщины. В силу очевидности для законодателя этот акцент фиксирован лишь в частных нормах (ст. 17 – об ограничении права мужа на расторжение брака, ст. 89–90 – о праве жены, бывшей жены на алименты при особых обстоятельствах), зато исчерпательным образом. Для российской правовой доктрины единение в браке мужского и женского начала является аксиомой. Так, О.Ю. Косова полагает, что из социологического понятия семьи вполне определенно выводится заключение о невозможности союзов лиц одного пола, хотя автор и не отрицает, что в различном историческом времени и пространстве такие фактические состояния существовали и существуют сейчас. «С точки зрения физической природы человека и законов развития общества, – утверждает О.Ю. Косова, – это аномалия. Значит, и их юридическое признание – правовой нонсенс»¹⁸². Признавать такие союзы браком (да и вообще признавать их неким явлени-

¹⁸¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 587.

¹⁸² См.: Косова О.Ю. О предмете семейного права // Сибирский юридический вестник. 1998. № 1. С. 78.

ем de jure), полагают представители различных конфессий, и в частности Русской православной церкви, – значит «приглашать человека к греху...» (Вспомним также, что до недавнего времени «мужеложство» преследовалось уголовным законом).

Между тем ситуация, на наш взгляд, не столь очевидна и аксиоматична. Да, классический брак всегда был союзом «мужского и женского сердец». Однако миф об амазонках родился не на пустом месте (вполне возможно, что речь идет о древних мужских и женских обществах и домах и в рассматриваемом плане). Платон, как известно, признавал однополюе союзы вполне естественными¹⁸³.

Известно также, что в последней четверти XX в. в этом вопросе наметились две правовые, в том числе законодательные, тенденции. В большинстве стран однополый брачный союз абсолютно неприемлем – тому препятствуют национальные и религиозные традиции и/или конституции. Однако в контексте признания гражданских прав сексуальных меньшинств ряд стран (Дания, Швеция, Норвегия, Франция, Германия, Италия, Испания, некоторые штаты США) приняли различного рода нормативные акты, позволяющие однополым парам создавать семейные союзы, вводя в практику цивилистики (а за нею – и в другие области права) институт семейных партнерств, как правило, браком не считающихся.

Как отмечают исследователи проблемы, в настоящее время известно несколько форм однополых союзов: зарегистрированное партнерство (Бельгия, Дания, Исландия, Нидерланды, Финляндия, Швеция); пожизненное партнерство, или партнерство по жизни (Германия); социально-экономическое партнерство (Франция); сожительство (Швеция, Нидерланды, Венгрия, Бельгия, Франция, Португалия); региональное партнерство (Испания, ряд штатов США, Канада, Швейцария); местное партнерство (Англия, ряд штатов США, Италия). При этом в некоторых странах партнерства рассматриваются как однополые браки (например, в Нидерландах)¹⁸⁴.

¹⁸³ Подробнее об этом: Платон. Пир // Соч. М., 1970. Т. 2. С. 116–135.

¹⁸⁴ Подробно см.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 521–525; Ковлер А.И. Антропология права. М., 2002. С. 420–423.

См. также очерк второй и четвертый.

Таким образом, «европейский канон», которого Россия пытается придерживаться, в гендерном плане много либеральнее, нежели наша правовая доктрина.

То же самое следует отметить и в отношении фактического брака. Перечисленные виды семейных партнерств в первую очередь распространяются на союзы мужчины и женщины, альтернативные «законному браку» и порождающие разнообразные последствия гражданско-правового (имущественный союз, аренда жилья, наследование и т.д.), административно-правового, социально-обеспечительного, налогового характера. При этом, в отличие от однополых союзов, их нельзя признать аномалиями.

В российском законодательстве среди всех иных фактических состояний (фактический развод, фактическое воспитание и др.)¹⁸⁵ именно фактический брак подвергнут в настоящее время правовой дискриминации. Она начинается в терминологическом поле и заканчивается в пространстве правовых последствий.

Между тем, как мы уже отмечали, фактический брак есть объективная реальность. Точное количество таких союзов установить невозможно – примерное же определяется при переписи населения: женщин, состоящих в браке, всегда больше, нежели мужчин (этот зазор в основном и составляют фактические супружества, в которых женщина полагает себя находящейся в браке, а мужчина – свободным от оногo)¹⁸⁶.

С реальностью следует считаться (разумеется, если она этична и не противоправна). Недаром, отнюдь не «лоббируя» правовую защиту фактического супружества, О.Ю. Косова, тем не менее, утверждает: «... с точки зрения социологического толкования семьи очевидно, что и фактический брак нельзя не считать семейным союзом, если он выполняет те же социальные функции, что и семья, основанная на зарегистрированном браке»¹⁸⁷. Но автора смущает, будет ли разумным вмешательство государства в частную жизнь лиц, которые сознательно, в силу различных причин,

¹⁸⁵ О них подробнее см.: Тарусина Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 158–165.

¹⁸⁶ См., например: Чечот Д.М. Брак, семья, закон. Л., 1984. С. 30–31; Мананкова Р.П. Правовой статус членов семьи по советскому законодательству. Томск, 1991. С. 26–27.

¹⁸⁷ Косова О.Ю. Указ. соч. С. 77.

не регистрируют свои отношения в установленном порядке, «а значит, и не стремятся получить со стороны государства правовую защиту»¹⁸⁸. Однако, во-первых, далеко не всегда воля к тому обоюдна: демографическая ситуация, традиции, жизненные обстоятельства (беременность, материнство, трудности в отношениях с «фактической» свекровью и т.п.) по-прежнему нередко ставят женщину в положение «слабого» или мирящегося с неизбежным партнером – не потащишь же мужчину в орган ЗАГС против его воли... Впрочем, нуждающимся в общественном сочувствии может оказаться и мужчина, – правда, в совершенно меньшем числе случаев. Кроме того, осознание существа развивающегося фактического супружества меняется (как и самое существо), поэтому обоюдное нежелание будущей правовой защиты далеко не факт. Потребность в оной защите может возникнуть. Например, женщина, не завершив своего образования и не попытавшись добиться делового успеха, посвятила себя фактическому супругу, детям (если они в этом союзе родились, или детям мужа от первого брака) и даже «свойственникам» (например, уходу за больной свекровью), а оный супруг решает ее оставить, причем нередко тогда, когда она уже не имеет реальной возможности восполнить свои образовательные, служебные и семейные проблемы... Во всех подобных случаях личные интересы беззащитны – так пусть защитятся хотя бы имущественные.

О.А. Хазова, размышляя над этим аспектом гендерного равенства, приходит к выводу, что проблема фактического брака в России не является столь же актуальной, как на Западе: наше действующее гражданское законодательство не содержит ограничений по защите имущественных прав фактических супругов, семейное – ограничений статуса детей, рожденных в таком союзе, и одновременно – налоговых, страховых и иных льгот для зарегистрированного брака. Кроме того, автор выделяет основную движущую силу, «катализатор» движения за юридическое признание сожителства – однополые пары¹⁸⁹.

С позицией автора согласиться не можем. Мы уже отмечали, что интересы фактических супругов как раз-таки и не защищены. Инициаторами же, или «катализаторами», идеи правовой защиты могут быть самые различные группы – идея от этого, может

¹⁸⁸ Косова О.Ю. Указ. соч. С. 78.

¹⁸⁹ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 122–123.

быть, несколько «замыливается», но не теряет своей сущности. Отсутствие налоговых и иных «преференций» для брака может и вовсе оказаться явлением временным.

В ситуации действующего закона защитить интересы «сожителей» не так-то просто. Труд женщины (исключительно редко мужчины) – как труд систематический, ежедневный, без выходных и праздников – в домашнем хозяйстве, по уходу за детьми, больными и престарелыми членами семьи есть труд общественно полезный.

Однако, во-первых, указанные возможности реализуемы только на диспозитивно-регулятивном уровне, который чаще всего и не достигается партнерами. Во-вторых, не есть ли такая попытка «притягиванием за уши» гражданско-правовых методов регулирования к отношениям с типичным «букетом» семейных элементов и создание искусственного барьера и «демаркационной зоны» между однородными явлениями? В-третьих, эти аналогии имеют предел и не распространяются на жилищное и наследственное законодательство. Необходимо строить позицию на принципиально иной основе. Прежде всего следует определить, какой тип конкубината может и должен вызывать правовое сочувствие общества и далее – обеспечить ему разумную охрану и защиту на основе прежде всего семейно-правовых и лишь частично – гражданско-правовых технологий¹⁹⁰.

Правовое регулирование **развода** в основном **гендерно симметрично**, однако с некоторыми отступлениями.

Своеобразным **гендерным диссонансом** является норма ст. 17 СК РФ об ограничении права мужа на расторжение брака без согласия жены во время ее беременности и в течение одного года после рождения ребенка (аналогичная норма содержалась и в ст. 31 КоБС РСФСР 1969 г.). С одной стороны, это, на наш взгляд, один из случаев, когда неравенство обеспечивает равенство: женщина в это время испытывает физические и психологические трудности, нуждается в заботе и т.д. Наконец, она выполняет важнейшую социальную функцию материнства (прекрасно, если обусловленную ее внутренней потребностью). Правда, невозможность развода в одностороннем порядке, справедливо от-

¹⁹⁰ Подробно о фактическом браке см. очерк второй.

мечает О.А. Хазова, может являться лишь формальным препятствием к расторжению брака и едва ли ограждает женщину от переживаний, связанных с этим фактом и процедурой подтверждения «смерти» брака¹⁹¹; тем не менее отсрочка психологической драмы может оказаться ей необходимой.

С другой стороны, запрет абсолютен. Он распространяется и на случаи рождения женщиной мертвого ребенка или его смерти до возраста одного года¹⁹². Однако муж может не быть отцом этого ребенка (что подтверждено судебным решением, – оспаривание отцовства не ограничено сроками), женщина может вести «пикантный» образ жизни и (доведем ситуацию до абсурда) «перманентно» беременеть и рожать детей от других мужчин; наконец, женщина может организовать поздний выкидыш или иным способом убить ребенка ... Все эти случаи находятся в рамках указанного императива. Защищать социально важные интересы необходимо, но – в разумных пределах. Как видим, иногда «юридически сочувствовать» в таком распаде брака нужно мужчинам. Поэтому полагаем, что ограничение их «бракоразводной» правоспособности (ст. 17) должно сохраняться, но не иметь абсолютного значения – можно было бы предусмотреть его преодоление в исключительных случаях по мотивированному усмотрению суда¹⁹³.

Некоторыми исследователями представляются недостаточно обоснованными с точки зрения гендерного равенства правила, предусмотренные в нормах ст. 89 и 90 СК РФ, – **обязанности мужа содержать жену** (бывшую жену) в течение ее беременности и трех лет после рождения ребенка¹⁹⁴. Однако, на наш взгляд, это как раз один из разумных (полезных, справедливых) способов через неравенство (льготу, если хотите) защитить интерес «второй половины гендерной пары» в особой жизненной ситуации: для беременности, родов и первого года ухода за ребенком необходимы улучшенное питание, спецодежда, медицинские препараты.

¹⁹¹ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 109.

¹⁹² См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 15 от 5 ноября 1998 г. «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 1 (п. 1).

¹⁹³ Подробнее об этом см. очерк второй.

¹⁹⁴ См., например: Гендерные проблемы в России. По национальным публикациям 1993 – 2003 гг. М., 2004. С. 31.

(А. Шварцнегеру они тоже могли бы пригодиться – см. соответствующий фильм ...) Другое дело, что потребности в этом не всегда реальны – законодатель предоставил право решать данный вопрос суду. Кроме того, возможны случаи доказанности отцовства не мужа – соответствующие задолжения должны перейти на фактического отца (и юридического, разумеется, так как вступило в законную силу решение суда об оспаривании отцовства мужа и установлении отцовства другого мужчины, то есть опровергнута тем самым презумпция отцовства в браке).

По мнению О.А. Хазовой, нормы ст. 89 – 90 СК РФ имеют в виду две существенно различные ситуации. Первая – помощь будущей и состоявшейся молодой маме в течение года после рождения ребенка, когда она не в полной мере оправилась после родов, а ребенок нуждается в особенно тщательном уходе, часто находится на грудном вскармливании. Вторая ситуация ориентирована на помощь вполне трудоспособной матери, воспользовавшейся своим правом не работать и заниматься уходом за ребенком до трех лет. Здесь, строго говоря, речь должна идти о праве любого супруга, а не только жены, тем более что мать может уйти из семьи и оставить ребенка отцу (стереотипы о материнстве не всегда срабатывают). В трудовом и социально-обеспечительном праве все чаще заменяют термин «мать» на термин «лицо с семейными обязанностями»¹⁹⁵. Это уточнение вполне резонно.

Весьма справедливы нормы о совместной собственности супругов, в частности, положение о том, что имущество, нажитое в браке, принадлежит также супругу, который в период брака вел домашнее хозяйство, ухаживал за детьми или по другим уважительным причинам не имел самостоятельного дохода (ст. 34 СК РФ). Однако эта норма не имеет логического продолжения в алиментном обязательстве: по смыслу семейного закона замужняя женщина, полностью посвятившая себя дому, мужу, детям, семье в целом, в силу только перечисленных фактов не имеет права на получение содержания от своего мужа ни в браке, ни после развода. С нашей точки зрения, установленный законом юридико-фактический состав не исчерпывает ситуаций, когда алиментное вспомоществование было бы справедливым. Ограничивая этот состав триадой «нетрудоспособность и нуждаемость заявителя и достаточность средств обязанного лица», мы исключаем случаи

¹⁹⁵ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 113.

временной невозможности получения дохода или приемлемого дохода: уход за общим ребенком, длительная болезнь (без инвалидности), невозможность трудоустройства¹⁹⁶. Нуждаемость, отмечает О.Ю. Косова, предполагает жизнеобеспечение конкретного лица ниже уровня его потребностей (добавим: разумных), вследствие чего он испытывает нужду в дополнительных источниках существования¹⁹⁷. В настоящее время таковым лицом чаще всего является женщина.

О.А. Хазова также отмечает, что в подавляющем большинстве случаев решение отказаться от профессиональной карьеры и целиком посвятить себя семье принимает женщина, стереотип распределения семейных ролей является устойчивым, а в России – преобладающим¹⁹⁸. Мужчины не склонны заниматься домашними делами, даже если свободны от работы (пенсионеры, безработные) или имеют свободный режим труда, а женщина, напротив, обременена работой или несколькими работами (см. фильм «Принцесса на бобах»). Как подчеркивает Е.Ю. Мещеркина, только половина мужчин согласна, что женщины могут столько же работать, сколько они сами, но при этом мужские нормативные ожидания, чтобы женщины, несмотря на это, уделяли основное внимание дому, остаются доминирующими; причем, чем ниже образование у мужей, тем более либеральные гендерные представления они имеют¹⁹⁹.

Реформы («не дай Бог жить в эпоху перемен!») привели к обострению противоречий, снижению уровня жизни многих семей – и именно женщины в наиболее острой форме испытали на себе негативные последствия переходного периода. Безработица, развал системы социальных услуг, отсутствие детских садов и яслей либо их недоступность вынуждают женщин оставаться дома и

¹⁹⁶ Более подробно об этом см. анализ соответствующих норм ГГУ в работе О.Ю. Косовой (Алиментные обязательства. Иркутск, 2003. С. 147–148).

¹⁹⁷ Косова О.Ю. Право на содержание: семейно-правовой аспект. Иркутск, 2005. С. 160.

¹⁹⁸ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 118; Здравомыслова-Стоюни-на О. О возможности изменения статуса женщин в семье // Женское движение в контексте российской истории. М., 1999. С. 34.

¹⁹⁹ См.: Мещеркина Е.Ю. Социологические исследования маскулинности: мужской пол в публичности и приватности // Гендерное равенство: поиск решения старых проблем. МОТ, 2003. С. 108.

ограничивать себя ролью домашней хозяйки²⁰⁰. (Тот же результат имеет диктат мужа-«кормильца» в обеспеченной семье).

В случае развода или конфликтной ситуации, в том числе с фактическим прекращением супружеских отношений, такая женщина оказывается в тяжелом положении: ей нужно найти работу, приобрести квалификацию, закончить прерванное образование или вообще получить его. Единственный пока выход – возложить обязанность по оказанию материальной поддержки через алименты на экономически более сильного супруга (бывшего супруга) – на период социальной адаптации²⁰¹. По этому пути «социального компромисса» пошли «рыночные» западные страны²⁰².

Следовательно, и справедливо, и целесообразно было бы расширить возможности норм ст. 89, 90 СК РФ по предложенному варианту, однако суду при решении вопроса необходимо было бы исключать случаи иждивенчества одного супруга за счет другого и не принимать во внимание нуждаемость лица, возникшую вследствие алкоголизма, наркомании и прочих пагубных привычек²⁰³.

Весьма опасным с точки зрения реального равенства является **институт брачного договора**. Во-первых, как мы уже отмечали, та мера свободы его содержания, которая предусмотрена семейным законом (ст. 42 СК РФ), близка к абсолютной: возможен даже режим раздельной собственности, а это противоречит началам брачного законодательства (ч. 2 п. 1, п. 3 ст. 1., п. 3 ст. 31 СК РФ). Полагаем, что предоставление возможности противоположным методом регулировать отношения собственности в браке (от совместного режима до раздельного) «навязано» брачному союзу в рамках общей тенденции рассматривать имущественные отношения в семье в качестве разновидностей гражданских правоотношений²⁰⁴. Между тем не видим причин отказываться от достижений прежнего российского законодательства: норм о защите имущественных интересов супруги (много реже – супруга),

²⁰⁰ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 118–119.

²⁰¹ См.: Там же. С. 119–120.

²⁰² См., например: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 109–115.

²⁰³ Более подробно об этом см. параграф о соглашениях по предоставлению материального содержания очерка четвертого.

²⁰⁴ См., например: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1998. Ч. 3. С. 194–204.

занимавшейся домашним хозяйством и детьми, а нередко и другими тяжкими домашними проблемами (например, уходом за больными родственниками мужа и т.п.), о чем мы уже писали, а также интересов несовершеннолетних детей. Ни тот, ни другой алиментированием в необходимом объеме, как правило, не обеспечиваются. Кроме того, мы уже отмечали, что возможности бывшей супруги получить хотя бы временное содержание от мужа ограничены в нашем законодательстве чрезвычайными, по сути, обстоятельствами. Думается, что вариативность содержания брачного договора, являясь в целом благом, все же должна быть скоррелирована с наиболее социально значимыми положениями законного режима. Спорные же случаи всегда можно предоставить на разрешение суда. Обозначенные ранее предложения по изменению алиментного законодательства в полном объеме проблему не решат, хотя и могут послужить гендерной справедливости. Комплексный же подход к совершенствованию семейного закона (расширение оснований алиментирования и разумное ограничение свободы брачного договора) принципиально улучшит защиту социально слабой стороны.

Мужчины – безусловный авангард
всех дивных человеческих затей,
и жаль, что не умерен их азарт
ношением и родами детей.
Игорь Губерман

Институт родительства. Гендерные различия начинаются уже с норм об установлении происхождения детей: **презумпция отцовства в браке** (ст. 48 СК РФ) на этапе совершения записи об отцовстве никакого выбора не предоставляет (впрочем, как матери ребенка, так и реальному отцу) – каждый из них лишь вправе оспорить эту запись в судебном порядке и установить отцовство.

Классическая презумпция отцовства в браке, известная еще римскому праву, наиболее четко и «на века» была сформулирована в ГК Франции 1804 г. и воспроизведена в российском имперском законодательстве: «Если зачатие и рождение произошло в браке, то предполагается, что отцом ре-

бенка является муж его матери»²⁰⁵. В СК РФ, как и многих других семейных законах, ее конструкция осложнена во времени, хотя формула п. 2 ст. 48 достаточно проста: «Если ребенок родился от лиц, состоящих в браке между собой, а также в течение трехсот дней с момента расторжения брака, признания его недействительным или с момента смерти супруга матери, отцом ребенка признается супруг (бывший супруг), если не доказано иное». При этом новелла п. 3 ст. 48 СК РФ, позволявшая матери заявить, что отцом ребенка является не ее супруг, и тем самым своим волеизъявлением, а не судебным решением, опровергнуть презумпцию, отменена, то есть восстановлена классическая технология оспаривания законного предположения через судебный процесс.

Как всякая иная, данная презумпция отражает обычный (типичный) порядок связи между явлениями, опыт поколений по данному вопросу²⁰⁶: материнство очевидно и подтверждается обычными медицинскими документами и т.п., отцовство, даже в браке, – предположительно. Данная гендерная асимметрия объективна.

Совершенно неочевидно внебрачное отцовство. Как остроумно замечает О.А. Хазова, в этом случае функцию «медицинской справки» выполняет согласие матери ребенка на то, чтобы данный мужчина, путем совместного с нею заявления, был зарегистрирован в качестве отца²⁰⁷; в ее отсутствие (смерть, недееспособность и т.д. – п. 3 ст. 48 СК) это значение приобретает согласие органа опеки и попечительства. Последний должен получить от кандидата разумные объяснения по поводу его отцовства и быть уверенным, что признание является осознанным и нефиктивным. Отказ в даче согласия обжалуется в суд. Поскольку, за некоторыми исключениями, СК РФ придерживается «диктата» биологического отцовства, социально-нравственная характеристика предполагаемого отца, в отличие от установления попечения над детьми в форме опеки, усыновления, приемного родительства, значения не имеет.

²⁰⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 629.

²⁰⁶ См., например: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 8 и след.

²⁰⁷ Хазова О.А. Указ. соч. С. 111.

Функцию своеобразной «охранной грамоты» выполняет совместное заявление об отцовстве неродившегося ребенка в период беременности будущей матери, если имеются основания предполагать, что совершение данного акта по факту рождения может оказаться невозможным или затруднительным (ч. 2 п. 3 ст. 48 СК РФ). Подобная гуманитарная акция гендерно нейтральна, так как призвана охранять интересы всех ее участников – будущих родителей и будущего ребенка. (Кстати, это не изобретение российского законодателя – СК РФ воспроизвел норму, содержащуюся в КоБС Эстонской ССР 1969 г. – п. 4 ст. 56²⁰⁸.)

Нормы ст. 49 – 50 СК РФ также находятся в векторе обсуждаемой проблемы. Они содержат два «рудимента». В норме ст. 49 обращено внимание суда на то, что он должен руководствоваться доказательствами, с достоверностью подтверждающими происхождение ребенка от данного мужчины. Трудно избежать ироничного замечания: при рассмотрении других категорий дел суд вправе опираться на теорию А.Я. Вышинского о вероятном, а не достоверном знании?.. Правило ст. 50 ограничило предмет доказывания лишь одним искомым фактом – прижизненным признанием отцовства умершим лицом, то есть сузило границы судебного познания и доказывания даже в большей степени, нежели норма ст. 48 КоБС РСФСР 1969 г., где, как мы уже отмечали, фиксировались четыре альтернативы оснований удовлетворения иска. Разумеется, на практике эта доказательственная «дыра» восполняется за счет возможностей нормы ст. 48 СК РФ, но очевидно, что формула ст. 50 СК РФ – отголосок долгой дискуссии по поводу недопустимости «поощрения легкомысленного поведения женщин» ...

Нет полной гендерной симметрии в правовом поле таких «сеятелей», как **несовершеннолетние родители**. Так, правило п. 3 ст. 62 СК РФ, вроде бы, гендерно нейтрально, так как предоставляет им право «признавать свое отцовство и материнство на общих основаниях». Однако норма общего типа (п. 1 ст. 48) в отношении материнства предлагает процедуру не признания факта, а лишь его оформления как очевидного.

²⁰⁸ См.: Кодекс Эстонской ССР о браке и семье: Комментированное издание. Таллин, 1974. С. 91.

Следовательно, первое действие ориентировано только на несовершеннолетнего кандидата в отцы. При этом разный гендерный подход, по сути, применяется к возрасту родителей: возраст матери значения не имеет, а возраст отца – юридически значим, ибо акт признания может осуществлять только дееспособное лицо. Применяя по аналогии норму ч. 1 п. 2 ст. 13 СК РФ о снижении брачного возраста до 16 лет, можно определиться и с возрастом кандидата в отцы, участвующего в акте признания (а также и матери, записанной таковой безотносительно к возрасту, но не могущей участвовать в заявлении об отцовстве по «малолетству»), – 16 лет. Эти возрастные ограничения могут быть преодолены только через судебную процедуру: с 14 лет – самостоятельно, до 14 лет – через представителя²⁰⁹.

Нормы ст. 61 СК РФ декларируют **равенство прав родителей** в отношении своих детей. Однако в семейной практике «крен» в этом вопросе, как правило, в сторону женской доминанты: мамы занимаются детьми значительно больше, нежели папы (заботятся в бытовом плане, воспитывают, контролируют образование, организуют досуг и т.д.)²¹⁰.

Как отмечают социологи, материнская забота и привязанность к ребенку настолько глубоко заложены в биологических условиях зачатия и вынашивания, родов и кормления грудью, что только очень сложные социальные установки могут полностью или частично подавить их²¹¹. Общество должно настолько исказить самосознание женщин, полагает М. Мид, «извратить врожденные закономерности их развития, совершить ряд надругательств над ними при их воспитании, чтобы они перестали желать заботиться о своем ребенке ...»²¹². Иное – с отцовством. Так, у структурно близких к нам животных, приматов, самец не кормит самку и ее детенышей

²⁰⁹ Подробнее об основаниях возникновения родительских прав и обязанностей см. очерк третий.

²¹⁰ См., например: Практикум по гендерной психологии / Под ред. И.С. Клециной. СПб., 2003. (Автор главы – Т.А. Шведчикова.) С. 99–100; Бендас Т.В. Гендерная психология. СПб., 2005. С. 319.

²¹¹ См.: Мид М. Отцовство у человека – социальное изобретение // Семья: книга для чтения. Кн. 1 / Под ред. И.С. Андреевой, А.В. Гулыги. М., 1991. С. 212.

²¹² Там же. С. 213.

(он может лишь драться, чтобы обладать ею или защитить ее), последняя, обремененная детенышами, с трудом поддерживает свое и их существование. Когда-то, на заре человеческой истории, из объективной потребности развивать человеческий род – одно из высших и неповторимых достижений природы, было осуществлено социальное нововведение: самцы стали кормить самок и их малышей. Этому способствовали и совершенствование способов добычи средств существования (появление излишнего продукта), и желание укрепить индивидуальные отношения с женщиной, и стремление рода к самосохранению. «У нас нет никаких оснований считать, – продолжает автор, – что мужчина, оставшийся животным и не прошедший школу социального обучения», смог бы следовать принципу заботы о «второй половине» и ее потомстве. Следовательно, «проблема должна по-разному ставиться для мужчин и для женщин. Мужчинам нужно прививать желание обеспечивать других ...» Тем не менее люди – и женщины, и мужчины, – пусть и на разной биосоциальной основе, научились быть человеческими ценой большого труда и сохранили свои социальные приобретения вопреки всем жизненным превратностям²¹³.

Родительские реакции достаточно пластичны, отмечает И. Кон, с одной стороны, отцы не только, как правило, не осуществляют непосредственного ухода за младенцем (их активный контакт начинается с полутора – двух лет и позже), но и приобретают с его рождением много неприятностей (материальные и бытовые заботы, уменьшение внимания жены, нарушения сна и т.п.) и практически никаких удовольствий, с другой стороны, доказано, что психологически и в бытовом отношении подготовленные отцы испытывают удовольствие от общения с новорожденным и не уступают матерям в искусстве ухода за ним, не говоря уже о том, что основные виды контактов с детьми более старшего возраста у мужчин и женщин (родителей) и количественно, и содержательно в основном совпадают²¹⁴.

²¹³ Мид М. Указ. соч. С. 211–214.

²¹⁴ См.: Кон И. Дети и родители // Семья: Книга для чтения. С. 268–269.

Тем не менее, как мы уже подчеркивали, реальные объемы внимания к детям у матери и отца, как правило, различаются на порядок. На регулятивном уровне эти обстоятельства находятся за пределами правового воздействия. Они попадают в семейно-правовую сферу в ситуации конфликта – прежде всего при расторжении брака родителей и неизбежном решении вопросов о месте проживания ребенка и порядке общения с ним второго родителя (ст. 24, п. 3 ст. 65, п. 2 ст. 66 СК РФ). И здесь мы прежде всего сталкиваемся с устойчивой тенденцией судебной практики **оставлять ребенка** (детей) у **матери**²¹⁵, особенно ребенка малолетнего.

Само собой разумеется, отмечает А.М. Нечаева, что маленькие дети нуждаются прежде всего в женском уходе; однако возможны ситуации, когда мать не выполняет своих обязанностей, а отец, напротив, блюдет родительский долг и, следовательно, вправе рассчитывать на судебное решение в свою пользу²¹⁶.

Младенец нуждается в биологической любви и поэтому – в большей степени в матери. Далее, «примерно с трех до семи лет, – пишет А. Панасюк, – имеет место своеобразный баланс потребностей, а затем духовное начинает превалировать над физическим, материальным. ... И тут однозначное решение передать ребенка матери может быть ошибочным»²¹⁷.

Тем не менее пока, несмотря на многочисленные протесты как юристов, так и отцов²¹⁸, можно говорить о применении судами **фактической** (прецедентной) **презумпции преимущественного права матери** на оставление у нее малолетнего ребенка. (Кстати, в известном американском фильме «Крамер против Крамера» действие данной презумпции наглядно продемонстрировано: мать выиграла дело о передаче

²¹⁵ См., например: Нечаева А.М. Споры о детях. М., 1989. С. 14–27; Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 57–58.

²¹⁶ Нечаева А.М. Указ. соч. С. 22.

²¹⁷ Панасюк А. Кому передать на воспитание ребенка? (Об одном стереотипе судебных решений) // Российская юстиция. 1996. № 9. С. 54–55.

²¹⁸ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 215; Нечаева А.М. Указ. соч. С. 7; Иванова С.А. Судебные споры о праве на воспитание детей. М., 1974. С. 24. И др.

ей сына, несмотря на то что ушла из семьи без предупреждения, оставив ребенка с отцом).

Разумеется, данная презумпция не может быть переведена в ранг правовых (законных). Это противоречило бы принципу равноправия родителей. Но ее фактическое присутствие в правоприменении очевидно; оно, к тому же, усиливается влиянием «женского фактора» в судебском корпусе. (Нельзя полностью сбрасывать со счетов и то обстоятельство, что биологически материнство – на порядки более сложное и трудоемкое дело, нежели отцовство ...)

Кроме того, во многих случаях справедливое решение вообще невозможно. В ситуации, когда мать и отец – хорошие люди и воспитатели, обладают благоприятными условиями жизни для ребенка, суд, по существу, сталкивается с неразрешимой проблемой и, поскольку Соломоново решение исключается, выносит вердикт, который априори является не справедливым актом юстиции, а лишь процессуально вынужденным и неизбежным.

При этом интересы ребенка и матери (отца) соответственно защищаются нормами об отступлении от равенства долей при разделе общесупружеского имущества (п. 2 ст. 38 СК РФ), алиментным обязательством (ст. 80, 89 СК РФ), а также нормами гражданского законодательства об обеспечении жилищных интересов бывшей супруги (супруга) и ребенка (п. 4 ст. 31 ЖК РФ). Как мы уже отмечали, отец крайне редко попадает в данную «ситуацию защиты», как правило, лишь при доказанности фактов, отрицательно характеризующих мать ребенка. Конечно, закон допускает заключение соглашения родителей о месте проживания ребенка. Однако в соответствии с правилом ст. 24 СК РФ такое соглашение проверяется судом на предмет соответствия интересам ребенка (следовательно, ситуация вполне может вернуться в лоно указанной фактической презумпции).

Участие отдельно проживающего родителя (чаще отца) в воспитании ребенка, в отличие от имущественных аспектов распада семьи, регламентировано недостаточно и декларативно²¹⁹. Полагаем, что соответствующие нормы (ст. 66 СК РФ) должны быть конкретизированы – вплоть до обозначе-

²¹⁹ См., например: Ильина О.Ю. Указ. соч. С. 72.

ния общей схемы-технологии такого участия, а семейно-правовые, гражданско-процессуальные и административно-правовые меры, поддерживающие право и желание родителя (отца) общаться с ребенком (что, впрочем, далеко не всегда имеет место²²⁰), усилены – не только в части применения процессуальных штрафов, бесед представителей органа опеки и попечительства с родителями, передачи ребенка от матери к отцу по судебному иску (что бывает исключительно редко), но и с помощью специальной социально-психологической службы.

Таким образом, гендерный дисбаланс в отношениях мама – папа – малолетний ребенок (до 10 лет) достаточно объективен и, пожалуй, в ряде случаев справедлив. Однако в нормативных позициях должна быть усилена защита «второго родителя».

Особо следует задуматься о реализации права на воспитание отца, родительство коего признано не на основе доброй взаимной воли мужчины и женщины путем подачи заявления в орган ЗАГСа, а принудительно – посредством судебного установления. За этим актом следует обязанность мужчины по содержанию ребенка, но отнюдь не с очевидностью – все остальное. Приоритет социального в родительстве очень важен, отмечает М.В. Антокольская, установление такового помимо воли «биологического отца» невозможно, нередко последний тому активно противится. В лучшем случае, продолжает автор, он будет бездействовать, в худшем – «мстить» матери и «отыгрываться» на ребенке; не проще ли изначально не наделять его родительскими правами помимо его воли?²²¹

Полагаем, что решение *de lege ferenda* должно быть компромиссным: следует предоставить суду право определять объем родительских прав мужчины, отцовство которого он установил, исходя из конкретных обстоятельств дела и в том же процессе, «по горячим следам» (тем более что натура ответчика именно в этом процессе раскрывается достаточно

²²⁰ См., например: Прокофьева Л.М., Валетас М.Ф. Отцы и их дети после развода // СоцИс. 2002. № 6. С. 111–115.

²²¹ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 212–213.

полно); впоследствии, с изменением ситуации в лучшую или худшую сторону, можно к вопросу вернуться.

Весьма актуальной и гендерно-чувствительной областью взаимоотношений мужчины, женщины и общества является **репродуктивная**, где особенно тесно сотрудничает триада доминантных факторов: биологии, нравственности и права.

Значительная часть этих отношений по своей природе составляет объект административно-правовой, а не семейно-правовой регуляции. Однако полагаем, что ключевые, принципиальные позиции должны быть закреплены в семейном законодательстве.

На первой странице «книги о репродуктивных правах» – вопрос об аборте как вариации на две темы: право женщины распоряжаться своим телом и право неродившегося ребенка на жизнь.

Аборт (химическими, растительными, механическими, хирургическими методами) и контрацепция – специальные средства регулирования рождаемости, которые направлены на предотвращение рождения нежелательного ребенка. При всех условиях, отмечает С.В. Поленина, бесспорно, что право на аборт – неотъемлемая часть права женщины быть хозяйкой своего тела, а в конечном счете и своей судьбы²²².

Примечательно, что первый в европейской истории опыт легализации абортов принадлежит именно России – искусственное прерывание беременности в медицинских учреждениях было разрешено совместным постановлением наркоматов здравоохранения и юстиции в 1920 г.²²³ (впрочем, как мы отмечали ранее, через 16 лет, в период жесткой государственной регуляции семейных отношений, было принято противоположное политическое решение – о запрете абортов, а в 1955 г. – вновь закреплена возможность свободного выбора решения о материнстве).

²²² См.: Поленина С.В. Права женщин в системе прав человека ... С. 69.

²²³ См.: Рабжаева М.В. Историко-социальный анализ семейной политики в России XX века // СоцИс. 2004. № 6. С. 90.

На Западе и у нас (в настоящее время – с усилением именно в 2006 г.) на решения по данному вопросу в той или иной мере влияет церковь. В европейских странах, где воздействие религии на общественное сознание умеренно, подчеркивает С.В. Поленина, решение об искусственном прерывании беременности в течение первых 12 недель отдано полностью на усмотрение женщин (Австрия, Бельгия, Германия, Греция, Швеция, Норвегия, Франция и др.), а после этого срока связано только с медицинскими показателями. В других же, где это влияние существенно (Италия, Португалия, Испания, Польша и др.), право на аборт либо исключается, либо ставится в очень жесткие рамки²²⁴. (В скобках следует заметить, что деятели абсолютного большинства церковью – мужчины).

М. Арбатова, размышляя над этим, отмечает, что «среди феминистских сторонниц аборт никогда не было людей, не понимающих и не познавших ужаса этого мероприятия»; дискуссия с церковью строилась и строится «не вокруг понимания, а вокруг клерикальной монополии на истину»; где церковь добивается запрета, там взлетают вверх цифры женской смертности от криминальных аборт, количество детей, сдаваемых в приюты, и детоубийств (как, например, в Польше)²²⁵.

С 1955 г. в законодательстве СССР и России неизменно фиксировалось положение о праве женщины самостоятельно решать вопрос о материнстве: в частности, правилом ст. 36 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан предусмотрена возможность самостоятельного решения женщины о прерывании беременности до 12 недель, по специальным показаниям – до 22 недель, а в особых случаях – независимо от срока. Это право поддерживается большинством медиков и юристов²²⁶.

В контексте рассматриваемой проблемы нуждаются в толковании положения п. 2. ст. 31 СК РФ о том, что вопросы материнства и отцовства решаются супругами совместно на

²²⁴ См.: Поленина С.В. Указ. соч. С. 71.

²²⁵ См.: Арбатова М. Феминизм. С. 5; см. также: Поленина С.В. Указ. соч. С. 72.

²²⁶ См. работы Полениной С.В., Хазовой О.А. и др.

основе принципа равенства. Означает ли это в том числе обоюдное согласие в репродуктивной сфере? В качестве общей посылки, справедливо отмечает О.А. Хазова, ответ скорее «да», чем «нет», однако такое положение может быть признано приемлемым лишь в той мере, в какой оно не посягает на свободу личности человека-мужчины и человека-женщины; принуждения, обязанности согласия в репродуктивной сфере быть не может, хотя взаимопонимание, разумеется, крайне желательно. Нельзя вставать на позицию формального равенства, продолжает автор, и связывать право женщины (жены) на аборт согласием мужа; рожают все же пока женщины, эмбрион, обладая особым онтологическим статусом, все же является частью тела женщины; личность мужа в вопросе права на аборт в правовом отношении является как бы «невидимой»²²⁷.

При этом, конечно же, проблема статуса неродившегося ребенка с повестки дня не снимается. С точки зрения биологии и эмбриологии «человек как биологический индивидуум, – пишет Н.И. Беседкина, – формируется сразу после слияния родительских половых клеток, когда образуется неповторимый набор генов»; хотя плод и рассматривается в качестве части организма матери, он генетически и биологически от нее отличен, суть «потенциальный человек»; правоспособность ребенок приобретает, как правило, с рождения, то есть с первого самостоятельного дыхания, но и его эмбриональное существование не должно быть безразлично праву²²⁸.

Истинно так. Однако в этом противоречии «право женщины распоряжаться своим телом – право "проточеловека" на жизнь» пока приходится отдавать преимущество одной из сторон, несмотря на нравственную отягощенность данного выбора. Последующее развитие репродуктивных технологий, возможно, его облегчит.

Как запрет аборт, так и признание за мужем права участвовать в принятии решения о его производстве означали бы признание законным **принуждения женщины к мате-**

²²⁷ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 125–126.

²²⁸ См.: Беседкина Н.И. Права неродившегося ребенка // Государство и право. 2006. № 4. С. 55.

ринству²²⁹, а далее – и принудительного обаяния ее не курить, правильно питаться, принимать лекарства, не волноваться, осуществлять медицинские процедуры и т.п. – во благо неродившегося ребенка. (Так, судья в Манитобе (Канада) обязал женщину принимать лекарство, чтобы сохранить жизнь и здоровье зародышу. Верховный Суд, рассмотрев дело по жалобе организации женщин-юристов Канады вынес вердикт, согласно которому женщина не может быть принуждена пройти лечение, чтобы сохранить беременность; в противном случае были бы существенно ущемлены права самой женщины)²³⁰.

Роль семейно-правового регулирования отношений репродуктивного типа достаточно узкоспециальна: она обеспечивает решение вопросов юридического выбора отца и матери при «соучастии» на той, иной или обеих сторонах, а также совместно с административным правом – юридических элементов соответствующих процедур.

Первый вопрос, который был заявлен и некоторым образом решен еще в прежнем семейном (и административном) законодательстве, касался отцовства ребенка, рожденного в результате искусственного оплодотворения женщины, состоящей в браке, и тайны донорства. Решение получило подтверждение и в СК РФ: муж, давший согласие на применение метода искусственного оплодотворения жены при помощи генетического материала донора, записывается отцом ребенка и не вправе оспаривать запись об отцовстве (ч. 1 п. 4 ст. 51, ч. 2 п. 3 ст. 52 СК РФ). Соответственно в законодательстве о здравоохранении закреплена обязанность всех лиц, задействованных в процедуре, хранить тайну донорства.

Весьма спорно урегулированы отношения суррогатного материнства²³¹. Примером своеобразной гендерной асимметрии является игнорирование законодателем позиции мужа суррогатной матери. Согласия этого лица на «акцию» не требуется, а по смыслу СК РФ ребенок, рожденный его женой как суррогатной матерью и не переданный «заказчиком», записывается не только на ее имя, но и, в силу презумпции от-

²²⁹ См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 126–127.

²³⁰ См.: Поленина С.В. Указ. соч. С. 72–73.

²³¹ Подробно об этом см. очерк третий и четвертый.

цовства в браке, на имя «мужа матери». Как справедливо отмечает О.А. Хазова, единственной адекватной мерой, гарантирующей соблюдение прав данного мужчины, является установление правила о его обязательном согласии на выполнение женой услуг по вынашиванию ребенка, хотя это и ограничивает «свободный репродуктивный выбор» женщины²³². В этом случае, как видим, вполне прозрачна аналогия с правилом о согласии мужа на применение репродуктивной технологии с материалом донора в отношении своей жены и запрете последующего оспаривания отцовства.

(Кстати, если допустить, что суррогатной матерью может быть и незамужняя женщина (в настоящее время практика другая, что на наш взгляд, не вполне оправданно), то при ее отказе передать ребенка генетическим родителям, в рамках действующего семейного законодательства (ст. 48 СК РФ), возможно судебное установление отцовства мужа из «генетической пары» (экспертиза, естественно, будет положительной). Это насилие над личностью и абсурд).

Совершенно за рамками семейного законодательства находится в настоящее время проблема изменения пола человека. Между тем ситуация вполне может содержать «семейный элемент». Первый вопрос: является ли сокрытие одним из вступающих в брак факта смены пола или собственно транссексуализма²³³ основанием для «запуска» процедуры недействительности брака? Второй вопрос: что должно произойти с брачным союзом, если решение о смене пола принято одним из супругов после его заключения? Третий вопрос: поскольку в результате официальной операции по смене пола происходит изменение данных о половой принадлежности в соответствующих документах гражданина, как быть с записью о материнстве или отцовстве его (ее) ребенка?

Если последняя ситуация почти фантастична (об этом, правда, должны сказать свое слово медики), то первые две – реальны. Полагаем, что признание брака недействительным по основанию заблуждения (ст. 28 СК РФ) не должно исклю-

²³² См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 129–130.

²³³ Об основаниях и процедурах смены пола см.: Степанов Д.И. Правовые проблемы, связанные с изменением пола человека // Законодательство. 2000. № 10. С. 81–85.

чаться. Впрочем, лучше было бы предусмотреть специальное (прямое) правило, обязав вступающих в брак информировать друг друга не только о состоянии здоровья, но и о факте смены пола (либо транссексуализма), допустив на охранительном уровне возможность признания брака недействительным.

Брак же, как мы отмечали ранее, есть союз разнополых существ – мужчины и женщины (прочие варианты – «семейные партнерства», которые пока у нас неузаконены). Конечно, можно прибегнуть к бракоразводной процедуре – как «в рамках развода по взаимному согласию», так и по иску одного из супругов (ввиду невозможности совместной жизни – п. 1 ст. 22 СК РФ). А если ни одна из сторон не желает использовать данную процедуру?.. Выхода *de lege ferenda* два: либо для таких случаев допустить преобразование брака в семейное партнерство, либо установить особый судебный или административный способ императивного прекращения брака по данному основанию, дополнив ст. 16 соответствующим правилом²³⁴.

Таким образом, было, есть и будет очевидно, что семейно-правовое пространство пронизано «гендерными элементарными частицами». В большинстве случаев они нейтральны, однако немало и «заряженных», как правило, в пользу женского начала гендерной «энергии», что в целом объективно и справедливо. Однако величина «заряда» не всегда адекватна охраняемым и/или защищаемым семейным (в широком смысле слова) интересам.

В усилении нуждаются несколько блоков.

Во-первых, пакет предпосылок к браку: обязательность взаимного осведомления брачующихся о состоянии здоровья. Это особенно важно для женской половины партнерства.

Во-вторых, конструкция брачного договора: введение некоторых ограничителей в интересах семьи и социально незащищенной (или существенно более слабой) стороны, которой чаще бывает женщина. В качестве обязательных следует

²³⁴ Подробнее об этом см. очерк второй.

предусмотреть положения о взаимном участии в формировании семейного бюджета (при наличии дохода) и обеспечении интересов несовершеннолетних детей – по аналогии с законным режимом.

В-третьих, целесообразно и справедливо расширить юридико-фактический состав алиментного обязательства между супругами (бывшими супругами), предусмотрев обязательную временную поддержку супругу, нуждающемуся при фактическом или юридическом прекращении брака в обеспечении «стартовой» жизненной позиции (завершение образования, поиск работы, поправка здоровья и т.п.), разумеется, при условии достаточности средств у противоположной стороны.

В-четвертых, необходимо усилить институт социального отцовства против биологического: предоставить суду право в исключительных случаях отказывать в иске об установлении (оспаривании) отцовства, если ребенок считает отцом другого мужчину и между последним и его матерью сложились семейные отношения, а также ограничивать объем прав отца внебрачного ребенка как в общем случае принудительного (судебного) его установления, так и в частной ситуации отцовства юридически или фактически недееспособного мужчины.

В-пятых, в целях оптимизации охраны и защиты интересов «второго родителя», проживающего отдельно от ребенка, конкретизировать схему и технологии его участия в воспитании последнего. Этим мы скорее защитим интересы мужчины, нежели женщины.

В-шестых, целесообразно ослабить «запретительный» блок ст. 17 СК РФ, предоставив суду право в исключительных случаях преодолевать ограничение мужа в инициировании развода.

В-седьмых, допустить судебное признание факта фактического брака и распространить на эти отношения имущественные возможности (совместная собственность, брачный договор, алиментирование, обеспечение жилищных и наследственных интересов) зарегистрированного союза. Несмотря на кажущуюся гендерную нейтральность этого призыва, новелла практически будет направлена на защиту интересов женщины.

В-восьмых, уточнить субъектный состав алиментного обязательства между супругами (бывшими супругами), возникающего в период, когда ребенок находится в возрасте от 1 года до 3 лет, заменив односторонний акцент (жена, бывшая жена) на гендерно нейтральный (супруг, бывший супруг, осуществляющий уход за ребенком).

В-девятых, заполнить пробелы в регуляции отношений в репродуктивной сфере: а) решить вопрос о статусе «неиспользованных» эмбрионов; б) зафиксировать договорную природу суррогатного материнства (включая компенсационную альтернативу), расширить круг участников такого соглашения (замужняя или незамужняя суррогатная мать, фактические супруги-«заказчики», а возможно, и «непарный» заказчик), преимущественное право на ребенка генетических родителей, а не суррогатной матери (с возможной, в особых случаях, судебной защитой ее интересов); озаботиться учетом мнения мужа суррогатной матери по рассматриваемому вопросу, дабы исключить автоматическое распространение на него силы презумпции отцовства – при оставлении ребенка у жены.

В-десятых, обозначить семейно-правовую реакцию на факт смены пола: действительность брака при сокрытии факта транссексуализма (?), судьба брака при осуществлении операции по смене пола (?).

Необходимо также, не отрицая гипотетической возможности априори, продолжить изучение вопросов о многоженстве как национальном факторе, семейных партнерствах (однополых семейных союзах) и других явлениях, порожденных или актуализировавшихся в конце XX – начале XXI в.

Таким образом, гендерный контекст семейного законодательства, если и не относится в настоящее время к самым существенным его проблемам, однако присутствует в той или иной мере в большинстве семейно-правовых институтов. Системность исследования проблемы семейно-правового регулирования, конечно же, требует тонкого понимания уместности отдельных гендерно окрашенных «растений» на гендерно нейтральном правовом «поле».

Очерк шестой. Семейное право и гражданский процесс: стратегия и тактика взаимодействия

Стратегия и тактика взаимодействия материального и процессуального права обусловлена несколькими базовыми предпосылками, в целом с необходимостью и достаточностью выявленными процессуальной наукой, но, в силу актуальности и принципиальной значимости проблемы, остающимися объектом системных и систематических размышлений.

Во-первых, всякий судебный процесс – гражданский, уголовный, административный – в силу стратегического сходства целей и задач, основ своей организации, а также властного качества ведущего субъекта процессуальных правоотношений обладает существенной взаимной центропритягательной силой: в той или иной мере служебное начало (процессуальная активность) суда, состязательность и даже диспозитивность им присущи¹, что и послужило и служит периодически «восстающей из пепла» идее судебного права, критический анализ которой содержится в трудах Н.А. Чечиной² и других видных процессуалистов XX в. В этом смысле гражданский процесс, как и всякий иной юрисдикционный процесс, обладает суверенностью, автономен от цивилистики и других явлений сферы материального права. Судебная защита и правосудие не сводимы к их объекту – защищаемому правовому благу, хотя и составляют главную цель процесса, лежащую, впрочем, за его пределами; в самом

¹ Подробнее об этом см., например: Рязановский В.А. Единство процесса М., 2005. С. 37, 47, 59, 70–74; Плешанов А.Г. Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. М., 2002. С. 54.

² См., например: Чечина Н.А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права // Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2004. С. 453–455.

процессе «в снятом виде» она отражается в функциях суда и других участников, в методах осуществления защиты в ходе процесса, его современной конституализации, новом понимании и сочетании публичных и частных начал его процессуальной методологии³. Защита прав, свобод и законных интересов, справедливо отмечает Т.В. Сахнова, как высшей правовой ценности должна сама отвечать этим ценностным идеалам, закрепленным конституционно⁴.

Однако, во-вторых, судебный процесс произведен от материального права, призван обеспечивать потребности реализации его норм, разрешение конкретных материально-правовых конфликтов и иных юридических дел⁵. Следовательно, он дифференцирован. Сначала рождаются и развиваются три процессуальных «кита» – цивилистический, уголовный и административный процессы (не исключая, впрочем, появления и другой, менее крупной процессуальной «живности»). Затем происходит дифференциация на виды производств – со специализацией внутри каждого вида. На этом этапе ключом к пространственному и содержательному взаимодействию материального и процессуального права и существенному различению последнего внутри себя, разумеется, является предмет судебной деятельности⁶, ибо ко вся-

³ См.: Сахнова Т.В. О сущности цивилистического процесса и его современных тенденциях // Правоведение. 2008. № 2. С. 86–87.

Например, расширение примирительных процедур коснулось и уголовного процесса. (Подробно об этом см.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 178–237, 457–511.

⁴ Там же. С. 87.

⁵ См., например: Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. С. 218–220. И др.

⁶ См.: Чечина Н.А. Указ.соч. С. 465–468; Предмет гражданского судопроизводства // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 14–19; см. также: Гукасян Р.Е. Влияние материальных правоотношений на форму процесса в исковом производстве // Вопросы теории и практики гражданского процесса. Саратов, 1976, С. 31–32; Он же. Соотношение материального и процессуального права, норм и правоотношений // Труды ВЮЗИ. Проблемы соотношения материального и процессуального права. М., 1980. С. 17. И др.

кой «вещи» следует относиться так, как того требует сущность самой вещи⁷.

Этот феномен предполагает несколько подуровней дифференциации и различные типы специальных гражданско-процессуальных норм. Первый – для видов производств – приказного, искового, по делам из публичных правоотношений и особого, где классической доминантой выступает конструктивное взаимодействие «спор о праве гражданском – исковое производство»⁸. Для последнего к элементам данного подуровня можно отнести общие предпосылки права на предъявление иска, правила возбуждения дела, соединения и разъединения исковых требований, предъявления встречного иска, изменения предмета и оснований иска и др.

Однако, поскольку спор о праве гражданском, спор о праве публичном, дело об установлении факта, имеющего юридическое значение, – общие, универсальные, надотраслевые конструкции, закономерно формируется следующий подуровень – отраслевой. Именно здесь специфика отраслевых материальных правоотношений, в нашем случае – семейных, начинает оказывать существенное влияние на гражданско-процессуальную форму, все более динамизируя вектор специализации.

Разумеется, известная тенденция «похвальбы каждым куликом своего болота» может (и в ряде случаев приводит) к преувеличению указанной специфики и разрастанию блоков специализированных гражданско-процессуальных норм, однако неверно и игнорировать отраслевые и институциональные особенности материальных правоотношений и соответствующих категорий судебных дел.

Более подробный анализ точек зрения по данному вопросу см.: Бутнев В.В. Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 3–11.

⁷ Маркс К. Заметки о новейшей прусской цензурной инструкции // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1. С. 7.

⁸ О влиянии спора о праве на гражданско-процессуальную форму см.: Чечина Н.А. Указ. соч. С. 460–462; Бутнев В.В. Спор о праве и порядок рассмотрения дел искового производства // Материально-правовые и процессуальные проблемы субъективных прав. Ярославль, 1983. С. 72–78; Гукасян Р.Е. Влияние материальных правоотношений ... С. 31–32. И др.

Во-первых, как отмечали еще российские юристы конца XIX – начала XX в., брак, родительство и другие явления с семейным элементом имеют существенную биологическую и социально-нравственную подоплеку и приобретают статус «юридических учреждений» лишь с формальной, внешней стороны – с внутренней же остаются за пределами права, допуская лишь некоторую степень воздействия обычая, морали и других подобных социальных институтов⁹. Во-вторых, существо функций, приданных природой и обществом субъектам этих отношений, при определенном различии содержания и акцентов, предполагает паритетную и согласительную основу их существования, партнерство, а не административную вертикаль. Матриархат и патриархат, родительство (попечительство) и детство все же заключили между собой мир на относительно эгалитарных условиях. В-третьих, интерес общества и государства в нормальном развитии семейных отношений, особой защите материнства и детства, предопределяет, как бы в противоречие с предыдущими констатациями, определенную, иной раз и значительную, несвободу выбора поведения, его жесткую «заданность». В-четвертых, семейные отношения, опять же ввиду особенностей предпосланных функций, как правило, развертываются в существенно протяженных времени и пространстве, иначе говоря, имеют длящийся характер. Наконец, в-пятых, они предполагают особый субъектный состав, качество которого обычно не передается другим лицам – не только в порядке уступки, но и классического правопреемства. Таким образом, характер объекта (предмета) регулирования предполагает соединение в семейно-правовом методе начал равенства, диспозитивности и императива, начал формально-конструктивных и социально-нравственных.

Разумеется, поиск гармонии столь противоречивых компонентов семейно-правовой методологии и далее – оптимального взаимодействия семейного права и гражданского процесса, кроме собственно достаточно очевидной специфики предмета семейно-правового регулирования и предмета судебной деятельности (семейного дела), сопровождается действием иных объективных, а кроме того, и субъективных факторов¹⁰.

⁹ Подробно об этом см. очерк первый книги. Здесь же мы, подчиняясь логике размышления, констатируем особенности семейных правоотношений максимально кратко.

¹⁰ Подробнее об этом также см. очерк первый.

Так, развертывание экономических реформ неизбежно усиливает, вопреки сложившимся традициям, гражданско-правовые акценты в имущественных семейно-правовых институтах – и при этом нередко в чрезмерном виде, что не только призывает из «запаса» теорию десуверенизации семейного права, но и может впоследствии повлечь за собой существенное, в силу логики связи права и процесса, отступление от гражданско-процессуальной семейной специализации.

Профессиональному началу в рассматриваемой области существенно мешает широко распространенное заблуждение законодателей и политиков в целом об уровне собственной осведомленности и подготовленности в деле регулирования семейных отношений.

Осложняет ситуацию и национально-политический фактор. Предоставление субъектам Российской Федерации определенных прав в сфере нормативного регулирования семейных отношений воспринято региональными законодателями с явно излишним энтузиазмом, что приводит к очевидному следствию: с количественной стороны – к превышению полномочий по объему, с качественной – к противоречиям по существу.

Наконец, исключительное разнообразие модификаций одного и того же вида семейного конфликта, традиционное допущение, в силу указанных ранее доминирующих особенностей семейных отношений, «ситуационности» семейно-правовых норм предопределяют одну из главных ролей судебного правоприменения – конкретизирующую функцию суда с невероятно высокой долей судейского усмотрения (что, между прочим, существенно отличает «семейную юстицию» от «гражданской» и приближает, исключительно в данном контексте, к «уголовной»).

Таким образом, как мы отмечали ранее, стратегия взаимодействия семейного права и гражданского процесса строится на основе сложной «диффузии» первого в пространство второго и наоборот, переплетения публично-правового и частноправового, формально-конструктивного и социально-нравственного, универсального и предельно специализированного начал. Суверенность, методологическая определенность и универсальность, разумная консервативность гражданского процесса предопределяют общий алгоритм защиты субъективных семейных прав и интересов, специфика семейных правоотношений и соответствующих семейных

тяжб – основная предпосылка «приключений» гражданско-процессуальных элементов уже на семейно-правовой территории.

Специализация гражданско-процессуальных норм, в том числе в исследуемом направлении, кроме аналитики причин таковой специализации и собственно ее содержания, неизбежно выводит и на проблему системы гражданского процессуального права и гражданско-процессуального законодательства, над которой достаточно давно и успешно размышляют процессуалисты¹¹.

Н.А. Чечина отмечала, что значительное число специальных гражданско-процессуальных норм размещено в непроцессуальных нормативных актах (прежде всего в кодексах) – и это объективно неизбежно и практически целесообразно, когда речь идет о процессуальных особенностях рассмотрения отдельных категорий гражданских дел, правила о которых, по ее мнению, обязательно должны подчиняться требованию иерархичности законов – в нашем случае нормам ГПК¹².

На практике это, к сожалению, не так. При этом отнюдь не все процессуалисты разделяют данный эмоциональный ряд. Так, В.М. Шерстюк полагает, что специализированные нормы «всегда конкурируют с общими, отменяя, дополняя или конкретизируя их»¹³.

Между тем в оптимальной системе гражданско-процессуального законодательства, на наш взгляд, должно быть именно «по-чечински»: специальные гражданско-процессуальные нормы выступают либо конкретизаторами общих, либо исключениями из них – при указании на соответствующую возможность в общей норме, либо дополнением к последней, следующим из ее контекста. Это соответствует и традиционной позиции законодателя: согласно норме ч. 2 ст. 4 ФЗ «О введении в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» процессуальные правила, содержащиеся в иных нормативных актах и противоречащие ГПК, не действуют. Проблема, однако, в том, что выполняться должны не только призывы за-

¹¹ См., например: Боннер А.Т. Источники советского гражданского процессуального права. М., 1977. С. 35; Шерстюк В.М. Система советского гражданского процессуального права. М., 1989. С. 47–57; Чечина Н.А. Указ. соч. С. 511–514. И др.

¹² Чечина Н.А. Указ. соч. С. 513–514.

¹³ Шерстюк В.М. Указ. соч. С. 55.

конодателя о приоритете ГПК РФ над гражданско-процессуальными нормами материальных кодексов и иных законов и необходимости приведения оных в соответствие с ГПК путем внесения изменений, но и задачи оптимального, адекватного, а значит, и эффективного правового регулирования: специальные гражданско-процессуальные нормы (по крайней мере, часть из них) противоречат или не вполне коррелируют общим, как правило, не по прихоти или ошибке, а в связи с выполнением указанных задач. Однако эта аксиома, как видим, не учитывается в должной мере в законотворческой практике.

Две коллизионные нормы (ч. 1 ст. 1 ГПК РФ и ст. 4 означенного федерального закона), отмечают Н.В. Кузнецов и Д.В. Малыхин, перекрывают все правовое после специальных норм – это путь «наименьшего сопротивления»¹⁴ и эффективно проблемы не решает. Правовая система развивается и ее изменчивость не должна создавать даже небольших «гнездовых» коллапсов. Исключительные, дополняющие и конкретизирующие специальные гражданско-процессуальные нормы¹⁵ – полноправные элементы соответствующих процессуальной формы и системы законодательства.

Следует отметить, что именно союз гражданского процессуального права и семейного права в течение многих десятилетий новейшей российской законодательной истории постоянно воспроизводит, как ни в каком ином подобном союзе, «многодетные семьи» специализированных процессуальных норм – и при этом «расселяет» их не в общем гражданско-процессуальном «доме» (ГПК РСФСР, ГПК РФ), в «доме», отдельно от него стоящем, хотя и составляющим с ним своеобразный комплекс, – семейном законе (КоБС РСФСР, СК РФ).

Можно предположить, что иное решение могло бы «взрывать» ГПК, по крайней мере, его исковую часть, ибо массив

¹⁴ Кузнецов Н.В., Малыхин Д.В. Проблемы специализации и систематизации гражданских процессуальных норм // Гражданский процесс: наука и преподавание / Под ред. М.К. Треушникова, Е.А. Борисовой. М., 2005. С. 258–259.

¹⁵ Подробнее об этом см., например: Кузнецов Н.В., Малыхин Д.В. Указ.соч. С. 261–262; Сенякин И.Н. Специальные нормы советского права. Саратов, 1987. С. 74–80.

особенного для семейных дел не только велик, но и обладает качествами, отличными от исковой классики.

Итак, второй базовой предпосылкой взаимодействия семейного права и гражданского процесса является определенная обусловленность содержания последнего (системы, состава участников, стадий, исполнения решений и т.д.) спецификой такого предмета судебной деятельности, как семейные дела.

Свойства (особенности) регулятивных и охранительных семейных правоотношений, социальная ценность субъективного семейного права или интереса предопределяют (или, по крайней мере, должны предопределять) гражданско-процессуальную форму рассмотрения и разрешения семейно-правовых конфликтов. «Расточительно и неумело, – писал С.В. Курылев, – ставить воинскую часть на охрану дровяного сарая – здесь достаточно замка. Наоборот, по меньшей мере, легкомысленно в охране государственных границ отграничиваться замком на шлагбауме пересекающей границу дороги. Так же необходимо решать вопросы и при выборе форм охраны субъективных прав и интересов граждан и организаций»¹⁶.

Поиск компромисса между «замком» и «воинской частью» применительно к оптимизации судебной защиты субъективных семейных прав и охраняемых семейным законом интересов ведется давно и в целом с неплохими результатами.

Однако восхождение к конкретике таких результатов, с учетом существа и дифференциации функций гражданско-процессуальных норм, должно осуществляться по ступеням – от уровня к уровню, ибо алгоритм взаимодействия гражданского процесса с соответствующими материальными правоотношениями (объектами правоприменения) все же существенно сложнее формулы «каков объект (материальное правоотношение в конфликтном состоянии) – таков и метод его исследования и снятия (рассмотрения и разрешения)»¹⁷.

¹⁶ Курылев С.В. Формы защиты и принудительного осуществления права и право на иск // Тр. Иркутск. гос. ун-та. Т. 22. Вып. 3, Сер. Юрид. Иркутск, 1975. С. 176.

¹⁷ См., например: Гукасян Р.Е. Влияние материальных правоотношений на форму процесса в исковом производстве. С. 31–32; Он же. Соотношение материального и процессуального права, норм и правоотношений. С. 17 и др.

На первом уровне указанного взаимодействия находятся те элементы гражданско-процессуальной формы, которые с содержательной точки зрения обладают абсолютной самостоятельностью, *несвязанностью с предметом судебной деятельности*, а следовательно, и с характером семейных дел. Они отражают, как мы уже отмечали, общее функциональное назначение гражданского процесса и обеспечивают предпосылки всестороннего и полного рассмотрения обстоятельств любого гражданского дела, вынесение справедливого и законного судебного акта. Это нормы о судоустройственных и судопроизводственных принципах, структуре и стабильности процесса, сущности и видах доказательств и правилах их оценки, порядке вынесения судебных постановлений, процедуре их обжалования и др. В этом смысле «слуга» занимает господствующее положение и диктует свои условия обслуживаемым им «господам».

На втором уровне объединяются те элементы гражданско-процессуальной формы, которые *отражают сущность предмета судебной деятельности* – спора о праве (в исковом), административного правонарушения или обжалования (в «публичном» производстве, дел об установлении юридических фактов (в особом производстве).

Например, нормы искового производства отражают сущность спора о праве гражданском¹⁸ (в широком смысле – без дифференциации по отраслевым видам споров). Сумма свойств спора о праве как самостоятельной разновидности правового конфликта и создает столь отличную от других гражданско-процессуальную форму рассмотрения и разрешения дела.

В исковом производстве к элементам второго уровня относятся: общие предпосылки права на предъявление иска, правила возбуждения процесса, соединения и разъединения исковых требований, изменения предмета и оснований иска, способы

¹⁸ О существе спора о праве гражданском см., например: Зайцев И.М. Сущность хозяйственных споров. Саратов, 1974. С. 23–38; Бутнев В.В. Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 4–19; Он же. Спор о праве в порядке рассмотрения дел искового производства // Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав. Ярославль, 1983. С. 71–78; Тарусина Н.Н. Очерки теории российского семейного права. Ярославль, 1999. С. 20–37 и др.

защиты ответчика против иска и др. Примерно так же обстоит дело с нормами особого производства.

Однако, поскольку спор о праве – общее, надотраслевое понятие, объединяющее все цивилистическое, а также частично государственно-правовое и административно-правовое конфликтные поля, в том числе и семейно-правовое, закономерно формируется третий уровень взаимосвязи материально-правовых и гражданско-процессуальных норм и отношений – **отраслевой**.

Именно на этом уровне специфика семейных правоотношений и соответствующих семейных тяжб начинает доминировать над общефункциональным предназначением гражданской процессуальной формы, призывая ее к специализации. Соответственно первый и второй уровни взаимодействия семейного права и гражданского процесса характеризуют интегрированность и универсальность последнего, а третий и последующие – его дифференцированность, вплоть до индивидуализации.

Остановимся подробнее на результатах сегодняшнего взаимодействия триады «*de jure, de facto, de lege ferenda*» гражданско-процессуального и семейного законодательства.

Отрадно отметить, что тактические изменения гражданско-процессуального законодательства и, как стратегическая, так и тактическая перестройка законодательства семейного, особенно в ее специализированной гражданско-процессуальной части, в целом создали благоприятные предпосылки для оптимизации защиты субъективных прав и интересов.

Так, расширены основания иска о признании брака недействительным – с оптимальной дифференциацией состава субъектов права на предъявление иска. Введено производство о расторжении брака по взаимному согласию – с соответствующими процессуальными особенностями. Неопределенность задач суда в бракоразводном процессе в части решения вопроса о месте проживания ребенка и его алиментировании заменена «категорическим императивом» решать эти проблемы одновременно с расторжением брака, в том числе по инициативе суда. Кардинально изменено правило о моменте прекращения брака, что вернуло надлежащий статус судебному решению о разводе. Приведены в соответствие с цивилизованными традициями нормы об инициаторах и основаниях иска и предмете доказывания по делам об установлении внебрачного отцовства (их эффективность, кроме то-

го, существенно усилена нормой-новеллой п. 3 ст. 79 ГПК РСФСР о последствиях отказа сторон от участия в судебном экспертном исследовании). Скорректированы и довольно четко дифференцированы основания исков о лишении и ограничении родительских прав. Введена особая категория истцов и ответчиков – несовершеннолетних родителей внебрачных детей. Несовершеннолетнему четырнадцати лет предоставлено право самостоятельно защищать свои субъективные семейные права и интересы в суде, что соответствует общим началам ведущих отраслей российского права (административного, гражданского, трудового, уголовного) об альтернативах возрастной дееспособности. Снят ряд ограничений в праве на обращение в суд: усыновителя – об отмене усыновления, отдельно проживающего родителя – об участии в воспитании ребенка в случае нарушения соответствующего соглашения. Введен судебный порядок установления усыновления, что, безусловно, усилило гарантии обеспечения интересов ребенка. Расширены возможности внеюрисдикционного решения семейно-правовых проблем путем заключения договоров о режиме супружеского имущества, содержания членов семьи, воспитании ребенка, приемном родительстве, суррогатном материнстве и по поводу других вопросов репродуктивного плана.

Однако процессуальная компонента семейного законодательства все же далека от оптимальных моделей. Прежде всего сомнительны решения (либо отсутствие таковых) по ряду частных проблем. Так, дело о разводе по взаимному согласию, ввиду отсутствия соответствующего положения ГПК, осталось предметом судебной деятельности в исковом производстве, что в комментариях не нуждается. Ссылка на его «отягощение» сопутствующими вопросами, в том числе *спорами*, проблемы не снимает. Решить ее можно по различным «сценариям»: передать данную категорию дела в особое производство, что проблематично именно из-за «спорного сопровождения» семейными вопросами, предусмотреть специальные производства, обозначить в исковом производстве подпроизводства особого рода.

Не снято противоречие между процессуальной активностью суда в смысле реализации предписания ст. 24 СК РФ о возбуждении дела о месте проживания ребенка и его алиментировании по собственной инициативе и нормой ст. 4 ГПК

РФ. Если данная норма ст. 24 СК РФ – благо, такую общепроцессуальную новеллу сформулировать необходимо¹⁹.

Сохранена абсолютность, непререкаемость ограничения гражданско-процессуальной правоспособности мужа в сфере защиты своих интересов в бракоразводном процессе (запрет на возбуждение, без согласия жены, дела о разводе в период ее беременности и последующего материнства): исключения, на наш взгляд, разумны и вполне справедливы в ситуации административного или судебного признания отцовства другого мужчины²⁰.

Вновь не обозначены среди субъектов права на предъявление иска об установлении отцовства (ст. 48 – 50 СК РФ) прокурор и органы опеки и попечительства. Если это принципиальная позиция законодателя (что сомнительно), следует скорректировать нормы ст. 45, 46 ГПК РФ. Если же он подразумевает их участие «по умолчанию», то неясно, почему в других случаях данные субъекты оказываются в нормативных перечнях (ст. 28, 70 и др. ст. СК РФ)?..

Следует также определиться с конкуренцией между требованием закона о судебном установлении родительства при доказанности главного искомого факта (факта происхождения ребенка от данного лица – ст. 47, 49 СК РФ) и интересами ребенка – в случаях, когда «настоящим» (биологическим) отцом оспаривается отцовство лица, которого ребенок давно считает своим родителем и привязан к нему. Так, О. Хазова полагает возможным, даже на основе действующего законодательства, в таких случаях приоритет социального отцовства и отказ в удовлетворении иска²¹. Думается, что это не так: положения ст. 47 и 49 в этой части вполне определены, – значит, надо ставить вопрос *de lege ferenda*.

Непонятно, в том числе в гражданско-процессуальном контексте, взаимодействие норм ст. 49 и 50 СК РФ: поскольку совершенно очевидно, что установление факта отцовства умершего лица в порядке особого производства осуществляется (и осуществлялось – по правилам ст. 48 КоБС РСФСР) не

¹⁹ Подробно об этом см. параграф о прекращении брака очерка второго.

²⁰ Подробнее см. тот же параграф.

²¹ См.: Хазова О.А. Установление отцовства. С. 83–84.

только на доказательственной основе признания отцовства умершим, но и в связи с другими доказательственными фактами (совместное проживание данного лица с матерью ребенка в соответствующий период, участие в воспитании и содержании ребенка и т.д.), постольку выделение одного частного случая в автономное правило ст. 50 СК РФ нелогично. Практика вынуждена идти по пути применения возможностей ст. 49 в случаях, где предмет доказывания не сводится к признанию факта отцовства²².

Перечень нерешенных частных проблем или решенных неубедительно можно было продолжить, однако заявленные цели исследования призывают нас вернуться к обобщениям.

Первое обобщение относится к проблеме «пространственной» **систематизации** гражданско-процессуального и семейного законодательства. Межотраслевой уровень взаимодействия (семейное право – гражданский процесс), далее – институционально-отраслевой и, наконец, уровень «категория семейного дела (спора, конфликта) – гражданско-процессуальная специализированная форма его рассмотрения и разрешения» – создают основную предпосылку указанной проблемы.

Как мы отмечали ранее, массив специализированных гражданско-процессуальных норм, присутствующих, в несравнимо большей степени, в СК РФ и, в существенно меньшей, в ГПК РФ, традиционно значительный. В этом плане никакое иное законодательство паре «семейное право – гражданский процесс» составить конкуренции не может. Однако пространственно, «архитектурно» этот массив по-прежнему до конца не отработан.

Здесь возможны самые различные варианты – от «легкого ремонта» до кардинальных решений. Первый предполагает сосредоточение всех процессуальных особенностей (по полному циклу, а не по принципу «выдергивания» из системы отдельных процессуальных элементов) в соответствующих семейно-правовых институтах (недействительности брака, прекращения брака, установления родительства, споров о воспитании детей и т.д.): субъекты права на предъявление иска, ограничения в гражданско-процессуальной правоспособности, участники процесса, основания иска и предмет до-

²² Подробнее об этом см. очерк третий.

казывания, презумпции, возможные примирительные процедуры, соединение-разъединение исковых требований, распорядительные действия сторон, вынесение решения и особенности его исполнения. Второй – формирование специального процессуального блока – института в границах Семейного кодекса (с аналогичным алгоритмом). Третий – создание специализированных блоков в Гражданско-процессуальном кодексе («Процессуальные особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел»), как это давно сделано, например, в ГПК Болгарии (впрочем, не исчерпывающим системным образом).

Первый вариант предполагает, кроме систематизации процессуальных элементов, выстраивания их в обязательную логическую цепочку, определенные изъятия из ГПК: нормы о процессуальных особенностях рассмотрения отдельных категорий семейных дел искового и особого производства (в том числе и по делам об установлении усыновления) в этом случае должны сменить свою «прописку-регистрацию» на СК. Второй вариант включает, во-первых, мероприятия по первому варианту и, во-вторых, неизбежно вынуждает работать законодательную технику на «разрыв» тех норм Семейного кодекса, которые обросли как материально-правовым, так и процессуальным «мясом». Это вполне возможно, так как другие материально-правовые кодексы содержат, как правило, именно «чистые» нормы, без процессуальных добавок (правда, как мы уже отмечали, их юрисдикционное применение не осложнено, по обыкновению, многочисленными процессуальными особенностями). Третий вариант соответственно включает в себя работы по первому и второму плюс систематизацию внутри ГПК.

Второе обобщение относится к традиционной проблеме взаимодействия общих и специальных гражданско-процессуальных норм (независимо от «порта приписки» последних). Здесь «вырисовываются» две проблемы: во-первых, подчиненность, непротиворечивость специальных правил общим положениям ГПК; во-вторых, оптимальное применение общепроцессуальных возможностей к семейным делам.

Упреки в неподчинении частного общему, вплоть до антагонизма, высказываются давно – с принятия КоБС РСФСР

1969 г.²³ Кое-какая «чистка» при подготовке СК РФ осуществлена, однако противоречия и несуразности остались.

Так, упоминавшиеся уже правила ст. 24 СК РФ «грешны» сразу в двух проступках против принципиальных положений ГПК. Во-первых, и это особенно тяжкий «грех», упоминавшееся уже правило об обязанности суда, если о том не договорятся или не заявят стороны, по собственной инициативе решить вопрос о месте проживания ребенка и его алиментирования при раздельном проживании родителей после расторжения брака, не имеет никакого аналога в ГПК: норма ст. 4 ГПК РФ исчерпывающим образом перечисляет инициаторов возбуждения процесса – и суда там нет. Норму же п. 3 ст. 196 ГПК РФ о праве суда выйти за пределы заявленного иска использовать в качестве «материнской» нельзя, так как в ней речь идет об одном и том же споре, а в нашем случае – о совершенно самостоятельных. Впрочем, на данном этапе, в интересах практической защиты социально значимых интересов, можно толковать и таким образом – за «неимением гербовой ...» В этом плане, кстати, неточно, на наш взгляд, замечание Н.В. Кузнецова и Д.В. Малыхина, что норма ч. 2 ст. 24 СК РФ не применяется из-за ее противоречия принципу законности²⁴. Причины несколько сложнее: внутренняя противоречивость правил подсудности мировых судов и судов общей юрисдикции, определенная инертность практики и осознанное либо неосознанное стремление «скинуть» бракоразводное дело в мировой суд²⁵.

²³ См., например: Чечина Н.А. Основные направления развития науки советского гражданско-процессуального права. Л., 1987. С. 28–29; Она же. Проблемы гражданско-процессуального права // Правоведение. 1975. № 6. С. 77; Кострова Н.М. Судопроизводство по семейным делам. С. 16 и след.; Тарусина Н.Н. Защита семейных прав. С. 22–60. И др.

²⁴ Кузнецов Н.В., Малыхин Д.В. Указ. соч. С. 265–266.

²⁵ Процессуальная активность суда по семейным делам не является сугубо советско-российским изобретением. Так, например, в Германии, на основе конституционного положения об особой защите брака и семьи, ограничено действие принципа состязательности по делам из семейных правоотношений: суд может по своей инициативе распорядиться о собирании доказательств (См.: Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии (основные институты): Автореф. дис. ... канд.

Пусть и в смягченной, по сравнению с КоБС РСФСР, форме, но присутствует несоответствие с нормой ст. 151 ГПК РФ: в ст. 24 СК РФ исчерпательно предписывается квота присоединения к иску (заявлению) других требований, а в ст. 151 ГПК РФ решение об «интеграции» процесса принимает судья ситуационно, по своему усмотрению, руководствуясь связанностью дел между собой и целесообразностью их совместного рассмотрения ввиду совпадения субъектного состава, «интерференции» доказательственных полей и т.п.²⁶

Можно найти и другие спецификации СК РФ, заявленные далеко не в унисон с принципиальными положениями ГПК РФ. Выход из данной процессуальной «самоволки» достаточно прост: сначала необходимо в каждой такой ситуации определиться с мотивами, а затем, если последние основательны, – предусмотреть в общих нормах ГПК возможность соответствующих отступлений – либо по соображениям гуманитарного характера, либо в связи с сугубо личным качеством дела, либо по иным причинам.

Как мы отмечали, кроме проблемы изъятий, исключений из общепроцессуальной формы гражданского судопроизводства, существует проблема оптимизации ее возможностей применительно к семейным делам.

Так, подготовка дела к судебному разбирательству совершенно не исключает активного ввода в данную стадию органа опеки и попечительства – и в связи с тем, что он уже является, как правило, носителем определенной информации о конфликте (особенно по делам о передаче ребенка другому родителю, ограничении и лишении родительских прав, установлении и отмене усыновления и др.), и с целью выполнения им судебных поручений по делу. То же касается и прокурора, ко-

юр. наук. М., 2002. С. 19; Она же. Гражданское процессуальное право Германии. М., 2000. С. 40, 44).

²⁶ «Интеграция» бракоразводного процесса – эксклюзив российского семейного законодательства: например, во Франции при разводе по взаимному согласию должно быть представлено соглашение об условиях воспитания детей, выплате необходимых компенсаций (Гражданское и торговое право ... С. 558), в Испании должен быть решен вопрос о режиме свидания с детьми (Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. М., 1986. С. 201).

торый обладает и законными, и, как правило, организационными возможностями осуществить предварительную проверку материалов дела, так как призван способствовать защите общественно значимых интересов, и должен, кроме того, выработать свою правовую позицию для дачи заключения по делу (ст. 45 ГПК РФ).

Не уделяется должного внимания вопросу о форме судебного разбирательства семейных дел. По общему правилу, суды первой инстанции рассматривают дела в открытом заседании, то есть гласно (ст. 9 ГПК РФ). Нормы ч. 1 – 2 ст. 10 допускают закрытую форму разбирательства, если того требуют интересы охраны государственной тайны (не наш случай), тайны усыновления или сугубо личный характер обстоятельств дела (наш случай).

Применительно к семейным делам возможна разная степень гласности. Так, по делам о расторжении брака, о признании брака недействительным (по ряду оснований), установлении или оспаривании отцовства (материнства), права на воспитание, отмене усыновления исключение из публичного слушания дела должно стать правилом: интимные стороны жизни участников процесса, исследуемые с помощью свидетельских показаний, письменных доказательств, заключений эксперта, нежелание спорящих сторон выносить на суд публики свою личную жизнь, демонстрировать «скелет в своем шкафу», отрицательное воздействие публики на психику ребенка, приглашенного в процесс для изложения его мнения, и т.п. обстоятельства – все это требует закрытой формы судебного разбирательства. Напротив, дела о лишении родительских прав, ограничении родительских прав, отмене усыновления (по виновным основаниям, вне тайны усыновления), признания брака недействительным ввиду фиктивности, отдельные споры из алиментных правоотношений и т.п. – предполагают открытую форму разбирательства, а в некоторых (немногочисленных) случаях нуждаются в «сверхпубличной» форме – выездном судебном заседании.

Нуждается в обобщении и оптимизации применение (а может быть, и нормативное расширение) требований ст. 151 ГПК РФ. Так, в целом ряде случаев связь прочна, даже неразрывна: расторжение брака при наличии у супругов несовершеннолетних детей – место проживания ребенка (добавим:

порядок общения с ребенком второго родителя), алиментирование ребенка, раздел общесупружеского имущества, алиментирование супруга (добавим: решение жилищного вопроса); установление отцовства, передача ребенка, ограничение или лишение родительских прав, отмена усыновления – взыскание алиментов на ребенка; признание брака недействительным – защита интересов добросовестной стороны путем разрешения вопроса о разделе имущества, алиментировании и т.д. Примеры нормативного усложнения интеграции бракоразводного процесса в мировой практике есть²⁷.

Интерес представляет и вопрос о диспозитивном урегулировании споров о праве семейном: по каким делам в принципе возможно мировое соглашение, признание иска, отказ от иска, в чем специфика примирения сторон, степень обязательности утверждения судом некоторых соглашений между ними²⁸.

Сфера отказа от иска достаточно широка. Однако и здесь имеется определенное усложнение позиции. Так, по иску об установлении отцовства на истцовой стороне в качестве соучастников выступают мать (реже – предполагаемый отец) и ребенок, поэтому отказ от заявленного требования первым соучастником должен проверяться судом на предмет защиты интересов второго соучастника, в случае конфликта интересов, ибо его опекуном может быть первый соучастник. По иску о взыскании алиментов на ребенка истцом на практике признается родитель, с которым он проживает, хотя разумеется, таковым является сам ребенок как субъект права на алименты. Поэтому отказ матери (отца) от иска должен рассматриваться как действие опекуна и также тщательно анализироваться в контексте интересов подопечного.

Третье обобщение касается достаточно известной, но непопулярной из-за «дороговизны» идеи судебной семейно-правовой специализации. Как мы неоднократно отмечали в

²⁷ См., например: Миролюбова О.Г. О взаимодействии гражданско-процессуальных и семейно-правовых норм в бракоразводном процессе (ст. 23, 24 СК РФ) // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Вып. 5. Ярославль, 2004. С. 110–115.

²⁸ Подробнее об этом см. параграф о мировых соглашениях очерка четвертого.

других своих работах, к заключению о необходимости специальных семейных судов приходили российские юристы еще в конце XIX – начале XX в. Вывод этот, разумеется, выстраивался на основе острой специфики семейных дел.

Так, И.А. Покровский именовал семейное право одной из «самых чувствительных областей гражданского права, ибо, быть может, нигде не затрагиваются столь интимные интересы человеческой личности, как именно здесь»²⁹. А. Боровиковский писал: «Должно ясно сознавать пределы той помощи, какую может оказать суд, когда к нему обращается семейная распря. ... Гражданские судебные установления не приспособлены для разрешения семейных дел – нужно искать каких-то особых судей и особый трибунал. Так пусть же его ищут»³⁰.

К сожалению, как многое иное, это «яблоко, упавшее на голову» российским юристам, подвигло на практические эксперименты юристов других стран. В настоящее время семейные суды, в той или иной степени суверенности и качества специализации, функционируют в Великобритании, Германии, Польше, США (отдельных штатах), Японии и др.³¹ Так, еще в 1970-е гг. семейные суды, в порядке эксперимента, были созданы в Польше. Обобщая опыт организации и работы таких судов, М.Я. Булошников отмечает широту их компетенции (семейные и опекунские дела, рассмотрение дел о преступлениях несовершеннолетних и т.п.), особые требования к отбору судей (повышенный возрастной барьер, подготовка в области психологии, тестирование и другие формы квалификационных экзаменов), взаимодействие семейных судов с консультациями по вопросам брака и семьи и диагностическими центрами, насыщенность суда профессиональными кураторами, участие психолога в судебном заседании, контакт судьи с семьями своего «участка» и другие методические и организационные особенности³².

²⁹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 162.

³⁰ Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. С. 271, 273.

³¹ См., например: Здрок О.Н. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2005. С. 70; Пугинский В.К. Английский гражданский процесс. М., 1974. С. 10; Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии. М., 2000. С. 96.

³² См.: Булошников М.Я. Специализированные суды в ПНР // Проблемы семейного права. М., 1980. С. 70.

В Японии к юрисдикции семейного суда относятся споры между супругами, родителями и детьми (в том числе признание недееспособным, назначении опекунов, о содержании иждивенца). Рассмотрение дел в семейном суде осуществляется судьей в присутствии специальных советников, избираемых из рядовых граждан и сообщающих свое мнение судье. В отличие от обычной процедуры предусматривается закрытая форма судебного заседания, нет устного состязания, дела решаются на основе сравнительно широкого судебного усмотрения. По многим брачно-семейным искам установлена предварительная примирительная процедура. Примирительная комиссия, ее осуществляющая, состоит из судьи семейного суда и двух членов, назначаемых данным судом. К юрисдикции судов общей компетенции относятся иски о признании недействительности брака, об аннулировании развода, об усыновлении, о признании отцовства (однако по ним также обязательна предварительная примирительная процедура в примирительной комиссии при семейном суде)³³. Не все в описанной схеме, на наш взгляд, обоснованно (например, в вопросе подведомственности), но, видимо, это в большей своей части соответствует традиции данной правовой системы.

В 1970 – 80-е гг. идея специализированных судов, в том числе семейных, была внедрена в некоторых штатах США³⁴, частично внедрена в Великобритании, Франции, Бельгии и др.³⁵ Здесь также для нас с точки зрения опыта и преемственности не все приемлемо, так как правоприменительная специализация в этой стране, начиная с адвокатуры (особенно) и заканчивая юстицией (в меньшей степени), даже чрезмерна, а процессуальная форма осложнена множеством деталей и формальных условностей, что не отвечает традициям российской правовой системы. (Автор описывает ситуацию на основе собственных некоторых наблюдений). Но главное – осуществляются попытки оптимизации рассмотрения семейных конфликтов.

³³ См.: Вагацума Саказэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. Кн. 2. М., 1983. С. 172–173.

³⁴ См., например: Бернам Уильям. Правовая система Соединенных Штатов Америки. М., 2006. С. 303; Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М., 2004. С. 283–284.

³⁵ См., например: Мельникова Э.Б. Ювенальная юстиция. Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии. М., 2000. С. 103–104.

В России идея, после длительного перерыва³⁶, вновь зазвучала в конце 1960-х гг. Так, Н.Г. Юркевич, горячий в ту пору сторонник судебной семейно-правовой специализации, в 1969 г. писал: «Судьи, особенно на уровне народных судов, продолжают оставаться универсалами, энциклопедистами. Но времена энциклопедистов давно прошли. Отказ от специализации в этой области серьезно затрудняет использование достижений современной науки на благо укрепления семьи и правосудия»³⁷. «Важно отметить, – продолжает автор, – что капиталисты считают выгодным содержать специальные суды, а в них штаты социальных работников...»³⁸.

Отдельные голоса в защиту идеи специализированных судов звучали и позже, однако активно она начала обсуждаться общественностью и законодателями лишь в 1988 – 1999-е гг. Через еженедельник «Семья» и другие средства массовой информации лидеры Детского фонда, социологи и юристы вывели данную идею на уровень реальной потребности. При обсуждении проекта Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о судопроизводстве 1989 г. именно идея семейно-правовой судебной специализации явилась предпосылкой первого компромисса по данному вопросу, зафиксированного в норме п. 3 ст. 23: «Законодательством союзных республик может быть предусмотрено создание составов судов, специализированных для рассмотрения отдельных категорий дел (дел о несовершеннолетних, семейных и других)»³⁹.

³⁶ Правда, некоторая практическая версия специализации была внедрена в 1922 г.: в соответствии с Положением о судостроительстве РСФСР от 11 ноября 1922 г. предусматривались арбитражные комиссии, особые трудовые сессии народных судов, специальные земельные комиссии. (См.: СУ 1922 г. № 69. Ст. 902.).

Этот опыт, однако, вряд ли может быть принят во внимание, так как не являлся системным, не имел теоретической базы и развитой процессуально-правовой.

³⁷ Юркевич Н.Г. Некоторые вопросы развода в свете социологии // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 44.

³⁸ См.: Там же. С. 43.

³⁹ Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1989. № 23. Ст. 441.

В этом компромиссном решении имелись свои плюсы: избранная альтернатива специализации была дешевле, проще в исполнении, сохраняла нашу традиционную, в отличие от многих других стран, приверженность принципу доступности судебной защиты на основе упрощенной схемы судебной системы, а также предполагала сохранение общей профессиональной квалификации судей – в противовес ограниченности надолго заданной им узкой специализации.

Однако дешевизна и простота решения – это, разумеется, далеко не все, что требуется правозащитной системе. Выигрыш в одном месте может оказаться проигрышем в другом. Дорогой специализированный суд, не сгибаясь под тяжестью бесконечной в своем количестве и разнообразной в своем качестве лавины дел, разрешал бы правовые (в нашем случае – семейные) конфликты быстрее и эффективнее, мог бы в необходимых случаях провести профилактическую работу, уделить внимание каждому человеку, ищущему правосудия. Углубленные знания судей в определенной отрасли юриспруденции, сопряженные с общепрофессиональной подготовкой и специальными знаниями в области социологии, психологии и психиатрии, позволили бы разрешать семейные тяжбы, по возможности, справедливо и менее болезненно.

В принципе практика пошла по пути организации специализированных судебных составов по семейным делам (нередко – трудовым делам), по крайней мере, там, где это было возможно. Сохранилась такая специализация, в очень ограниченных формах, и сейчас. (Особо следует отметить специализацию по делам об установлении усыновления.) Идея же организации специализированных семейных судов так и не была реализована: начался очередной этап «перестройки», затем – «либерализация цен» и тяжелый переход в новую экономическую и политическую эпоху. Стало не до «дорогих» идей. Перефразируем, однако, призыв А. Боровиковского о семейном суде «... пусть же его ищут»: надо искать такие суды за рубежом⁴⁰, обобщать

⁴⁰ Разумеется, не по схеме прямого заимствования. Как верно отмечает А.П. Вершинин, всякая рецепция должна быть основана не на «переписывании» законодательства, а на критическом восприятии идеологии соответствующего института, в т.ч. с учетом существенных различий англо-американской и континентальной правовых систем.

их современный опыт и готовить пока теоретическую, гражданско-процессуальную, семейно-правовую и иную почву для посева соответствующих «семян» в благоприятное время. Некоторые обнадеживающие признаки наступления такого времени появились в конце 1990-х гг. Так, А.М. Нечаева, обобщая стратегические направления развития законодательства в сфере охраны семьи, в качестве одного из ключевых отметила именно организацию в судебной системе России специальных семейных судов⁴¹. Норма ч. 2 ст. 4 ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» устанавливает: «Обязательными являются обеспечение приоритета личного и социального благополучия ребенка, обеспечение специализации правоприменительных процедур (действий) с его участием или в его интересах, учет особенностей возраста и социального положения ребенка».

Активизировалось и обсуждение идеи ювенальной юстиции⁴², что тоже может быть признано приемлемым – при условии широкого понимания защиты прав и интересов несовершеннолетних, чего, как правило, не происходит. Так, О.Н. Ведерникова, подчеркивая актуальность идеи, концентрирует ее на таком предмете судебной деятельности, как правонарушения несовершеннолетних, подразумевая, правда, под ювенальной юстицией не только систему особых судов, но и организационные элементы по профилактической работе⁴³. Предпринимаются также реальные попытки, пока на уровне специализации судей в рамках судов общей юрисдикции, практических контактов органов юстиции с соответствующими государственными и муниципаль-

(См.: Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 1998. С. 44.)

⁴¹ См.: Нечаева А.М. Семья как самостоятельный объект семейно-правовой охраны // Государство и право. 1996. № 12. С. 107.

⁴² См., например: Яровая М.В. Судебные системы современных европейских государств: сравнительно-правовой анализ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 20.

⁴³ Автор опирается, в частности, на опыт англо-американской и континентальной систем, разумеется, в некоей приемлемой для России части. (См.: Ведерникова О.Н. Современные тенденции развития ювенальной юстиции за рубежом // Российская юстиция. 2005. № 3. С. 43–47.)

ными структурами (например, в Ростовской области⁴⁴). Ювенальное право преподается в ряде вузов, и прежде всего системы МВД. При этом содержание курса охватывает все сферы правоотношений с участием несовершеннолетних – от семейно-правовой до уголовно-правовой и процессуальной⁴⁵.

Э.Б. Мельникова отмечает две тенденции: сохранение за судами для несовершеннолетних охранительно-воспитательных задач или изменение существующей системы – вплоть до создания семейных судов (а также функционирование и тех, и других)⁴⁶.

В то же время высказываются и сомнения относительно целесообразности создания специализированных судов: выделение новых судебных подсистем, даже и в рамках системы судов общей юрисдикции ослабляет ее единство, создает трудности при разграничении подсудности, снижает уровень доступности правосудия⁴⁷. Так, В.В. Ярков справедливо подчеркивает, что «самим судам частные трансформации вредны», необходимо в максимальной степени использовать и раскрыть имеющийся потенциал судебной системы, стабильность которой является важнейшим условием ее эффективности и доступности⁴⁸.

Л.В. Туманова также полагает, что в значительной мере проблемы оптимизации разрешения семейных дел, а также дел с участием несовершеннолетних могут быть решены и в рамках специализации судей, без создания новой ветви судебной системы, в том числе их профессиональной ориентации, расширения внесудебных и судебных примирительных процедур, конфиденциаль-

⁴⁴ См.: Воронова Е.Л. Становление правосудия по делам несовершеннолетних – опыт Ростовской области // Российская юстиция. 2005. № 3. С. 48–53.

⁴⁵ См., например: Ювенальное право / Под ред. А. Заряева и В.Д. Малкова. М., 2005.

⁴⁶ См.: Мельникова Э.Б. Указ. соч. С. 101–105.

⁴⁷ См., например: Шадура Д.Н. Гражданская юрисдикция: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 2008. С. 10; Гришина Я.С. Создание специализированных судов: проблемы и недостатки // Цивилист. 2007. № 4. С. 83–84.

⁴⁸ См.: Ярков В.В. Цели судопроизводства и доступ к правосудию // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве: Материалы Всероссийской конференции. М., 2001. С. 81.

ности, усиления гарантий обеспечения прав и интересов ребенка⁴⁹.

Затрудняет продвижение идеи к практическому результату и «конкуренция» действующей мировой юстиции. Подсудность семейных дел судам общей юрисдикции и мировым судам несколько запутана, особенно в части споров о детях,⁵⁰ не говоря о сверхзагруженности мировых судей в городах.

Таким образом, поиск гармонии взаимодействия семейного права и гражданского процесса в российском правовом пространстве осуществляется постоянно и систематически, хотя и не всегда успешно. Впрочем, некоторый неуспех вполне объективен: даже если мы создадим максимально идеальные условия такого взаимодействия, строго «по канону», все равно результат будет не вполне удовлетворителен, ибо процессуальные массовые одежды, как и правовые в целом, всегда отстают в размере и стилистике от развивающегося объекта и среды его обитания. Тем не менее это не должно тормозить процесс динамичного совершенствования гражданского процессуального права. Во-первых, в направлении оптимизации универсальных (общих) норм. Во-вторых, в части систематизации норм, специализированных на семейные дела – по любому из приведенных ранее сценариев. В-третьих, в решении проблемы противоречивости общих и специальных правил. В-четвертых, в деле семейно-правовой судебной специализации (в той или иной форме).

⁴⁹ См.: Туманова Л.В. Некоторые проблемы гражданского судопроизводства с участием несовершеннолетних. С. 87–92

⁵⁰ Подробнее об этом см., например: главу о прекращении брака очерка второго; см. также: Миролюбова О.Г. О подсудности бракоразводных дел // Вестник Поморского университета. Сер. Гуманитарные и социальные науки. 2006. № 4. С. 160–163; Судебная защита семейных прав / Под ред. Н.М. Костровой. С. 33–34.

Очерк седьмой. «Три в одном»

7.1. Правонарушение, конфликт, спор о праве: эссе процессуалиста

Традиционно юриспруденция, хотя и строится изначально на позитивных, регулятивных предписаниях, сосредоточивает свою энергетику на системе правоохранительных «ударов» различной силы и направленности. В известном смысле это подтверждается и «парадоксальностью» социальной, в том числе правовой, нормы как таковой: с одной стороны, нормы информируют людей, организуют и стабилизируют их социальные связи, с другой стороны, всякая норма снабжена санкцией, следовательно, программирована на нарушение в такой же степени, в какой рассчитана на соблюдение¹. «Более того, – отмечает В.Н. Кудрявцев, – сам факт описания в норме прав и обязанностей различных лиц, а также существование особых процессуальных норм, регулирующих порядок защиты права, оспаривания и притязания, склоняет к мысли о «конфликтном» предназначении нормы»². (Исторически данный контекст проявлял себя, как известно, в «первонормах» – табу, или немотивированных запретах.)

При этом нарушение, в том числе правонарушение, как известно, и терминологически, и сущностно является разновидностью отклоняющегося поведения. Последнее с точки зрения своей природы и типологии рядом социологов рассматривается как явление негативное, хотя и обусловленное противоречивостью общественного развития, в котором тесно переплелись трудности становления и продвижения очередной новой социальной системы и деформация экономических, социальных, политических и духовных процессов: новая система возникает из разрушенной, ее развитие неравномерно, адаптация к внешним

¹ См.: Кудрявцев В.Н., Нерсесянц В.С., Кудрявцев Ю.В. Социальные отклонения. М., 1984. С. 93 – 94.

² Там же.

и внутренним условиям существования неполна, случайные события могут играть роль как позитивных, так и негативных факторов³. Соответственно среди многообразия отклоняющегося поведения выделяют прежде всего пьянство (как крайнюю степень его проявления – алкоголизм), наркоманию, бюрократизм, блат, бродяжничество, недобросовестное отношение к труду и своим обязанностям, безответственное – к браку и семье, преступления и т.д.⁴ В широком смысле отклоняющееся поведение, отмечает А.И. Кравченко, или «девиантность», подразумевает любое отклонение от принятых норм – от нарушения пропускного режима в учреждении до преступления, в узком значении – только незначительные проступки, более серьезные видовые нарушения обозначаются терминами «делинквентность» и «преступность». Всякое поведение, продолжает автор, которое вызывает неодобрение (осуждение) общества, суть отклоняющееся: девиантное – не противоправное (не правонарушение), делинквентное – противоправное (правонарушение – не преступление), криминальное (преступление)⁵. Не вполне ясно из суждений А.И. Кравченко другое: всякое ли отклоняющееся поведение должно вызывать общественное неодобрение, то есть социально негативно?

С.С. Фролов, в целом соглашаясь с тем, что социальное отклонение означает поведение индивида (группы), которое не соответствует общепринятым, в том числе правовым, нормам, среди «девиантов» перечисляет, тем не менее, не только преступников, закоренелых грешников, но и отшельников, аскетов, святых, гениев, художников-новаторов. Одни отклонения (обусловленные сверхинтеллектуальностью, одаренностью и т.д.) одобряются обществом конкретного типа, например, современным, другие – осуждаются⁶. Соответственно они играют двойственную, противоречивую роль: представляют угрозу стабильности общества и поддерживают эту стабильность; предсказуемость и добропорядочность поведения обеспечивают эффективное функционирование социальных структур; однако,

³ См., например: Тощенко Ж.Т. Социология. Общий курс. М., 2003. С. 247 – 248.

⁴ Там же. С. 251 – 252.

⁵ См.: Кравченко А.И. Социология. М., 2005. С. 237 – 238.

⁶ См.: Фролов С.С. Социология. М., 1999. С. 98 – 104.

поскольку общество не может быть статичным, отклоняющееся поведение является одним из путей адаптации к изменениям, начал создания новых нормативных образцов. Так, например, продолжает автор, процесс некоторого отделения женщины от семьи в форме устройства на работу (XIX в.) первоначально осуждался обществом, а впоследствии стал признаваться в целом нормальным⁷.

Ю.И. Гревцов справедливо подчеркивает, что «норматив – это всего лишь один из способов идеального отражения реальных и сложных зависимостей и отношений людей в обществе», поэтому вряд ли перспективно интерпретировать отклоняющееся поведение только в свете юридического взгляда о его вредности и нежелательности – оно неоднозначно. Девиантное поведение автор характеризует как действие (бездействие), прочно связанное с условиями жизни (1), границы которого подвижны и чувствительны к тому, насколько реальны и доступны средства достижения конкретной цели (2), заключающиеся в отклонении от норм, устоявшихся ожиданий, ценностей (3) и не имеющее раз и навсегда заданной оценки (4). Считать отклоняющееся поведение, даже такую его форму, как преступление, полагает автор, «нормальной реакцией нормального человека на ненормальные условия может оказаться столь же оправданным, как и ненавидеть идею девиантного поведения (и само такое поведение) всеми чувствами»⁸.

На то, что отдельные виды отклонений (или их частные случаи в конкретной жизненной ситуации) могут не характеризоваться как негативные, имеют определенную социальную полезность, акцентируют внимание и другие ученые⁹. Так, В.Н. Кудрявцев, в своих работах также подчеркивает неравнозначность социальных отклонений и антиобщественного поведения¹⁰. Видимо, это положение максимально приблизилось к аксиоме.

Позитивные «девиации» могут исследоваться как значимые факторы в правотворческой деятельности (в качестве предпосылки зарождения новелл), правореализации (например, разумный

⁷ Фролов С.С. Социология. С. 110–111.

⁸ См.: Гревцов Ю.И. Социология права. СПб., 2001. С. 253–255.

⁹ См., например: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Т. II. Ярославль, 2006. С. 102.

¹⁰ См., например: Кудрявцев В.Н., Нерсисянц В.С., Кудрявцев Ю.В. Социальные отклонения. С. 99.

риск – возможное основание освобождения или смягчения ответственности в сфере предпринимательства), правоприменении (например, первичный судебный прецедент, или «эксклюзивное», новаторское решение в рамках правил толкования и использования возможностей применения аналогии права и/или закона). Наконец, одно из классических понятий цивилистики и гражданского процесса – «спор о праве» – также может обозначать ситуацию, хотя и представляющую собой разногласия сторон о субъективных правах и обязанностях, однако не доведенную до реального, «жесткого» конфликта (вариант «ложного», или «недозрелого», конфликта: сторона готова признать иск, если будет с помощью судебного процесса убеждена в правоте истца, например, по делу об установлении внебрачного отцовства).

Однако, как мы и отмечали в самом начале, значительно большая часть внимания юриспруденции сосредоточена на изобретении и внедрении различных правовых реакций на негативное (преимущественно негативное) отклоняющееся поведение.

Если понятием «социальное отклонение» исчерпывается любое правонарушение и оспаривание (хотя последнее не исчерпывает предыдущего, а первое – двух последующих), то для правонарушения издавна используется термин «деликт» (деликтное поведение, деликтность¹¹). Но необходимо еще и общее обозначение для правонарушения и оспаривания (неправонарушения)¹². Одним из таких родовых понятий может выступать «конфликт» (правовой, юридический – как вид социального).

К этому выводу, первоначально на уровне «эпизодической» (а нередко – сугубо «терминологической») идеи, в 1920-е, 1960-е, 1970-е и 1980-е гг. приходили представители различных областей юридической науки – от трудового права, гражданского (хо-

¹¹ Термин «девиантность», как мы уже отмечали, ему не тождественен.

¹² См.: Тарусина Н.Н. О теоретических предпосылках исследования понятия «спор о праве» // Проблема защиты субъективных гражданских прав и советское гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 59–62; Она же. Конфликт и конфликтность – понятия юрисдикционного процесса // Проблемы понятийного аппарата наук гражданского процессуального права. Ярославль, 1987. С. 106.

зайственного) права, гражданского процесса до теории права¹³, с большой осторожностью сопоставляя понятия «противоречие», «конфликт», «разногласия», «спор» и др. Пик научных разработок о собственно правовом (юридическом) конфликте пришелся на 1990-е гг. – в общей социологии и социологии права¹⁴.

Поскольку в рамках данного очерка преследуется цель пройти по цепочке «отклонение – конфликт – правонарушение – спор», остановимся лишь на тех положениях о юридическом конфликте, которые непосредственно работают на указанный целевой вектор.

Юридический конфликт как любой иной социальный конфликт (не внутриличностный) исследуется одновременно через призму двух взаимодействующих категорий – «противоречие» и «общественное отношение»¹⁵. Противоречие развивается, переходя от состояния гармонии в дисгармонию и далее – в конфликт¹⁶. При гармоничном развитии система (в нашем случае правоотношение) пластична, устойчива, ее изменения позитивны. «Общественная природа конфликтного феномена, – отмечает Л.А. Нечипоренко, – вскрывается посредством вычленения его объективной и субъективной сторон. ...Исходя в конечном счете из объективного противоречия, достигшего предельного состояния, конфликт возникает непосредственно как результат

¹³ См., например: Еремин Ю.Е. О противоречии между производством и потребностями. М., 1968. С. 5; Жеребин В.С. Противоречия при социализме и право. Владимир, 1972. С. 120–121; Боннер А.Т. Арбитраж в СССР. М., 1970. С. 5–6; Зайцев И.М. Сущность хозяйственных споров. Саратов, 1974. С. 7–10, 15–16, 24; Тарусина Н.Н. О теоретических предпосылках исследования понятия «спор о праве». С. 59–64; Она же. Спор о праве семейном в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 6–7.

¹⁴ См., например: Дмитриев А., Кудрявцев В., Кудрявцев С. Введение в общую теорию конфликтов. М., 1993; Фролов С.С. Социология: трудничество и конфликты, М., 1997; Юридическая конфликтология / Под ред. В.Н. Кудрявцева. М., 1995; М., 1997; Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия. М., 1994. И др.

¹⁵ См.: Тарусина Н.Н. О теоретических предпосылках понятия «спор о праве». С. 61.

¹⁶ См., например: Алексеев П.В., Панин А.В. Философия. М., 2003. С. 560.

осознания противоборствующими силами данного противоречия в виде их особенных интересов»¹⁷.

Общественное противоречие (самой различной степени общности) «всегда так или иначе выражает определенное общественное отношение, а значит, касается конкретных субъектов, которые оказываются "включенными" в структуру этого противоречия»¹⁸. А.Н. Чумиков подчеркивает, что одним из концептуальных оснований исследования данного феномена является признание «конфликта динамическим типом социальных взаимоотношений, связанным с потенциально возможным или реальным столкновением субъектов на почве тех или иных противоречиво осознаваемых предпочтений интересов или ценностей»¹⁹.

Данное столкновение, отмечает О.С. Осипова, может активизироваться в различных сочетаниях двух основных видов девиантного поведения – созидательной и деструктивной направленности, важно лишь определить, какой компонент преобладает и в какой мере²⁰.

В терминологических и сущностных рамках теории правоотношений перед нами – регулятивный тип социального (правового) взаимодействия, который может и не перерасти в деструктивное состояние²¹, хотя и характеризуется появлением и обострением взаимоотношений между противоположностями (сторонами правоотношения), преобладанием разнонаправленности, взаимоотрицания. При конфликте это состояние достигает предела (или имеет тенденцию к нему), что ставит под вопрос само существование конкретной системы (взаимодействия

¹⁷ Нечипоренко Л.А. Социальный конфликт как социологическая категория // *Философские науки*. 1977. № 4. С. 36.

¹⁸ См.: Категории социальной диалектики / Харин Ю.А., Рябонь Н.В., Мамыкин И.П. и др. Минск, 1978. С. 142.

¹⁹ Чумиков А.Н. Конфликтология социальных отношений – комплексная научная дисциплина и практическая специализация // *СоцИс*. 1997. № 7. С. 119.

²⁰ Осипова О.С. Девиантное поведение: благо или зло? // *СоцИс*. 1998. № 9. С. 107.

²¹ Философы подчеркивают, что «гармония, чтобы остаться таковой и не обрести черты иного состояния, должна постоянно воспроизводить свои, а не другие предпосылки развития». (См.: Алексеев П.В., Панин А.В. Указ. соч. С. 561.)

субъектов). Эти дисгармоничное и конфликтное состояния – стадии развертывания охранительного типа правоотношения (ситуации, основанной на нарушении либо оспаривании субъективного права или законного интереса одной или обеими сторонами)²².

Начало конфликта, отмечают А.В. Дмитриев и В.Н. Кудрявцев, определяется актами поведения, направленного против другого участника, при условии, что последний осознает эти акты как направленные против него и им противодействует²³. Авторы настаивают на ответных активных действиях другого участника как обязательном условии для констатации конфликта (противоборства сторон), что по смыслу закона и эпизодам юридической практики происходит не всегда: как мы уже отмечали, вторая сторона иногда может занимать и относительно пассивную позицию при очевидном несовпадении интересов (их конфликте), полагаясь при этом на активное содействие суда (например, в бракоразводном процессе – по вопросу о месте проживания ребенка и взыскании алиментов – ст. 24 СК РФ).

В этой связи необходимо заметить, что ряд исследователей сущности юридического конфликта опираются в своих определениях на положения философии о конфликте как предельном состоянии противоборства противоположностей (О.Я. Баев, В.С. Жеребин, Ю.А. Тихомиров и др.). Другие ученые избегают столь жесткой характеристики (Ю.И. Гревцов, В.Н. Кудрявцев, В.Н. Карташов и др.)²⁴. Юридическая практика, отмечает В.Н. Карташов, знает массу примеров из различных сфер жизнедеятельности, опровергающих данное положение, где конфликт возникает не на базе «предельного обострения противоречий», а на основе разного понимания, оценки, толкования проблемы²⁵.

²² Об охранительном правоотношении см., например: Елисейкин П.Ф. О понятии и месте правоохранительных отношений в механизме правового регулирования // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. Ярославль, 1975. С. 5–10. И др.

²³ Юридическая конфликтология. С. 9.

²⁴ Подробнее об этом см.: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. С. 212–213.

²⁵ Там же.

Факт перевеса негатива при характеристике конфликта в суждениях ряда социологов констатируется и А.В. Глухой. В частности, автор не соглашается с утверждением А.В. Викторова о том, что «практической целью конфликтологии является предупреждение конфликтов или их мирное разрешение. Это, по ее мнению, не обнимает всего контекста проблемы, поскольку «конфликт является не только неотъемлемым, но и желанным атрибутом любого социального (в широком смысле) процесса» – предупреждать надо только деструктивные его формы; коль скоро содержание конфликта зависит не только от объективных противоречий, но и от воли людей, избавиться от этого явления невозможно, да и не нужно, так как оно несет в себе «мощный инновационный, мобилизационный» потенциал. Разумеется, сказанное, продолжает автор, справедливо лишь для общественно приемлемых форм конфликта²⁶. Правда, А.В. Дмитриев, уже при анализе функций конфликта, констатирует, как и многие другие социологи, в качестве главной его функции – разрешение противоречий, которая на межличностном уровне проявляется в том числе конструктивно: мобилизует усилия участников по преодолению критических ситуаций, позволяет активно усваивать социальный опыт, способствует формированию антиконформистского поведения и т.д.²⁷

При этом между понятийным аппаратом философии, социологии и юридической конфликтологии нет точного соответствия: в первой системе используются «гармония, дисгармония, конфликт», во второй и третий – «нормальное состояние» (гармония) и «конфликт».

Впрочем, А.В. Дмитриев, В.Н. Кудрявцев и другие авторы полагают, что за рамками конструкции конфликта находятся соревнование, состязание, конкуренция и т.п. явления, которые, правда, могут перерасти в конфликт²⁸. Однако это допущение

²⁶ См.: Глухова А.В. Конфликт: сдача Бреды или конструктивное разрешение? // СоцИс. 2001. № 2. С. 145.

²⁷ См.: Дмитриев А.В. Конфликтология. М., 2000. С. 63. См. также: Запрудский Ю.Г. Социальный конфликт. Ростов н/Д, 1992. С. 96–101.

²⁸ См., например: Дмитриев А.В. Конфликтология. С. 56; Юридическая конфликтология. С. 6.

Этот, скорее, филологический и общесоциальный контекст прослеживается и во многих других работах. См., например: Семено-

на точность терминологии и классификации близких к конфликту взаимодействий с очевидностью не работает, по крайней мере, в контексте классической юриспруденции.

В.Н. Кудрявцев, В.П. Казимирчук подчеркивают, что в юридическом конфликте действия сторон направлены на достижение взаимоисключающих целей²⁹. Это положение, вкупе с тезисом о конфликте как предельном состоянии противоборства интересов, позиций, также не отражает универсальной (всеобщей) характеристики данного явления в его многообразии.

Не отличаются четкостью попытки специалистов в области социологии права различить «конфликт», «правонарушение» и «спор о праве». Так, Ю.И. Гревцов отмечает, что там, где формой столкновения интересов является агрессия (с целью нанесения вреда противной стороне), юридический конфликт суть правонарушение («все правонарушения являются юридическими конфликтами, но далеко не все юридические конфликты есть правонарушения»). Одновременно автором высказывается предположение, что значительная часть юридических конфликтов возникает, развивается и гасится (регулируется) не «выплеском» агрессии, а в форме заявления позиции сторонами, другие же – в форме конфронтации, которая также предполагает определенное сотрудничество сторон³⁰.

Соответственно под юридическим конфликтом автор понимает ситуацию, процесс, где две или более стороны спорят, противостоят друг другу по поводу юридических прав и обязанностей, в частности, по поводу признания, восстановления, нарушения субъективных прав (1); их объема или характера (2); притязания на те или иные права или освобождения от обязанностей (3); их перераспределения (4) и т.д. Сторонами юридического конфликта выступают субъекты права, содержанием – спор о правах и обязанностях, формами разрешения – строго нормативные процедуры, а последствия конфликта всегда юридически значимы³¹.

ва Н.В. Соотношение конфликтов со смежными правовыми явлениями // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Вып. 5. 2001. С. 72–73.

²⁹ См.: Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права. М., 1995. С. 213.

³⁰ См.: Гревцов Ю.И. Социология права. С. 197–198.

³¹ См.: Там же. С. 196.

Очевидно, что конструкции «правонарушение – конфликт» и «конфликт суть противоборство, спор» не составляют устойчивого теоретического единства. Правонарушение, разумеется, является видом негативного социального отклонения. Однако если конфликт суть взаимодействия субъектов с существенно различными интересами, то правонарушение есть «поведение вменяемого физического или юридического лица, нарушающее норму права» (противоправное поведение, деликт)³², «деяние, нарушающее запрет или неисполнение императивной юридической обязанности»³³ и т.п., то есть правонарушение – юридический факт для возникновения правоотношения охранительного типа. Значит, правонарушение, будучи видом социального отклонения, не есть разновидность правового конфликта, поскольку последний – юридическое взаимодействие сторон, или, как отмечает сам же Ю.И. Гревцов, спор о правах и обязанностях сторон.

В.П. Казимирчук и Т.В. Худайкина, не употребляя в качестве родового понятия «спор, спор о праве», по существу близки к означенным позициям: конфликт есть «противоборство сторон с противоречивыми интересами»³⁴. Впрочем, далее авторы выстраивают весьма сложную конструкцию: «конфликтное юридическое отношение – это юридическое отношение между сторонами с противоречивыми (противоположными) интересами», а сам юридический конфликт представляет собой конфликтное юридическое отношение плюс конфликтные действия сторон (противоборство)³⁵. Для возникновения юридического конфликта в его «чистой форме», продолжают авторы, необходимы: юридический факт как предпосылка конфликтной юридической ситуации, например, правонарушение (1); собственно она сама, включающая субъекты и объект (2); зарождение конфликтного юридического отношения – появление субъективной стороны: осознание, восприятие конфликтной ситуа-

³² См.: Общая теория государства и права: Академический курс / Отв. ред. М.Н. Марченко. Т. 3. М., 2001. С. 454.

³³ См.: Малеин Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. М., 1985. С. 49; Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права. (Право). Т. 2. М., 2007. С. 627.

³⁴ См.: Общая теория государства и права: Академический курс / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 3. С. 430.

³⁵ Там же. С. 431.

ции субъектами, осознание своих интересов и осознание другого субъекта как препятствия для удовлетворения своих интересов, формирование правового мотива конфликта (3); инцидент – действие одной из сторон для отстаивания своих интересов как переходный момент к собственно конфликту (4)³⁶.

С точки зрения В.Н. Кудрявцева, при признании конфликта начавшимся требуется, по крайней мере, сумма трех условий: 1) первый участник сознательно и активно действует в ущерб второму; 2) последний осознает, что эти действия направлены на него; и 3) предпринимает активные ответные действия³⁷.

Различия между суждениями указанных авторов сводятся, как видим, к последней характеристике: первые довольствуются «инцидентом» одной стороны, второй – настаивает на взаимодействии инцидентов. Действительно, реакция необходима – иначе конфликт «повиснет в воздухе», однако, как мы уже отмечали, ответное действие отнюдь не всегда может и должно быть активным.

Кроме того, даже сводя основной юридический факт для возникновения конфликта к правонарушению, мы отнюдь не всегда получаем феномен активных действий первого субъекта в ущерб второму. Это не всегда так даже в правоотношениях публично-правового порядка, где разнообразие форм и нюансов форм субъективной стороны достаточно велико. Тем более такое сомнение справедливо для сферы цивилистики. Так, поведение конкретного субъекта договорного обязательства, в отличие от внедоговорных (деликтных) обязательств, должно сопоставляться с обстоятельствами дела, в том числе с характером лежащих на нем обязанностей, условиями оборота и с вытекающими из них требованиями заботливости и осмотрительности, которые следует проявлять разумному и добросовестному его участнику³⁸. Столь же (если не более) проблематично приложить рассматриваемую конструкцию «активных действий» ко многим конкретным проявлениям семейно-правовой конфликтности (спорам о разводе, месте проживания

³⁶ Общая теория государства и права: Академический курс / Под ред. М.Н. Марченко. Т. 3. С. 439–440.

³⁷ См.: Юридическая конфликтология. С. 9.

³⁸ См., например: Гражданское право. В 4-х т. Т. I / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2004. С. 609.

общего ребенка при раздельном проживании родителей, установлении внебрачного отцовства и т.д.).

В.Н. Кудрявцев отождествляет юридический конфликт со спором, который непосредственно связан с правовыми отношениями (таковы, например, все трудовые, многие семейные, а также межгосударственные и т.п. конфликты)³⁹.

Поскольку уголовно-правовые конфликты в перечислении отсутствуют, возникает два вопроса: 1) является ли «спор» родовым понятием правового конфликта вообще и 2) когда возникает и в чем состоит уголовно-правовой конфликт (спор?), где его место в цепочке: «преступление, уголовное правоотношение, уголовно-процессуальное правоотношение»? Впрочем, второй вопрос, в рамках темы и особенно гражданско-процессуальной и семейно-правовой специализации автора, является скорее риторическим, хотя и не лишённым основания, притом не только семантического свойства.

На этом трудности «общетеоретического самоопределения» процессуалиста не заканчиваются. Так, В.Н. Карташов, рассматривая юридический конфликт в качестве разновидности юридической деятельности⁴⁰, соответственно определяет его как взаимоотношения участников, которые «выражаются в столкновении, объективно-субъективном их противоборстве, связанном с социально-психологической напряженностью и наступлением определенных социальных и юридических последствий»⁴¹. Далее, выявляя типологию участников этой деятельности, автор причисляет к ним и компетентных «арбитров», в частности, суды, представительные, правоохранительные и т.п. органы, которые призваны «разобраться в сущности конфликтной ситуации, разрешить ее»⁴².

Однако если конфликтная юридическая деятельность состоит в противоборстве сторон, то суды ее участником быть не могут – как стоящие «над схваткой»⁴³. Это касается и других

³⁹ В.Н. Кудрявцев, В.П. Казимирчук. Современная социология права. С. 216.

⁴⁰ См.: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Т. II. С. 209.

⁴¹ Там же. С. 220.

⁴² Там же. С. 230.

⁴³ Это принципиальное положение науки гражданского процессуального права (и, смею надеяться, права уголовно-процессуального),

перечисленных субъектов – в случае выполнения ими «арбитражно-юрисдикционных» функций, например, при разрешении органом опеки и попечительства спора родителей об имени ребенка или методах и формах его воспитания и т.п.

Подведем предварительные итоги. Юридический конфликт как вид социального отклонения имеет двойственную природу, может быть заряжен позитивной и негативной энергией. Он проявляется при развитии противоречия из гармонии в дисгармонию интересов и позиций сторон (вплоть до предельного их обострения), занимая в системе правовых отношений одну их «ниш» связей, взаимодействий охранительного типа.

Правонарушение есть предпосылка юридического конфликта, а не самый конфликт – и при том не единственная, так как разногласия, несовпадение правовых позиций (в том числе ложное, мнимое или же без активных ответных «ударов» второй стороны, довольствующейся пассивным сопротивлением в вяло текущем конфликте) могут возникать и из правомерного поведения участников. Особенно это очевидно для явлений конфликтности в сфере цивилистики.

Понятия «противоборство», «спор о праве» употребляются авторами при обозначении сущности правового конфликта, скорее, в рамках семантических изысканий, с нередким игнорированием того обстоятельства, что спор о праве есть классическая конструкция цивилистики, хотя и осуществляющая последние годы активную экспансию в публично-правовые сферы юридической практики – вплоть до сделок в уголовном праве и процессе и спора о праве административном как предмете административной юстиции. Условность, относительность терминологии

несмотря на соображения ряда процессуалистов о конститутивности судебного решения по преобразовательному иску (См.: Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 31–42.) или связанности преобразовательным притязанием истца не с ответчиком, а с судом, ибо только последний вправе прекратить правоотношение, например, расторгнуть брак. Даже и в этом случае суд решает не в собственном деле, а в деле сторон, не выступая «судьей в отношении самого себя». (См.: Крашенинников Е.А. Еще раз о преобразовательных исках // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2000. С. 64–66.) Сомнения по этому поводу см., например: Тарусина Н.Н. Брак по российскому семейному праву. С. 203–204.

гических обозначений все же должна иметь пределы и подчиняться определенным правилам.

Обратимся, наконец, в собственное пространство спора о праве. Если отправить в «запасник» (разумеется, временно) все юридико-специальные различия в суждениях процессуалистов о данной конструкции и, напротив, выявить момент общности между ними, то получим следующий результат: через какое бы родовое понятие ни определялся спор о праве (состояние субъективного права, помехи к его осуществлению, разногласия, конфликт и т.д.), суть его сводится в конечном счете к определенному виду общественного отношения в состоянии дисгармонии интересов и проявленных на их основе правовых позиций сторон. То есть, очевидно, что, во-первых, формула «спор о праве – противоречие» есть вариант общего положения «противоречия в правовой сфере – правовые отношения». Во-вторых, спор о праве связан с правоотношением в состоянии конфликта, то есть юридическим конфликтным отношением, или охранительным материальным правоотношением (по некоторым версиям – тождествен ему). В-третьих, существо спора как специфического конфликта предопределяет соответствующие процедуры его решения, отличные от процедур иного назначения.

В науке гражданского процессуального права наиболее активно и плодотворно сущность спора о праве исследовалась в 70-е и 80-е гг. XX в. – при том преимущественно в четырех направлениях⁴⁴.

Первое (С.В. Курyleв, Н.А. Чечина и др.) сводится к следующему: понятием спора о праве охватываются различного рода сопротивления, помехи осуществлению права и само правоотношение, пришедшее в состояние спорности вследствие перечисленных обстоятельств (спор о праве в объективном смысле).

⁴⁴ Подробный анализ взглядов по данному вопросу см.: Бутнев В.В. Спор о праве – организационно-охранительное отношение // Проблема защиты субъективных гражданских прав и гражданское судопроизводство. Ярославль, 1981. С. 43–48; Елисейкин П.Ф. Процессуальное понимание спора о праве и его критика // Там же. С. 3–24; Тарусина Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 32–38. См. также: Шокина М.С. Понятие спора о праве // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2004. С. 60–70.

Слабая сторона данной точки зрения заключается в том, что возникновение спора о праве есть следствие лишь одной причины. В то время как их, по крайней мере, две: нарушение или оспаривание права и осознание, субъективная оценка сторонами (сторонами) самого факта сложившейся конфликтной ситуации.

Процессуально-правовая концепция спора о праве (или спора о праве в субъективном смысле) концентрируется на признании его разногласиями сторон, приобретающими, как правило, юридическое значение в момент обращения в орган разрешения спора (М.А. Гурвич, А.Н. Кожухарь, М.Д. Матиевский, Д.М. Чечот и др.). Авторы совершенно справедливо обращали и обращают внимание на субъективную сторону конфликта-спора, однако явно преувеличивают, абсолютизируют ее значение. Кроме того, при таком взгляде на явление спора исчезает его допроцессуальное существование (самоурегулирование разногласий, в том числе через претензионную процедуру – там, где она законом предусмотрена).

Спор о праве, подчеркивал П.Ф. Елисейкин (третье направление), есть особое общественное отношение, охранительное по своей природе, причиной рождения которого является правонарушение либо оспаривание (состояние неопределенности регулятивного правоотношения), а весьма частым следствием – юрисдикционный (гражданский) процесс⁴⁵.

Исследуя правоохранительную сущность спора о праве, В.В. Бутнев (четвертое направление) предлагает для него самостоятельную нишу: 1) спор не тождествен охранительному материальному правоотношению, так как оно возникает в момент правонарушения и не зависит от субъективного отношения к данному юридическому факту его сторон; в содержание последнего входят право на защиту и обязанность претерпеть меры юридического воздействия; 2) спор рождается в момент выявления разногласий сторон, например, предъявления претензий и возражений на них в той или иной форме; 3) содержание спора о праве составляют права и обязанности сторон сформулировать, обосновать и доказать свои требования и возражения. Таким образом, по мнению автора, спор о праве – надстройка

⁴⁵ См., например: Елисейкин П.Ф. Спор о праве как общественное отношение // Вопросы эффективности судебной защиты субъективных прав. Свердловск, 1978. С. 117 – 120.

над охранительным материальным правоотношением, «организуемая» его реализацию, то есть организационно-охранительное (локальное) правоотношение⁴⁶, или своеобразное «организованное противоборство».

Такое понимание спора о праве, во-первых, довольно точно вскрывает механизм защиты, систему развертывания юридических взаимодействий от гармонии до дисгармонии, конфликта. Во-вторых, как бы преодолевает разрыв между представлением о споре в логике, социальной психологии, социологии, с одной стороны, и юриспруденции – с другой: жесткая констатация взаимосвязи каждой стороны спора только с судом и отсутствие некой организационной связи между заинтересованными лицами, то есть нарушителем (оспорителем) и потерпевшим, – построение чрезмерно искусственное и формализованное.

Нетрудно заметить определенные параллели в рассуждениях о юридическом конфликте и споре о праве: их базу (основание) составляет конфликтное юридическое отношение – охранительное материальное правоотношение, возникшее из правонарушения или иных действий, препятствующих нормальной реализации субъективного права или законного интереса (конфликтной ситуации). Собственно и конфликт, и спор о праве «материализуются», когда стороны начинают в той или иной мере взаимодействовать друг с другом, организовано противоборствовать.

Напомним, что в этом вопросе часть исследователей юридического конфликта и/или спора о праве соединяют указанную базу как объективную сторону с осознанием сторонами противоречивости интересов и проявлением его вовне, то есть с субъективной стороной.

Тонкость и соответственно слабое место в понимании спора как «организованного противоборства» состоит в том, что правовая организация разногласий напрямую осуществляется далеко не всегда: претензионные процедуры их урегулирования предусмотрены лишь для субъектов хозяйственного оборота⁴⁷,

⁴⁶ См.: Бутнев В.В. Указ. соч. С. 48–49; Он же. Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 6–10; Он же. Спор о праве и гражданское судопроизводство // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Вып. 5. Ярославль, 2001. С. 84–87.

⁴⁷ Примеры нормативного порядка см.: Шокина М.С. Указ. соч. С. 70.

частично – ряда трудовых дел, не предусмотрены для семейных дел и многих других.

Разумеется, и в последнем случае «намек» на юридическую значимость разногласий есть (например, факт уклонения супруга от реализации договоренности о расторжении брака в административном порядке – п. 2 ст. 21 СК РФ или назначение судом срока для примирения супругов – п. 2 ст. 22 СК РФ). Интересуют суд (или должны, как правило, интересоваться) и взаимоотношения сторон спора по саморазрешению конфликта (попыткам саморегулирования, достижения консенсуса разности позиций). С этим связано и явление мировых соглашений, а там, где оно в силу различных причин не допускается, – примирения (по тем же делам о расторжении брака). Однако все это лишь «эпизоды» законодательства и нет никакой уверенности, что приведенные теоретические «изыски» о споре как «организованном противоборстве», «организованных разногласиях» будут когда-либо им востребованы в широкоохватном формально-юридическом аспекте, что, впрочем, не исключает возможности дальнейшего исследования нашего объекта под указанным углом зрения.

Гораздо сложнее применить эти положения к современному, весьма широкому с точки зрения отраслевого охвата представлению о правовом споре. Еще в 70-е гг. XX в., в пору очередной актуализации дискуссии об административной юстиции, Д.М. Чечот, А.Т. Боннер и другие процессуалисты⁴⁸ отмечали, что «равнопоставленность» субъектов спора проистекает не только из юридического равенства цивилистических правоотношений, но и из технологии как бы искусственного выравнивания с помощью юрисдикционных процедур, то есть указывали на возможность спора о праве административном, например, в рамках гражданского судопроизводства.

В настоящее время, когда даже договор давно уже «нарушил границы» цивилистики⁴⁹, вопрос о применимости конструкции спора к публичным правоотношениям, «попавшим» в сферу судебной юрисдикции представляется в целом решенным положи-

⁴⁸ См., например: Чечот Д.М. Административная юстиция. Л., 1973. С. 27–56; Боннер А.Т. Квиткин В.Т. Судебный контроль в области государственного управления. М., 1973. С. 18–19.

⁴⁹ Подробнее об этом см., например: Лушников А.М., Лушников М.В., Тарусина Н.Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. С. 8–33. См. также очерк четвертый книги.

тельно⁵⁰. При этом очевидно, что в отличие от цивилистики, здесь возможно именно и только юрисдикционное «выравнивание» субъектов спора – за пределами охранительного процесса никакие «организованные разногласия» сторон не разрешаются (кроме заявления: «с постановлением, протоколом не согласен»).

Открытым, однако, остается вопрос о допустимости конструкции спора в уголовном судопроизводстве. С одной стороны, во-первых, терминологически, как мы уже отмечали, к этому подошел В.Н. Кудрявцев, отождествив конфликт со спором (противоборством). Во-вторых, вектор развития российского уголовного процесса ориентирован на расширение диспозитивных начал, включая и такую пока еще «экзотическую» форму регуляции уголовно-правового конфликта, как сделка (прежде всего примирение по делам частного обвинения – ч. 2 ст. 20 УПК, а главное – «мировое соглашение» в рамках ст. 76 УК РФ и ст. 25 УПК РФ)⁵¹. С другой стороны, регуляция отношений сторон по типу «мирового соглашения» под контролем суда и допущения в уголовном процессе конструкции спора, осуществляется пока крайне осторожно, что, впрочем, вполне объяснимо.

Таким образом, перспективными направлениями исследования каждой из конструкций, обозначенных в названии очерка, а также их взаимодействия, полагаем: 1) сопоставление границ между «правонарушением» и «оспариванием» как юридических фактов различных правовых конфликтов (споров); 2) уточнение фактического и правового содержания противоборства позиций сторон как сущности и правового конфликта в целом и спора о праве в частности; 3) выявление тех видов кон-

⁵⁰ См., например: Туманова Л.В. Защита публично-правовых интересов в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2002. С. 13–14; Зеленцов А.Б. Административно-правовой спор // Правоведение. 2000. № 1. С. 72–73. И др.

⁵¹ Как известно, в англосаксонском уголовном процессе понятия «процессуальный спор», «сделка о признании» – понятия классического типа. (См., например: Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. С. 179–180.)

В современном российском уголовном праве и процессе те или иные вариации «мировых соглашений», а значит, и «локальных взаимодействий» подсудимого и потерпевшего стали и объектом частичного правового регулирования, и объектом внимательного исследования. (См.: Головки Л.В. Указ. соч. С. 483–489.)

фликтных (охранительных) правоотношений самой разной отраслевой принадлежности, в том числе публично-правовой сферы, которые нуждаются в «юридически организованном противоборстве» («организованных разногласиях») – по условному типу локальных организационных охранительных правоотношений, классическим образцом которых является часть споров о праве гражданском; 4) сопоставление общего и особенного правовых конфликтов публично-правового и частного-правового типов, спора о праве гражданском (трудовом, семейном и т.п.), административном и др.; 5) прояснение природы и сферы распространения «уголовно-процессуального» спора и диспозитивных способов его разрешения, определения места первого и второго среди сущностно близких явлений, в том числе гражданско-правовых, административно-правовых и гражданско-процессуальных.

7.2. О семейно-правовых презумпциях

Правовые презумпции, как показывает тысячелетняя юридическая практика, есть эlegantное по форме и эффективное по существу изобретение юриспруденции, впрочем, опиравшееся изначально, при рождении института, и базирующееся в настоящее время, при его совершенствовании, на каноны теории познания.

К исследованию понятия правовой презумпции, а следовательно, выявлению ее существенных признаков имеют прикосновение многие известные ученые-юристы – В.К. Бабаев, В.И. Каминская, Л.Л. Кругликов, С.В. Курылев, В.А. Ойгензихт, М.С. Строгович, М.К. Треушников, Я.Л. Штутин⁵² и другие.

⁵² См., например: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974; Каминская В.И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М.; Л., 1948; Курылев С.В. Основы теории доказательств в советском правосудии. Минск, 1969; Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Презумпции в уголовном праве. Ярославль, 2000; Ойгензихт В.А. Понятие гражданско-правовых презумпций // Советское государство и право. 1975. № 10. С. 26 и след.; Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М., 1947; Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1997; Штутин Я.Л. Предмет доказывания в советском гражданском процессе. М., 1963. И др.

Не вдаваясь в подробности ее «жизнеписания», кои изложены в трудах указанных авторов, констатируем лишь вполне аксиоматичные характеристики. Во-первых, выдвижение предположения (собственно презумпции) опирается на объективно существующую всеобщую связь предметов и явлений; во-вторых, на наличие конкретизированной связи в форме закономерности между установленным фактом и фактом предполагаемым⁵³.

Наблюдая те или иные явления в сходных (не тождественных, так как известно, что «в одну и ту же реку войти нельзя») условиях, определяя их существенно близкие признаки и причины этой близости, мы постоянно выстраиваем допущения о том, что при наличии подобных же условий произойдет примерно такой же казус.

Поскольку презумпции выражают типичный порядок вещей и явлений, «классику бытия», постольку имеются объективные основания принять их за истину без специального доказывания. Однако, коль скоро возможно и нетипичное развертывание ситуации, презумпции опровержимы.

В гражданско-процессуальной науке ученые делают акцент на процессуальном ее предназначении, не исключая, впрочем, и материально-правового (или же вовсе самостоятельного существования материально-правовых презумпций). Соответственно выстраивается и специальная дефиниция: презумпция есть закрепленное специальной процессуальной нормой предположения о наличии либо отсутствии юридически значимого обстоятельства, перераспределяющее доказательственные обязанности участников процесса⁵⁴.

Правовые презумпции обладают триединой спецификой: во-первых, они отражают типичный порядок связей между яв-

См. также: Сериков Ю.А. Процессуальные функции правовых презумпций в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005; Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М., 2004; Нахова Е.А. Роль презумпций и функций в распределении обязанностей по доказыванию. Саратов, 2006. И др.

⁵³ См.: Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Указ. соч. С. 9–10.

⁵⁴ См.: Баулин О.В. Доказательственные презумпции: понятие, признаки, виды // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. № 2. 2002 – 2003 / Под ред. В.В. Яркова. СПб., 2004. С. 126.

лениями только в области, охватываемой правом; во-вторых, их использование обусловлено целями правового регулирования; в-третьих, как технологические приемы и «как бы истины» они прямо или косвенно закреплены в нормах права или правоприменительном (преимущественно судебном) прецеденте.

Таким образом, правовая презумпция есть закрепленное в законодательстве различной отраслевой принадлежности предположение о наличии факта, основанное на закономерности связи между фактом презюмируемым и фактом существующим, подтвержденное юридической практикой и влекущее правовые последствия⁵⁵.

Правовая презумпция как фиксированное в нормах права или актах правоприменения предположение о существовании одних юридических фактов при наличии других, влекущих правовые последствия⁵⁶, отличается от иных предположений, в частности гипотез и версий (как особых правовых гипотез), а также преюдиций, косвенных доказательств и аксиом.

Гипотеза (в общем, широком смысле, а не как элемент структуры правовой нормы) также есть предположение, однако существенно иного рода. Она является сугубо исследовательским приемом и при своем подтверждении превращается в теорию и даже аксиому, а при опровержении прекращает существование. Гипотеза, как правило, «выдвигается, – уточняют Л.Л. Кругликов и Ю.Г. Зуев, – чтобы получить качественно новые знания, отличающиеся определенной степенью новизны и "эвристичности". Создание презумпций таких целей не преследует»⁵⁷.

Соответственно опровергнутая гипотеза прекращает вовсе существование. Презумпции же опровержимость присуща по определению, неподтверждение ее в конкретном случае лишь выводит данное отношение из-под ее действия; кроме того, как мы уже отмечали, презумпция – прием, закрепленный в праве.

От **правовых версий** правовые презумпции отличаются, разумеется, предыдущими характеристиками и, кроме того, ря-

⁵⁵ См.: Бабаев В.К. Указ. соч. С. 12; Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Указ. соч. С. 41.

⁵⁶ См., например: Качур Н.Ф. Презумпции и фикции в механизме семейно-правового регулирования // Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования. Томск, 1991. С. 117.

⁵⁷ Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Указ. соч. С. 23.

дом дополнительных: версии имманентны исследованию обстоятельств правонарушения или объективно-противоправного деяния, презумпции же действуют не только в охранительной, но и регулятивной сфере; в основание версий кладутся не только обобщения «обычного порядка», как это происходит при формировании (рождении) презумпций, но и нетипичные обстоятельства, – иначе данный вид не выполнит свою конкретно-ситуационную функцию.

Некоторое сходство, как известно, существует между презумпцией и преюдицией. **Преюдициальность** (предрешенность) факта означает взаимную обязательность приговоров (по вопросам виновности и факта) и решений суда (по поводу установленных событий и деяний)⁵⁸.

Преюдициально установленные факты не доказываются, т.е. исключаются из предмета доказывания, по иной причине, нежели презумпции: первые с истинностью установлены судебным решением или приговором. Преюдиция факта имеет объективные и субъективные пределы: первые фиксируют, что предрешено, вторые – на кого и при каком условии распространяется предрешение (а именно на заинтересованных лиц, участвовавших в процессе)⁵⁹.

Сравнительный анализ презумпций и преюдиций позволяет заметить их сходство по нескольким линиям: во-первых, они не доказываются, во-вторых, имеют юридическое значение, в-третьих, основаны на «обычном порядке вещей» (истинность судебного акта есть своего рода частный случай такого «порядка»). В этом смысле преюдиция строится на базе презумпции истинности судебного постановления. Преюдициально установленные факты – это презюмируемые факты, прошедшие стадию проверки⁶⁰.

Традиционно преюдиции сравнивают с фикциями. В отличие от первых, которые нормативно закрепляют обычный, типичный порядок отношений, **правовые фикции** формируются, «изобретаются» самим законодателем. Соответственно содер-

⁵⁸ См.: Юдельсон К.С. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., 1951. С. 221–222.

⁵⁹ См.: Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1997. С. 25; Шутин Я.Л. Предмет доказывания в гражданском процессе. М., 1963. С. 156.

⁶⁰ См.: Бабаев В.К. Указ. соч. С. 36–37.

жание первых по вероятности (часто – очень высокой степени) истинно, а вторых не может быть истинным по определению⁶¹. В этом смысле фикция есть «узаконенная ложь». Г.Ф. Дорминтонов характеризовал ее как «прием, употребляемый в объективном праве и в юриспруденции и состоящий в признании существующим несуществующего и обратно»⁶². В.И. Каминская подчеркивает, что фикция есть «искусственно созданный, надуманный, сознательно изобретенный» законодательный прием, «плод коллективного воображения»⁶³.

В.К. Бабаев, подводя итог несколько «романтическим» высказываниям в адрес данной необычной правовой конструкции, определяет правовую фикцию как «применяемый в праве технико-юридический прием, которым несуществующее положение (отношение) объявляется существующим и приобретает обязательный характер в силу закрепления его в правовой норме»⁶⁴.

Таким образом, в отличие от презумпции, которая опровержима по определению, фикция есть «абсолютная истина мира условностей».

Потребность в ней рождена формальной определенностью права, где нельзя, как в известном грузинском анекдоте, на вопрос, сколько будет дважды два, ответить «так ... пять, шесть, семь, восемь...». Рождена в связи с необходимостью дать ответы на вопросы, в которых, в отличие от приведенного анекдота, действительно заложены лишь условные решения: какой день считать днем смерти лица, объявленного судом умершим? Именно ли с 18 лет лицо начинает полностью отдавать отчет своим действиям и руководить ими? Куда послать повестку лицу, место жительства которого неизвестно?.. И т.д.

Таким образом, фикция – особый регулятор (сорегулятор) отношений, в определенных случаях они являются единствен-

⁶¹ См.: Бабаев В.К. Указ. соч. С. 32–33.

⁶² Цит. по: Бабаев В.К. Указ. соч. С. 25–26.

⁶³ Цит. по: Там же. С. 25–26.

⁶⁴ Бабаев В.К. Указ. соч. С. 28.

Е.А. Джазоян отмечает: презумпции – явления индуктивного характера (имеющие в своей основе индукцию или моделирование), фикции – результат дедукций (имеющие в своей основе абстракцию отождествления или практическую идеализацию). (См.: Джазоян Е.А. Категория фикции в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 17.)

ным возможным и оптимальным средством организации нормативного материала и обеспечения его результативного воздействия на общественные отношения⁶⁵. В этом смысле нельзя согласиться с тем, что это прием чрезвычайный, исключительный и редко встречающийся⁶⁶. Напротив, право изобилует условиями.

Обратимся к примерам из области семейного законодательства, не ставя, впрочем, перед собой задачу исчерпать их.

Институт брака. Наибольший интерес вызывает положение *о моменте прекращения брака при разводе*: с одной стороны, суд выносит решение о расторжении брака, установив, что «дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи невозможны» (п. 1 ст. 22 СК РФ), с другой – брак прекращается со дня вступления решения суда в законную силу (п. 1 ст. 25 СК РФ). Совершенно очевидно, что суд, установив факт «смерти брака» (и возможно, давней «смерти»), действует в рамках изобретенной законодателем фикции.

Институт родительства. Классической фикцией является так называемая *фиктивная запись об отцовстве внебрачного ребенка*: при отсутствии совместного заявления родителей или решения суда фамилия отца записывается по фамилии матери, имя и отчество ребенка – по ее указанию (п. 3 ст. 51 СК РФ). Данная фикция введена в оборот КоБС 1969 г.: вместо печально с 1944 года известного прочерка в графе «отец» законодатель предпочел «благу ложь».

К числу фикций, выполняющих не только задачу необходимой формализации казуса, но и исключительно гуманные функции, относятся также *фиктивные конструкции института усыновления*: если усыновитель женщина, по ее просьбе отчество ребенка записывается по имени лица, указанного ею в качестве отца ребенка (п. 2 ст. 134 СК РФ); при усыновлении ребенка лицом, не состоящим в браке, по его просьбе фамилия, имя и отчество его матери (отца) записываются по указанию усыновителя (п. 3 ст. 134 СК РФ); для обеспечения тайны усыновления могут быть изменены дата и место рождения усыновленного ребенка (п. 1 ст. 135 СК РФ); по просьбе усыновителей

⁶⁵ См.: Качур Н.Ф. Презумпции и фикции в механизме семейно-правового регулирования. С. 118.

⁶⁶ Там же.

суд может принять решение о записи усыновителей в качестве родителей (п. 1 ст. 136 СК РФ); усыновленные дети и их потомство и усыновители и их родственники приравниваются к родственникам по происхождению (п. 1 ст. 137 СК РФ), а при соблюдении тайны усыновления, и по сути и по форме, становятся ими. Совершенно примечательным по качеству своей условности является дефиниция ребенка (кстати, новелла для российского семейного законодательства): «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)» (п. 1 ст. 54 СК РФ)... Соответственно, если оное лицо вступило в брак (разумеется, с соблюдением процедуры снижения брачного возраста), оно перестает быть ребенком.

Таким образом, из приведенных примеров видно, что фикции воистину выполняют роль своеобразного сорегулятора, наряду с не столь неординарными технологиями, общественных, в частности семейных, отношений, достигая совместно с этими другими технологиями не только цели формальной определенности правовых предписаний, но и нередко выполняя и социально-нравственные задачи.

Некоторое внешнее сходство наблюдается между презумпциями и **косвенными доказательствами**. Доказательствами являются «фактические данные (сведения), обладающие свойством относимости, способные прямо или косвенно подтвердить имеющие значение для правильного разрешения судебного дела факты, выраженные в предусмотренной законом форме (средствах доказывания), полученные и исследованные в строго установленном процессуальном порядке»⁶⁷. Деление доказательств на прямые и косвенные основано на том, утверждает М.К. Треушников, дает ли доказательство возможность достигнуть вполне определенного вывода о существовании либо несуществовании искомого факта либо нескольких вероятных выводов⁶⁸.

С.В. Курылев, сравнивая эти два вида доказательств, указывает на однозначность связи с искомым фактом прямого доказательства и многозначность связей косвенного⁶⁹. Подчеркивая

⁶⁷ См.: Треушников М.К. Указ. соч. С. 75.

⁶⁸ См.: Там же. С. 108.

⁶⁹ См., например: Курылев С.В. Основы теории доказательств в советском правосудии. Минск, 1969. С. 139 и след.

вероятность вывода, полученного с помощью того или другого доказательства, Ю.К. Осипов отмечает, что «... из одного прямого доказательства может быть сделан достоверный вывод о существовании доказываемого факта, из одного же косвенного доказательства может быть сделан лишь предположительный вывод о нем»⁷⁰.

Таким образом, некое внешнее сходство между презумпцией и косвенным доказательством есть. И там и там речь идет не об аксиомах, а о вероятностях и предположениях, о технологиях, способствующих вынесению правильного судебного решения.

Это внешнее сходство приводило и приводит к смешению или значительной интерференции объемов этих понятий. Так, известный процессуалист начала XX в. А.Х. Гольмстен писал, что косвенное констатирование (доказывание через косвенные доказательства) возможно путем констатирования и других обосновывающих фактов. «Между несколькими фактами, – продолжал автор, – может быть связь такого рода, что бытие одного указывает на бытие другого; благодаря ей, если будет констатирован, любым из способов, один из фактов, можно с верностью или несомненностью заключить, что наступил, следовательно, констатирован, само собою и другой факт... Например, если свидетель подтвердит, что истец с мешком вошел в лавку ответчика и вернулся без мешка, то с верностью можно заключить, что ответчик принял мешок; если ответчик признал, что купил вещь, то предполагается, до доказательства от противного, что деньги не уплачены, но если он признал, что купил на рынке товар, то с вероятностью можно заключить, что деньги им были уплачены. Подобное вероятное заключение от факта констатированного к факту сомнительному называется предположением. Вероятность эта иногда выводится законом, то есть предписывается из данного факта, если он констатирован, выводит бытие другого факта»⁷¹.

Или, например, в обзоре судебной практики по делам об установлении отцовства Верховный Суд РСФСР отметил: «Неко-

⁷⁰ Осипов Ю.К. Косвенные доказательства в советском гражданском процессе: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Свердловск, 1954. С. 4–5.

⁷¹ Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб., 1907. С. 184.

торым судам не ясен вопрос, является ли признание ответчиком своего отцовства в судебном заседании достоверным доказательством, или для его установления требуются еще другие доказательства»⁷². Дело в том, что норма ст. 48 КоБС РСФСР 1969 г., перечисляя обстоятельства, которые необходимо учитывать суду, смешивает «в одну кучу» презумпцию отцовства в фактическом браке с доказательственными фактами косвенного или прямого типа (участие в воспитании или содержании ребенка, признание отцовства). Отсюда и затруднения. (Впрочем, более подробно о презумптивном существе данной нормы см. далее.)

Аналогичное смешение мы наблюдаем и в других случаях, особенно когда речь идет именно о взаимодействии фактических презумпций и косвенных доказательств. Так, И.П. Коржаков, анализируя особенности доказывания и судебного признания в бракоразводном процессе, пишет: «... решающую роль в судебном признании имеют фактические презумпции типа "пьяница – плохой муж", "неверная жена – плохая жена" и т.п., с помощью которых суд устанавливает предположительное прекращение фактических брачных отношений в настоящем»⁷³.

Если считать презумпциями любые предположения, отмечает О.В. Баулин, то можно дойти до парадокса, то есть одновременного действия взаимоисключающих «презумпций», а также до квалификации в качестве таковой общеизвестных фактов, которые определяются некоторыми как фактические презумпции очень высокой степени вероятности⁷⁴.

Однако, как справедливо замечает В.К. Бабаев, в отличие от сравнительного анализа сходств и различий предыдущих конструкций, последнюю, т.е. косвенное доказательство, включать в эту «обойму» вообще нецелесообразно, так как признак предположительности для косвенных доказательств имеет принципиально иное значение: он присущ лишь самой связи косвенного доказательства с искомым фактом, входящим в предмет доказывания. В презумпциях же проверяются сами предполагаемые факты, здесь доказывается не достоверность

⁷² Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1973. № 6. С. 7.

⁷³ Коржаков И.П. Доказывание по делам о расторжении брака // Российская юстиция. 1997. № 10. С. 47.

⁷⁴ М.: Баулин О.В. Доказательственные презумпции... С. 115–116.

связи между презюмируемым фактом и фактами, послужившими основанием для выведения презюмируемого факта (истинность этой связи подтверждена многолетней, если не тысячелетней общественной практикой), а достоверность самих фактов, если в этом возникает необходимость⁷⁵.

С аксиомами презумпции роднит прежде всего применение их в познавательной деятельности без доказательств. Недаром толкование аксиомы как слова, в переносном значении, сводится к формуле: «положение, принимаемое без доказательств»⁷⁶. Однако в логике и философии различие аксиомы и презумпции становится очевидным даже при предварительных подходах к определению первой: «Аксиома – истинное суждение (предложение), которое в рамках замкнутой теории принимается без доказательства в качестве исходного положения и которое кладется в основу доказательства всех других положений этой теории»⁷⁷; вопрос об истинности этих положений решается в рамках других научных теорий либо посредством интерпретации данной теории⁷⁸.

А.А. Ференс-Сороцкий подчеркивает, что под аксиомами следует понимать такие правовые положения, которые в результате проверки многовековой общественной практикой стали непреложными истинами («нет судьбы без истца», «суд должен знать закон» и т.п.)⁷⁹.

Л.Л. Кругликов и Ю.Г. Зуев, сравнивая исследуемые понятия, отмечают несколько принципиальных различий. Во-первых, не совпадают основания, по которым мы отказываемся от доказывания аксиоматичного и презюмируемого положения: первое не подлежит сомнению в силу его очевидности, второе – в силу высокой степени вероятности. Во-вторых, условно допустимо говорить о неопровержимости аксиомы и о безусловной возможности опровержения презумпции в конкретном слу-

⁷⁵ См.: Бабаев В.К. Указ. соч. С. 39–40.

⁷⁶ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1987. С. 22.

⁷⁷ См.: Кондаков Н.И. Логический словарь. М., 1974. С. 15.

⁷⁸ См.: Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 16.

⁷⁹ См.: Ференс-Сороцкий А.А. Аксиомы и принципы гражданского процессуального права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1989. С. 12 – 13; Он же. Аксиомы гражданского процесса и некоторые вопросы доказывания // Тенденции развития гражданского процессуального права России. СПб., 2008. С. 256–257.

чае⁸⁰. В-третьих, в отличие от аксиомы, «в каждой презумпции заложено противоречие между ее действительно вероятностным содержанием и категоричностью формы выражения, требующей применять это правило так, как будто оно является абсолютно истинным и общим»⁸¹.

Последнее утверждение, впрочем, на наш взгляд, не совсем точно отражает существо правового значения и правовых последствий действия презумпции: поскольку субъекту дается право оспорить соответствующую презумпцию, постольку она является относительно истинной и, будучи общей нормой, допускает специальные случаи иного рода.

Сравнение презумпции с аксиомой выводит на «сцену» и проблему так называемых **неопровержимых презумпций**.

Так, вопреки как бы всеобщему согласию ученых-юристов о существовании правовой презумпции как предположения высокой степени вероятности, оно согласие разрушается допущением рядом из них классификации указанного явления на два вида – презумпции опровержимые и неопровержимые⁸².

Существование первых очевидно для всех, ибо фактическая оспоримость общего вероятностного (хотя и высокой степени) в конкретной, редкой или нередкой ситуации есть аксиома.

Ко вторым, по мнению В.К. Бабаева, относятся презумпции, опровержение которых не допускается законом⁸³: например, предположение о способности совершать ограниченный круг гражданско-правовых актов с 14 лет, о дееспособности в полном объеме – с 18 лет и т.п.

А.Х. Гольмстен и Е.А. Нефедьев также допускали такую форму бытия предположения (состояние неопровержимости). Так, Е.А. Нефедьев писал: «По той силе, которая придается предположениям, они делятся на условные и безусловные, неопровержимые. Предположения первого рода могут быть оспариваемыми, а предположения второго рода оспариваемыми быть не могут, например, совершение долгового документа но-

⁸⁰ См.: Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Указ. соч. С. 27 – 29.

⁸¹ См.: Там же. С. 30.

⁸² Подробный анализ точек зрения см., например: Бабаев В.К. Указ. соч. С. 46-47; Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Указ. соч. С. 63-70; Сериков Ю.А. Классификация презумпций в науке гражданского процессуального права // Российский ежегодник ... С. 133 – 135.

⁸³ См.: Бабаев В.К. Указ. соч. С. 46.

тариальным порядком (явочным), исключает возможность доказывать его безденежностью»⁸⁴. А.Х. Гольмстен отмечал, что среди законных предположений есть непроверяемые (например, из факта заключения займа, констатированного крепостным заемным письмом, всегда выводится получение займодавцем денег от заемщика – доказывать безденежность такого письма не дозволяется) и есть опровержимые. Классическим образцом последней автор демонстрирует нам презумпцию отцовства: «например, из констатированного факта рождения ребенка женою данного лица выводится, что лицо это есть отец ребенка, но этот вывод может быть опровергнут доказательством того факта, что муж находился в разлуке с женой в момент зачатия ребенка»⁸⁵.

Представляется, однако, что нормативные умозаключения, не обладающие юридическим свойством опровержимости, которым, кстати, несть числа из-за весьма условной точности и всеобщности отражения в нормах права жизненных реалий, являются либо фикциями, либо какими-то другими характеристиками (конструкциями, технологиями), которым в юриспруденции еще не найдено терминологического обозначения⁸⁶. Когда имеется как бы всеобщая (на уровне данного государства) договоренность о возрастах того или иного вида юридической ответственности, дееспособности, о знании гражданами закона и т.д. и т.п. и в юридическом смысле ее условность, относительность, сомнительность не обсуждается, – перед нами не правовые презумпции. В принципе все право можно было бы назвать системой правил, построенных на аксиомах, презумпциях, фикциях и допущениях, сходных с фикциями, где презумпция играет специфическую роль оптимизации и упрощения регулирования отношений материально-правовой сферы и распределения обязанностей по доказыванию в сфере процессуальной. Как верно отмечает Е.Б. Тарбогаева, там, где юридическая возможность опровержения «исключена, нет необходимости говорить о предположении, ибо неоспоримость не только противна логи-

⁸⁴ Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1900. С. 180.

⁸⁵ Гольмстен А.Х. Указ. соч. С. 184.

⁸⁶ Пока их можно именовать конструкциями «без названия» (или «временно непоименованными конструкциями».)

ческой природе любого предположения, но и лишает законное предположение значения»⁸⁷.

При этом естественно, что опровержимость реализуется путем юрисдикционного (как правило, судебного) оспаривания, а природа и значение презумпции – двойственны: наряду с упрощениями и послаблениями в материально-правовой сфере они влияют на процессуальное познание и доказывание, в последнем случае перераспределяя обязанности заинтересованных лиц по доказыванию, возлагая бремя доказывания на одного из них.

По сфере своего действия правовые презумпции могут быть общеправовыми, межотраслевыми, отраслевыми, институциональными. Впрочем, первые и вторые, работая в конкретной области, неизбежно приобретают соответствующий отраслевой колорит.

Максимально широкой по объему является общеправовая «**презумпция**» знания закона⁸⁸, которая формулируется как бы методом от противного: никто не может отговариваться незнанием закона, незнание закона не освобождает от ответственности.

Она же занимает и совершенно особое место в системе презумпций. Во-первых, даже с учетом уточнения, что предположение о знании закона подразумевает лишь осведомленность общего характера о его существовании, принципах, основных положениях⁸⁹, заложенная в нем степень вероятности, как правило, достаточно низка. В этом смысле данная презумпция являет со-

⁸⁷ См.: Тарбогаева Е.Б. Роль законных презумпций в процессе судебного доказывания и познания // Правоведение. 1982. № 3. С. 56.

И.В. Решетникова также высказывает категорическое суждение об опровержимости в российском праве всех презумпций. (См.: Решетникова И.В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. М., 2000. С. 163.)

Нетрудно заметить, что на свойстве опровержимости настаивают именно многие процессуалисты.

На опровержимость указывают и другие авторы (А.Т. Боннер, И.О. Иоффе, В.А. Ойгензихт, М.Д. Шаргородский, К.С. Юдельсон и др.).

Подробнее об авторах pro и contra см.: Сериков Ю.А. Указ. соч. С. 133–135.

⁸⁸ Как мы видим далее, данная конструкция скорее тяготеет, вместе с «непоименованными презумпциями», к конструкциям «без названия».

⁸⁹ См., например: Строгович М.С. Указ. соч. С. 207.

бой как бы «правовой миф» или «искусственную конструкцию», близкую к правовой фикции (подробно о последней и ее отличии от презумпции – позже). Чем многообразнее общественная жизнь, тем больше массив и сложнее содержание законодательства, тем меньше шансов даже профессиональному юристу понять, знать хотя бы «дух» каждого закона...

Однако и отказ от данной конструкции невозможен, так как иначе незнание закона могло бы стать распространенным и вполне надежным основанием освобождения от всякой ответственности или иного претерпевания правовых последствий, что привело бы к разрушению механизма правового регулирования.

В отрясах, общие начала которых строятся на основе взаимодействия обычаев, норм морали, данная «презумпция» более или менее реальна. Таковы уголовное право, частично – гражданское (в классической своей части) и семейное право. Так, например, положения ст. 1 СК РФ о государственной защите семьи, родительства, детства, взаимопомощи и поддержке членов семьи, признании только зарегистрированного брака, равенстве прав супругов, разрешении семейных конфликтов на основе взаимного согласия, приоритете семейного воспитания детей и т.п. – для граждан достаточно очевидны, а вместе с ними вполне очевидны и их конкретные правовые воплощения: общность имущества в браке, обязанность родителей надлежащим образом воспитывать детей и заботиться об их благосостоянии, алиментирование членов семьи и т.д., наступление ответственности или применение иных мер за неисполнение обязанности или злоупотребление соответствующим правом.

Опровержение данной «презумпции» не ведет к классическим последствиям всякого опровергнутого предположения⁹⁰ – оно лишь влияет, причем в отдельных случаях, на степень жесткости применения санкции ситуационной нормы, например, вместо лишения родительских прав могут применить их огра-

⁹⁰ В последнее время, в связи с финансовым кризисом, стали появляться предложения об освобождении от ответственности (или существенном умалении ее меры) граждан по банковским кредитным договорам, содержание которых нередко представляется несколько запутанным.

Если таким случаям придадут юридическое значение, то они станут реальной частной презумпцией знания закона, которая в соответствии с каноном может быть опровергнута.

ничение, сократить период действия алиментной обязанности и т.д.

Второй общеправовой **презумпцией** является **предположение истинности (действительности) нормативных и правоприменительных актов**. Отсутствие таковой, как и первой, сделало бы вообще невозможным правовое регулирование общественных отношений.

Начало презумпции в известной формуле «закон суров, но это закон». Разумеется, при распространении правового нигилизма, внутренней противоречивости законодательства, неясности его содержания и многих других грехах современной правовой системы данная презумпция часто носит мифический, виртуальный характер, однако опровергается она только строго определенными способами – «жалобой по начальству» и судебным контролем.

Впрочем, как и первая, данная «презумпция», на наш взгляд, относится к исследуемому классу весьма условно, признается не всеми. Так, О.В. Баулин полагает, что в данном случае, как и в некоторых других подобных, имеет место «наличный юридический факт», то есть, например, вступившее в законную силу судебное решение⁹¹.

Третья общеправовая **презумпция** – **предположение о добропорядочности**⁹², или добросовестности, субъекта права. В отличие от уголовно-правовой сферы, где она «царствует» в знаменитой роли «презумпции невиновности», в цивилистике ей приходится конкурировать с презумпцией вины правонарушителя. В гражданском праве, отмечает О.С. Иоффе, где стороны равны и автономны, иное (то есть презумпция невиновности) могло бы привести к тому, что «потерпевший вынужден был бы доказывать обстоятельства, доказать которые он, как правило, не в состоянии, тогда как причинитель был бы освобожден даже от доказывания таких обстоятельств, которые, как правило, только ему и могут быть известны»⁹³.

В семейном праве в этом вопросе наблюдается качественный и количественный компромисс. Предположение о добросо-

⁹¹ См.: Баулин О.В. Указ. соч. С. 116–117.

⁹² См., например: Бабаев В.К. Указ. соч. С. 86–92.

⁹³ См.: Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л., 1955. С. 136.

вестности действует в брачном правоотношении (в том числе при прекращении брака), правоотношениях общей совместной собственности супругов (например, при пользовании и распоряжении общим имуществом), правоотношениях между родителями и детьми и других правоотношениях смежного типа. В форме «презумпции невиновности» она применяется при разрешении споров об ответственности или применении иных принудительных мер к родителям и лицам, их замещающим (дела о лишении или ограничении родительских прав, отмене усыновления, опеки, расторжении договора о приемном родительстве и т.п.).

Презумпция вины проявляет себя при признании брака недействительным (например, для применения исключений из двусторонней реституции требуется доказать добросовестность супруга-претендента на таковые «льготные исключения»), в ряде случаев – при пересмотре судебного решения об усыновлении по вновь открывшимся обстоятельствам (например, по основанию порока воли при даче матерью согласия на усыновление ее ребенка – в ситуации тяжелых жизненных обстоятельств) и в других случаях.

Межотраслевые правовые презумпции, в отличие, например, от процессуальных отраслей, играют в семейно-правовой сфере незначительную роль. К ним относятся: презумпции, регулирующие имущественные отношения супругов (общие для гражданского и семейного права – в связи с взаимодействием по типу «общее – частное» института общей собственности ГК РФ и общей совместной собственности супругов СК РФ), презумпция вины неисполнившего обязательство (общие для той же пары отраслей – в связи с гражданско-правовым генотипом имущественных семейно-правовых институтов и субсидиарным применением гражданского законодательства к семейным отношениям – там, где это не противоречит их существу).

Впрочем, как всякие межотраслевые конструкции, они, как правило, настолько специфично преломляются в конкретике семейно-правовых ситуаций, особенно брачного типа, что по праву занимают нишу в системе собственно семейно-правовых презумпций.

По сложившейся традиции роль этих предположений многопланова: они являются сорегуляторами, наряду с другими технологиями, нормально развивающихся (регулятивных) се-

мейных отношений, отношений конфликтного типа (охранительных), а также отношений организационных (процессуальных). При этом, как неоднократно отмечалось цивилистами, широкое использование презумпций в семейном праве обусловлено тем, что «общественным отношениям, опосредствованным этими нормами права, органически присущи элементы предположительности, не позволяющие достоверно установить некоторые юридические факты, например, факт кровного происхождения одного лица от другого»⁹⁴.

Если следовать логике структуры СК РФ, то «увертюру в презумптивном спектакле» играют презумпции имущественного типа. Первая их них – **презумпция общности имущества, нажитого в браке** (п. 1 ст. 34 СК РФ). Она проистекает из существования брачного правоотношения, в котором супруги составляют семейный союз, естественно-природное единство и благоприобретенную социальную общность («муж и жена – одна сатана»). Хотя данная презумпция не охватывает всех исторических типов права, она достаточно «пожила» и широко распространена. В России законный режим общности супружеского имущества существует с 1926 г. (КЗоБСО РСФСР). Отсутствие презумпции общности брачного имущества в Кодексе законов РСФСР об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г., как мы уже отмечали ранее, объяснялось его «освободительным» для женщины характером: принцип раздельности имущества как бы подчеркивал самостоятельность женщины, ее независимость от мужа, провозглашал «нечто противоположное тому, что действовало в праве буржуазных государств, где установление режима общности супружеского имущества сопровождалось обычно предоставлением мужу, как главе семьи, приоритета в управлении и распоряжении общим имуществом»⁹⁵.

Впрочем, далеко не все женщины имели возможность или были способны к столь резкой эмансипации своей семейной

⁹⁴ Данилин В.И., Реутов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989. С. 24.

Следует заметить, что пример, как наиболее яркий, приведен авторами на момент, когда «генетическая» экспертиза еще не была внедрена.

⁹⁵ См.: Свердлов Г.М. Советское семейное право. М., 1958. С. 158–169.

роли, а потому кажущееся «благо имущественного освобождения», как правило, давало противоположный эффект, то есть не защищало очень многих жен от пресса зависимости⁹⁶. Да и существо реальных (а не революционно-романтических) функций женщины в браке и семье требовало иных правовых подходов.

Уже в 1922 г. появляются судебные прецеденты о признании общности супружеского имущества. В определении Высшего судебного контроля НКЮ РСФСР 1922 г. содержалось, например, следующее указание: «Совместная продолжительная супружеская жизнь создает неизбежно такое положение, что целый ряд предметов домашнего обихода приобретает в результате совместного труда, причем обычно муж работает на стороне, добывая средства к существованию семьи, а жена несет труд дома, внутри семьи, по обслуживанию мужа, детей и пр., и этот труд должен, несомненно, считаться трудом производительным, создающим право на участие в результатах этого труда, то есть в общем домашнем благосостоянии»⁹⁷.

Презумпция общности супружеского имущества далее последовательно фиксировалась в кодексах 1926, 1968 и 1995 гг. Брачный договор, которым данная презумпция для конкретного казуса может быть отвергнута, принципиально подходов не меняет. (Ценность брачного договора не в том, что каждая супружеская пара вступает в него, а в том, что каждая супружеская пара имеет возможность урегулировать свои имущественные отношения таким способом). Кстати, договорный режим отнюдь не с очевидностью предпочитает отказ от общности – возможны варианты союза презумпции и конкретных частных исключений из нее или же вовсе общность имущества как главное содержание договора с перечнем «добрачных и детских вещей» и уточнением правил формирования и расходования семейного бюджета.

Итак, какие роли исполняет рассматриваемая презумпция? Во-первых, семейно-правовую роль: имущество, нажитое в браке предполагается общим совместным; исключить некий имущественный объект из данного режима можно только в силу прямого указания закона, брачного договора или иной сдел-

⁹⁶ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 65–66.

⁹⁷ Цит. по: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 169.

ки между супругами. Во-вторых, как всякая правовая презумпция, она предопределяет бремя доказывания в судебных спорах о разделе имущества супругов: под ее покровительством находится лицо, требующее отнесения имущества, приобретенного в период брака, к категории общего, – оно вполне может ограничиться так называемым «голым утверждением» факта, напротив, лицо, требующее исключить данный имущественный объект (объекты) из общности, должно доказать правомерность своей претензии; разумеется, при недоказанности факта решение выносится в пользу первого супруга, «отдыхающего в благодатной тени» презумпции общности.

Существо брачного союза (по крайней мере, в контексте, понимаемом российским законодателем) ведет не только к совместной собственности супругов на имущество, приобретаемое во время брака, но и ко второму законному предположению, являющемуся логичным следствием первого, – **презумпции согласия при распоряжении общим имущественным объектом**. (Подчеркнем еще раз, что это вытекает прежде всего именно из существа брака (ст. 1 СК РФ) и лишь во вторую очередь диктуется целесообразной организацией гражданского оборота)⁹⁸.

Правило п. 2 ст. 35 СК РФ конструирует данную презумпцию следующим образом: «При совершении одним из супругов сделки по распоряжению общим имуществом супругов предполагается, что он действует с согласия другого супруга». В отличие от позиции прежнего семейного закона, настоящий предусматривает исключения: для совершения сделки по распоряжению недвижимостью и сделки, требующей нотариального удостоверения и/или государственной регистрации, необходимо получить нотариально удостоверенное согласие другого супруга (п. 3 ст. 35 СК РФ).

Разумеется, злоупотребления возможны в отношении любых имущественных объектов, однако законодатель, обеспечивая дополнительную защиту наиболее значимых из них, придерживается разумного компромисса между предположением о

⁹⁸ Именно на последней причине существования данной презумпции настаивает ряд авторов. См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 156; Ершова Н.М. Вопросы семьи в гражданском праве. М., 1977. С. 86.

благополучии и мире в супружеском союзе и предположением о возможности конфликта в нем.

Норма п. 3 ст. 35 СК РФ не является абсолютно «новым словом» в российском законодательстве. Ей предшествовали, в частности, правила п. 47 – 48 Инструкции о порядке совершения нотариальных действий в РСФСР (утвержденной приказом министра юстиции РСФСР в 1987 г.): удостоверение договоров об отчуждении жилого дома (части дома) или квартиры ЖСК, приобретенных после регистрации брака, осуществлялось при наличии письменного согласия другого супруга.

Буквальное толкование нормы п. 3 ст. 35 СК РФ требует еще одного уточнения: исключение из презумпции согласия распространяется не только на отчуждение, но и на приобретение соответствующего имущества⁹⁹.

Презумпция согласия взаимодействует с презумпцией добросовестности контрагента (третьего лица) и «опровергается через ее опровержение»: сделка может быть оспорена вторым супругом только в случае, если доказано, что приобретатель по сделке знал или заведомо должен был знать о несогласии этого супруга на ее совершение (п. 3 ст. 35 СК РФ).

Так, если муж во время отпуска жены продает соседке по лестничной площадке швейную машинку, а той известно и об отсутствии его «дражайшей половины» и о том, что она данной машинкой дорожит, недобросовестность контрагента вполне доказуема, презумпция опровержима, сделка имеет реальный шанс быть признанной судом недействительной.

Институт родительства также представлен несколькими презумпциями. Первой среди таковых является классическая **презумпция отцовства в браке**, известная еще римскому праву, наиболее четко сформулированная в ГК Франции 1804 г., действовавшая в российском законодательстве до 1917 г. («Если зачатие и рождение произошли в браке, то предполагается, что отцом ребенка является муж его матери»)¹⁰⁰ и после 1917 г.

В СК РФ ее конструкция многопланова, хотя формула п. 2 ст. 48 достаточно проста: «Если ребенок родился от лиц, со-

⁹⁹ Подробнее об этом см., например: Чефранова Е.А. Имущественные отношения в российской семье. М., 1997. С. 27–28.

¹⁰⁰ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 629.

стоящих в браке между собой, а также в течение трехсот дней с момента расторжения брака, признания его недействительным или с момента смерти супруга матери, отцом ребенка признается супруг (бывший супруг) матери, если не доказано иное... »

При этом новелла п. 3 ст. 48 СК РФ, позволявшая матери заявить, что отцом ребенка является не ее супруг, и тем самым своим волеизъявлением, а не судебным решением, опровергнуть презумпцию, уже отменена – то есть восстановлена классическая технология оспаривания законного предположения (и вместе с ним – и юридического факта) через судебный процесс¹⁰¹.

Первое практическое действие данной презумпции состоит в упрощении процедуры регистрации рождения: по заявлению любого из них на основании соответствующей справки медицинского учреждения (или иного допустимого документа – п. 1 ст. 48 СК РФ) и свидетельства о браке. Второе – в осуществлении одной записи о рождении, несмотря на возражения отца-мужа матери или самой матери ребенка. Третье – процессуальное: в возложении бремени доказывания факта отцовства другого мужчины (или в ограничительном варианте предмета доказывания – отсутствие связи по происхождению с мужем) на истца при пассивной позиции ответчицы (или ответчиков, если отцовство оспаривается лицом, считающим себя фактическим отцом ребенка – п. 1 ст. 52 СК РФ). Четвертое – в своеобразном растяжении презумпции во времени и пространстве: 300 дней после смерти мужа, расторжения брака или признания его недействительным. Причем данный срок не аксиоматичен: КоБС РСФСР, например, устанавливал срок в 10 месяцев, а «старороссийское» законодательство – 306 дней¹⁰².

Вторая презумпция, характеризующая статус родителей, заключается в их **преимущественном праве на воспитание** своих детей перед всеми другими лицами. Несмотря на то что

¹⁰¹ В очерке о родительстве и детстве мы уже отмечали, что с отменой п. 3 ст. 48 согласны далеко не все, так как в ряде случаев (нахождение мужа в местах лишения свободы, его безвестное отсутствие и т.п.) это создает дополнительные формальные препятствия для записи реального (биологического) отца в очевидных случаях и не отвечает интересам ребенка. (См., например: Талипова Т.А. Презумпция отцовства: что нужно изменить? // Цивилист. 2008. № 1. С. 114–115.

¹⁰² Подробнее см.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 631.

данное положение признавалось в качестве законного предположения и ранее¹⁰³, приведенная его конструкция закреплена лишь в последнем семейном законе (ч. 3 п. 1 ст. 63 СК РФ). В КоБС РСФСР оно далеко не в столь отточенной и очевидной форме было «вмонтировано» в механизм норм ст. 58 о защите родительских прав (в СК РФ – ст. 68).

Смысл презумпции заключается в том, что при прочих равных условиях спор между родителями и третьими лицами о возврате ребенка будет решен в пользу первых.

Дети оказываются на воспитании у других лиц (как правило, родственников) нередко по причинам, от родителей непосредственно не зависящих или вполне извинительных: длительная командировка, безвестное отсутствие, смерть матери, которой после расторжения брака ребенок был оставлен судом и т.п. Эти лица нередко создают детям нормальные условия жизни и прекрасно их воспитывают. Однако презумпция преимущественного права родителей на воспитание своего ребенка «играет на поле» отца и/или матери. Это правильно и с формально-юридической точки зрения, так как преимущество прямо закреплено в законе, и с социально-нравственной, ибо родительство, как правило, есть ценность для общества и благо для ребенка. Соответственно опровергнута презумпция может быть только посредством доказанности того, что передача ребенка родителям от третьих лиц с очевидностью противоречит его интересам¹⁰⁴.

Наряду с законными, в семейно-правовой сфере, как и всюду, куда проникает практическая юриспруденция, определенное значение имеют фактические презумпции¹⁰⁵, часть из которых

¹⁰³ См., например: Иванова С.А. Судебные споры о праве на воспитание детей. М., 1974. С. 30; Нечаева А.М. Споры о детях. М., 1989. С. 56; Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 55; Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 318–321. И др.

¹⁰⁴ Подробно о вариантах судебных решений, подтверждающих или опровергающих данную презумпцию, см.: Иванова С.А. Указ. соч. С. 31–35.

¹⁰⁵ В.А. Ойгензихт называл презумпциями не любые, а только правовые предположения. (См.: Ойгензихт В.А. Презумпции в советском гражданском праве. Душанбе, 1976. С. 9.)

воздействуют на правоприменение, в какой-то мере определяя судьбу спора.

К числу таковых прежде всего относится **презумпция отцовства в фактическом браке**. Как мы уже отмечали, существо фактического брачного союза сводится к длительному устойчивому совместному проживанию мужчины и женщины в семейной общности, то есть реальные семейные отношения характеризуют фактический брак по определению. В этом смысле последний «больше» брак, нежели брак зарегистрированный, для которого совместное проживание не является неперенным условием действительности. Кроме того, в реальной плоскости вещей эти явления вполне сопоставимы, и уже поэтому при рассмотрении дел об установлении отцовства суд неизбежно исходит из указанного предположения. Тому есть и дополнительное подтверждение: норма ст. 48 КоБС РСФСР, как известно, предписывала суду при рассмотрении иска принимать во внимание факт совместного проживания и ведения общего хозяйства матерью ребенка и ответчиком в период, совпадающий с временем зачатия этого ребенка.

Практика применения данной нормы, по сути, в основном сводилась к поиску обстоятельств, исключающих отцовство при доказанности факта фактического брака (или состояния, близкого к последнему, например, факта проживания «как бы семьей» в течение месяца и более), то есть к опровержению презумпции отцовства.

Хотя норма ст. 48 КоБС РСФСР предусматривала и иные основания удовлетворения иска (участие ответчика в содержании и/или воспитании ребенка, признание своего отцовства), на практике они такого значения не имели, почти не встречались, а главное – не были убедительны для суда¹⁰⁶.

«Презумпция – сугубо правовое явление, – отмечает О.В. Баулин, – в обычной же жизни мы имеем дело не с презумпциями, а с обобщениями жизненного опыта, предположениями, основанными на наблюдениях». (Баулин О.В. Указ. соч. С. 114.)

Истинно так, однако в правоприменении, особенно при рассмотрении семейных дел во внимание принимаются не только (а иногда – не столько) факты права.

¹⁰⁶ Подробно о роли фактов совместного проживания и ведения общего хозяйства истицей и ответчиком см., например: Матерова М.В. Судебное рассмотрение дел об установлении отцовства. М.,

Правила ст. 49 СК РФ не предусматривают перечня «подсказок» суду при рассмотрении данной категории дел, что, безусловно, правильно. Однако практика по-прежнему ориентирована в основном на установление обстоятельств ст. 48 КоБС РСФСР, ибо они продиктованы жизненным опытом: совместное проживание и ведение общего хозяйства матерью ребенка и ответчиком свидетельствует о фактических семейных отношениях, да и доказывается с наибольшей степенью достоверности¹⁰⁷.

Значительно больше сомнений и споров вызывает так называемая **фактическая презумпция преимущественного права матери** на оставление у нее малолетнего ребенка – при рассмотрении дел о месте его проживания. С одной стороны, в большинстве случаев именно так и происходит: маленькие дети нуждаются в материнском уходе (регулярном кормлении, соблюдении чистоты, постоянном надзоре, а это именно и составляет, как правило, обязанности женщины)¹⁰⁸.

В этой связи некоторые юристы предлагали закрепить ее в ранге законной презумпции¹⁰⁹. (Кстати, в известном американском фильме «Кramer против Крамера» блестяще продемонстрировано действие прецедентной презумпции преимущественного права матери на передачу ей малолетнего ребенка: в ситуации, когда мать, уехав в другой штат в «поисках самой себя», на несколько месяцев без всякого предупреждения оставила сына с отцом).

Однако, разумеется, этого не произошло в прежние времена и не произойдет теперь. Презумпция не только противоречила бы принципу равенства прав родителей, но в настоящее время уже не отвечала бы современным тенденциям построения семейных отношений, претензиям отцов на возрастание их роли в воспитании детей (впрочем, далеко не всегда обоснованными).

1972. С. 73 и след. (В частности, из 100 дел данные факты явились основанием удовлетворения исков в 68% случаев, по 8% дел решения принимались на основании признания ответчиком своего отцовства; в 24% случаев оценивались другие обстоятельства, из них в 100% в исках отказывалось.)

¹⁰⁷ См.: Постановление Верховного Суда РФ от 25.10.96.

¹⁰⁸ См.: Нечаева А.М. Споры о детях. С. 22.

¹⁰⁹ См., например: Соколовская Ю.С. Споры о детях по советскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 1950. С. 14.

Так или иначе, на уровне факта презумпция преимущественного права матери на оставление у нее малолетнего ребенка при ее раздельном проживании с отцом этого ребенка имеет место быть. Если же учесть женский фактор в судебском корпусе, с одной стороны, и эмансипированный женский фактор в общественной и политической жизни – с другой, то судьба указанного преимущества пока вполне прогнозируема.

На формирование законодательных и/или правоприменительных решений влияют и другие фактические презумпции (например: предположение о преимуществе воспитания гражданина РФ в российской семье, нежели иностранной и т.п.), однако мы ограничимся теми из них, которые относятся к широко известным и вполне исчерпательно могут продемонстрировать нам существо проблемы.

Следует заметить, что в цивилистике наблюдается тенденция придания тем или иным правовым технологиям качества презумпции или даже просто ее имени (наряду со случаями, обозначенными нами ранее).

Так, предельно широко разбрасывает презумптивные «сети» О.Ю. Ильина, в которые отнюдь не всегда попадают, на наш взгляд, только лишь презумпции.

Например, автор обозначает в этом качестве правило о равенстве имущественных интересов супругов. Видимо, в качестве способа ее «опровержения» квалифицируется право супругов изменить это правило брачным договором. Добавим от себя: и, видимо, правом суда отойти от равенства долей. Представляется очевидным, что перед нами обычные диспозитивные нормы, которые не играют специфических ролей законных предположений и прежде всего ролей гражданско-процессуальных о перераспределении обязанностей по доказыванию. Да, сторона может просить суд об отступлении принципа равенства и приводить соответствующие доказательства к такому справедливому решению, но это будет не опровержением факта, а обычным осуществлением права.

Весьма размыто содержание такого предположения, как «презумпция наличия у членов семьи интереса как у участни-

ков семейных правоотношений»¹¹⁰. Аналогичную характеристику можно было бы дать и «презумпции приоритета интересов ребенка», «презумпции интересов ребенка в деятельности органов опеки и попечительства»¹¹¹. Перед нами – правила публичного порядка, а не предположения, которые могут быть опровергнуты.

В то же время три взаимосвязанные семейно-правовые конструкции: «презумпция единства интересов ребенка и интересов семьи в целом», «презумпция единства интересов родителей» (по отношению к ребенку) и «презумпция единства интересов родителей и интересов ребенка» – нуждаются в дополнительном осмыслении.

Предположение становится законным, если в той или иной формулировке существует соответствующая прямая его констатация в правовой норме. Из смысла семейного закона, в частности, нормы ст. 57 СК РФ о праве ребенка выражать свое мнение, а также нормы ст. 65 об осуществлении родительских прав такого заведомого единства его интересов, интересов семьи и интересов родителей не следует. Не следует этого и из реального бытия семьи.

В перечисленной триаде только идея единства интересов родителей имеет, на наш взгляд, определенные семейно-правовые основания, так как норма п. 1 ст. 61 и все нормы ст. 63, 64, п. 1 ст. 68 СК РФ презюмируют как бы «одно родительское лицо». Это положение может быть опровергнуто двумя способами – через ответственность или претерпевание иных мер воздействия (лишение, ограничение родительских прав и др.), а также появление разногласий при раздельном проживании.

Таким образом, законные презумпции¹¹² играют весьма специфичную и вполне определенную, притом, как правило, всегда двойственную (материально-правовую и процессуальную), роль

¹¹⁰ См.: Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007. С. 73–74.

¹¹¹ См.: Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 53.

¹¹² Так называемые «активные презумпции», например презумпция преимущественного права матери на оставление у нее малолетнего ребенка и т.п., не относятся к сфере права – они принадлежат обычаю, морали и другим социальным явлениям. См. об этом: Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 131.

в сфере охраны и защиты субъективных семейных прав и интересов. Часть из них традиционно присутствует в образе завершенной исчерпательной формулы, что предпочтительней для процесса толкования нормативного предписания. Часть же законных предположений содержательно «размыта», существует лишь в обобщенном, систематизированном образе. Это с необходимостью выстраивает задачу сближения результата правоприменительного толкования существа такой презумпции с ее нормативным содержанием и правовой оболочкой.

7.3. О юридических фактах в семейном праве: классика и неоклассика жанра

Проблема юридических фактов давно, основательно, с хорошей дискуссией исследована в теории права, а из отраслевых наук – прежде всего в гражданском праве¹¹³.

Не обошли ее вниманием и представители семейно-правовой науки, или цивилистики в целом (в части указанной подпроблемы), – Е.М. Ворожейкин, В.А. Рясенцев, А.М. Нечаева, М.В. Антокольская, В.И. Данилин, С.И. Реутов, А.П. Сергеев и др.¹¹⁴

¹¹³ См., например: Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955; Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1.; Иоффе О.С. Правоотношения по советскому гражданскому праву. Л., 1949; Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. М., 1984; Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве // Категории науки гражданского права. Избранные труды. Т. 2. М., 2005; Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л., 1959; Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974; Ярков В.В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Екатеринбург. 1992. И др.

В связи с очевидной спецификой юридических фактов уголовно-правовой сферы, а также интересами автора за ее пределами мы не даем библиографии и анализа соответствующих взглядов ученых данной области юридической науки.

¹¹⁴ См., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 71–84; Рясенцев В.А. Юридические факты в семейном праве СССР // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 47–53; Он же. Юридические поступки в советском семейном праве // Основы законодательства Союза ССР и

Из достаточно очевидных положений обеих областей исследования (общей и особенной, собственно семейно-правовой) юридическим семейно-правовым фактам можно приписать следующее. Во-первых, наряду с правопорождающими, правоизменяющими и правопрекращающими, имеют место быть своеобразные правосстанавливающие факты, которые, с точки зрения Е.М. Ворожейкина, имеют большее распространение в семейно-правовой сфере, нежели в иной цивилистике¹¹⁵: восстановление в родительских правах, отмена усыновления, отмена ограничения родительских прав.

Во-вторых, немалая часть семейных правоотношений возникает на основе судебного или административного акта (в ряде случаев – в рамках фактического состава): брак, родительство, (в т.ч. внебрачное), усыновление, приемная семья, опека (попечительство) и др. А кроме того, немалая их толика и прекращается оными актами. Среди них самой яркой иллюстрацией подобного рода является прекращение брака административным или судебным разводом.

В-третьих, в фактическую составляющую включаются характеристики и поступки этического порядка: аморальный образ жизни родителей (усыновителей, опекунов и др.), недостойное поведение в браке (как основание для отказа в иске о взыскании алиментов) и т.п.¹¹⁶

В-четвертых, если для большинства, например, гражданских правоотношений, юридико-фактические составы более или менее полно отражены в гипотезах правовых норм, то в семейно-правовой сфере (и притом не только в лично-правовой ее части) весьма часто законодатель ограничивается неким общим суждением, уповая на ситуационное толкование правоприменителем и ситуационный поиск юридически значимых фактов: споры о детях разрешаются в интересах детей (п. 1 ст. 65, п. 2 ст. 68 и др. ст.

союзных республик о браке и семье в правоприменительной практике. Саратов, 1978. С. 11–17; Нечаева А.М. Семейное право. М. 2006. С. 15; Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 91–99; Данилин В.И., Реутов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2009. Т. 3. С. 385–395.

¹¹⁵ См.: Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 72–73.

¹¹⁶ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 12–14. См. также очерк первый книги.

СК РФ); суд вправе отказать в иске о признании брака недействительным при недостижении супругом брачной правоспособности, если этого требуют интересы данного супруга (п. 2 ст. 29 СК РФ); суд вправе отступить от начала равенства долей с учетом заслуживающих внимания интересов одного из супругов и/или их несовершеннолетних детей (п. 2 ст. 39 СК РФ) и т.д. и т.п. Так, еще О.А. Красавчиков заметил: «...вряд ли представляется возможным найти хотя бы два дела с одинаковой фактической стороной, послужившей основой для решения суда по иску отца или матери о передаче им на воспитание ребенка»; «... в законе не установлено никаких формальных признаков, при наличии которых брак должен быть признан расторгнутым»¹¹⁷.

В-пятых, в семейном праве, подчеркивает В.А. Рясенцев, реже встречаются единичные (кратковременные) поступки, нежели юридические поступки, складывающиеся из целого комплекса однородных или сходных действий, совершаемых в пределах длительного времени: совместное проживание и ведение общего хозяйства, содержание другого лица, воспитание ребенка и т.д.¹¹⁸

В-шестых, немалое значение в исследуемой сфере занимают юридические факты, необходимые для опровержения семейно-правовых презумпций (отцовства в браке, общности имущества, согласия при распоряжении общесупружеским имуществом, преимущественного права родителей на воспитание ребенка и др.). Как верно подмечают В.И. Данилин и С.И. Реутов, общественным отношениям, опосредствуемым нормами семейного права, «органически присущи элементы предположительности»¹¹⁹.

В-седьмых, весьма распространенными и специализированно действующими являются так называемые **фактические состояния**. Остановимся на этом подробнее.

¹¹⁷ Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 126–127.

¹¹⁸ См.: Рясенцев В.А. Юридические поступки в советском семейном праве. С. 12–14.

¹¹⁹ См.: Данилин В.И., Реутов С.И. Указ. соч. С. 24.

Подробнее о семейно-правовых презумпциях см., например: Качур Н.Ф. Презумпции и фикции в механизме семейно-правового регулирования // Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования. Томск, 1991. С. 117; Тарусина Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 134–147. См. также очерк седьмой книги.

Фактические состояния как особая разновидность юридических фактов в механизме семейно-правового регулирования всегда играли весьма существенную роль. В самом деле, пол и возраст, материальное и семейное положение лица, близкое родство, супружество (состояние в браке), родительство, дееспособность (недееспособность)¹²⁰, фактическая недееспособность, беременность, состояние здоровья, нетрудоспособность, нуждаемость, достаточность средств, совместное проживание и ведение общего хозяйства, длительное воспитание ребенка, устойчивое прекращение супружеских отношений и т.д. и т.п. – все эти характеристики и/или ситуации относятся к фактам-состояниям, имеющим в определенной правовой позиции юридическое значение для возникновения, изменения, прекращения того или иного семейного правоотношения или значение доказательственного факта при решении того или иного семейного дела.

С теоретической точки зрения «юридическими состояниями называют сложные юридические факты, характеризующиеся относительной **стабильностью** и **длительным периодом существования**, в течение которого они могут **неоднократно** (в сочетании с другими фактами) вызывать наступление правовых последствий»¹²¹.

К.А. Стальгевич состояние в браке, гражданстве, воинской службе и т.п. одним из первых предположил выделить в качестве третьей разновидности юридических фактов наряду с со-

¹²⁰ Как тонко подмечает А.П. Сергеев, «четкая грань между свойством личности и состоянием, если она вообще существует, пока юридической наукой не проведена» (например, дееспособность рассматривается в обоих этих качествах); соответственно основным критерием в этом вопросе выступает сложившаяся в литературе традиция. (См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. С. 392.)

К.П. Победоносцев заметил, что принадлежность лица к тому или иному состоянию или отношению (родству, браку, усыновлению и т.п.) «есть в сущности не право, но свойство лица», с которым связываются определенные правовые последствия. См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 1. С. 4.

¹²¹ См.: Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. С. 34.

бытием и действием¹²². Критикуя данный взгляд, О.А. Красавчиков справедливо подчеркивает, что все перечисленные образцы, обладая относительной стабильностью, «должны быть отнесены не более, как к правоотношениям» (недаром состояние в браке рассматривается в литературе семейного права как брачное правоотношение)¹²³.

Аналогичные замечания высказываются автором и в адрес С.В. Курылева, избравшего для классификации юридических фактов «характер протекания явления» и соответственно также квалифицировавшего состояние в качестве автономного вида, причем с большим охватом¹²⁴, нежели по мысли К.А. Стальгевича. Если исходить из указанного критерия, замечает О.А. Красавчиков, то не могут появиться события и действия, которые являются как бы результатом разграничения всех юридических фактов по волевому признаку, если же использовать последний критерий, то состояния неизбежно будут отнесены либо к событиям, либо к действиям¹²⁵.

С.С. Алексеев, В.Б. Исаков, С.И. Реутов, В.И. Данилин, Р.О. Халфина¹²⁶ и другие авторы¹²⁷ также не склонны выделять данные явления в качестве третьей самостоятельной разновидности юридических фактов наряду с действиями и событиями. Состояние есть одна из характеристик любого юридического факта, элемент их классификации «по сроку существования»¹²⁸

¹²² См.: Стальгевич К.А. Некоторые вопросы теории социалистических правовых отношений // Советское государство и право. 1957. № 2. С. 31.

¹²³ См.: Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. С. 136.

¹²⁴ См.: Курылев С.В. Доказывание и его место в процессе судебного познания (в аспекте гражданского процессуального права). (Цит. по: Красавчиков О.А. Указ. соч. С. 138–139.)

¹²⁵ См.: Красавчиков О.А. Там же. С. 139.

¹²⁶ См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 360; Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 93–94; Исаков В.Б. Указ. соч. С. 34; Данилин В.И., Реутов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. С. 16–17; Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. С. 288–289.

¹²⁷ См., например: Горюнова Е.Н. Диалектика юридических фактов в системе правовых норм. Белгород, 2002. С. 96–97.

¹²⁸ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 93.

или «характеру действия»¹²⁹ – в контексте пары «факты однократного действия – факты длительного действия (состояния)». В.Б. Исаков подчеркивает три особенности таковых состояний: они отражают длящиеся, стабильные характеристики общественных отношений и их субъектов; обладают сильным «составообразующим действием», за время своего существования участвуя в возникновении, изменении и прекращении многих правоотношений, активно формируя тем самым индивидуальный правовой статус личности; разновидностью фактов-состояний является состояние в правоотношениях¹³⁰.

Состояния, подчеркивает А.П. Сергеев, будучи жизненными обстоятельствами длительного действия, в течение которого они постоянно или периодически порождают правовые последствия, выражают уже существующие общественные связи между субъектами семейного права; сами по себе они не порождают правовых последствий (если не принимать во внимание правопрепятствующего воздействия некоторых из них¹³¹), однако «в совокупности с другими обстоятельствами состояния проявляют свой скрытый до появления этих обстоятельств потенциал»¹³².

В.А. Рясенцев и Е.М. Ворожейкин также относили состояния как длящиеся факты к событиям (например, родство) или к действиям (например, брак) – в зависимости от их существа¹³³. При этом среди первых, подчеркивал Е.М. Ворожейкин, есть весьма специфические состояния, указывающие на физические или психические изменения в организме человека (длительная болезнь, возраст, беременность и т.д.) – они лишь терминологически сходны со вторыми.

А.В. Парфенов находится в позиции максимально широкого толкования сущности и значения правовых состояний, полагая его относительно самостоятельным элементом правовой системы, разрешающим «проблему противоречия между движением и покоем в юридической сфере», фиксирующим опре-

¹²⁹ См.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 360.

¹³⁰ См.: Исаков В.Б. Указ. соч. С. 35–36.

¹³¹ Например, состояние в браке – препятствие для заключения другого брака.

¹³² См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. С. 391.

¹³³ См.: Рясенцев В.А. Юридические факты в семейном праве в СССР. С. 48; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 75–76.

деленный набор признаков носителя, которые, по мнению законодателя, должны порождать юридические последствия, момент устойчивости в изменении, развитии, движении юридических субъектов и объектов в той или иной момент времени. Правовые состояния, продолжает автор, безусловно, обладают сильным составообразующим действием, однако выходят за рамки юридических фактов, хотя среди своих ролей выполняют и роль последних¹³⁴. Далее А.В. Парфенов пытается показать эти «окна» из «строения» юридических фактов: правовые состояния не могут быть отождествлены с правоотношениями, так как для последнего должна наличествовать воля хотя бы одного из участников, а для первого наличие или отсутствие таковой может быть и безразличным (1); рассматриваемое в широком смысле «гражданское состояние» составляет ядро правового положения личности; «статус – это и есть положение, состояние кого-либо или чего-либо», рассматриваемое в узком смысле «гражданское состояние» характеризует отдельную сторону бытия личности (2)¹³⁵.

Однако очевидно, что и значение правоотношения не сводится к роли юридического факта. Так что здесь объемы понятий находятся во взаимной интерференции. Что касается правового положения, то состояния личности и конкретного индивида являются предпосылками того или иного их статуса (общего, отраслевого, специального), а не содержанием¹³⁶. Именно на такую взаимосвязь и указывали исследователи явления юридических фактов¹³⁷. Впрочем, А.В. Парфенов расшевелил этот тематический «улей», что должно поощрить нас, его «обитателей», к дальнейшему осмыслению правового состояния – его сущности, видообразия и взаимодействия с пограничными конструкциями.

Возвращаясь к семейно-правовому пространству, следует заметить, что среди фактов-состояний особое место занимает несколько феноменов. Классическими среди них являются **родство** и **свойство**, оказывающие обширное и действенное влия-

¹³⁴ См.: Парфенов А.В. Правовое состояние. М., 2007. С. 22–34.

¹³⁵ См.: Парфенов А.В. Указ. соч. С. 31, 52–54.

¹³⁶ «Отождествление» Н.И. Матузовым «статуса» и «состояния» является, на наш взгляд, всего лишь «филологической проговоркой».

¹³⁷ См.: Исаков В.Б. Указ. соч. С. 35–36.

ние на судьбу семейных правоотношений. «Связь, соединяющая родственников, – отмечал Г.Ф. Шершеневич, – представляется физиологическою, насколько им свойственно единство крови и наследственных черт; она будет нравственною, насколько им присуще сознание общности и взаимной привязанности; она является юридическою, насколько закон связывает с родством юридические последствия». По мере усиления индивидуализма и обособления семьи, продолжает автор, значение родства ослабляется, большинство его юридических значений составляет историческое воспоминание; его действительность теперь сводится к наследованию, возложению некоторых обязанностей (вроде опеки) и запрещению ряда действий (например, к заключению брака)¹³⁸.

В настоящее время, как это ни показалось бы Г.Ф. Шершеневичу странным, значение родства (и частично – свойства) усилилось. Хотя, например, в институте брака глубина запрета по родству, напротив, уменьшилась – до родства I и II степеней.

Близкое родство имеет юридическое значение для возникновения права на общение с ребенком его дедушки, бабушки, братьев и сестер и алиментных обязательств между ними¹³⁹. При этом правило п. 1 ст. 67 СК РФ дополнено формулой: «и другие родственники», а норма п. 3 ст. 67 предусматривает возможность близких родственников искать судебной защиты права на общение с ребенком. Нечеткость формулировок вызывает неочевидность толкования: защищается право именно и только близких родственников или все же и «других родственников», общение с которыми интересно ребенку (п. 3 ст. 67 СК РФ)?

Родство и свойство имеет значение при установлении усыновления, опеки (попечительства) и других форм попечения над детьми. Для соответствующих претендентов это вытекает из правоприменительной практики приоритетности родственного воспитания. Это, между прочим, вызывает определенную «неразбериху» с родственными связями в результате усыновления¹⁴⁰.

¹³⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 647–648.

¹³⁹ Алиментные обязательства между пасынком (падчерицей), отчимом (мачехой) строятся на основе связи по свойству, что демонстрирует единственное прямое юридическое значение данного состояния.

¹⁴⁰ Известны, например, случаи усыновления ребенка дедушкой и бабушкой. В этой связи возникает вопрос-парадокс: кем бу-

Несмотря на традиционную, хотя и меняющуюся значимость данных состояний, никакой прямой обобщенной информации по этому поводу в «общей части» СК РФ нет. Перечень близких родственников мы выводим из нормы ст. 14 СК РФ о препятствиях к браку и частично – из института наследования. Между тем в ряде семейных законов соседних государств наблюдается более уважительное отношение к данным фактам¹⁴¹. Так, нормы ст. 60 – 61 КоБС Республики Беларусь посвящены близкому родству и свойству, в норме ст. 1 (п. 13) Закона Республики Казахстан определяется близкое родство. В подобных аналогах нуждается и российский семейный закон¹⁴².

Для детей, переходящих под попечение (в широком смысле), родство и свойство имеет несколько значений: 1) братья и сестры, как правило, должны усыновляться (удочеряться), братья под опеку, патронат или передаваться в приемную семью без разлучения; 2) при усыновлении дети утрачивают юридические связи со своими кровными родственниками (кроме случаев усыновления родственниками) и приобретают родство-фикцию¹⁴³ с родственниками усыновителей.

Следующий феномен состояний, особенно в контексте сравнения юридических последствий, ими порождаемых, мало исследован в науке семейного права. Речь идет о фактическом воспитании, фактическом разводе и фактическом браке. Их влияние на судьбу того или иного семейного правоотношения весьма необычно, а юридическое значение, придаваемое законодателем, может быть охарактеризовано как результат «двойного стандарта» к однотипным по своей сущности явлениям социальной действи-

дет в соответствии с правилом п.1 ст. 137 СК РФ о правовых последствиях усыновления приходится усыновленному их дочь, биологическая мать ребенка (не лишенная к тому же родительских прав)?..

¹⁴¹ Да и в целом к понятийному аппарату семейно-правового значения.

¹⁴² Тенденция «Ивана, не помнящего родства», должна быть преодолена.

¹⁴³ О сущности фикции см. параграф второй данного очерка.

тельности¹⁴⁴, познающимся путем обнаружения семейной общности или констатации отсутствия таковой.

Фактическое воспитание в СК РФ среди форм попечения детей (раздел VI) не названо. О его юридической значимости мы узнаем лишь опосредованно. Во-первых, из семейно-правовых норм о взыскании алиментов. Так, норма ст. 42 КЗоБСО РСФСР 1926 г. (в редакции 1928 г.) предусматривала обязанность лиц, взявших к себе детей на «постоянное воспитание с иждивением», выплачивать алименты несовершеннолетним и нуждающимся нетрудоспособным детям (как и в последующем – во второочередном порядке, т.е. при невозможности взыскания алиментов с родителя).

А.И. Пергамент приводит несколько вариантов такого фактического состояния: 1) фактическое усыновление; 2) фактическое отцовство внебрачного ребенка, которое не могло быть узаконено ввиду запрета добровольного признания отцовства и судебного его установления; 3) принятие ребенка на постоянное воспитание и иждивение родственником, свойственником, другом семьи или посторонним лицом.

Как мы видим по КЗоБСО РСФСР, алиментная обязанность возлагалась только на фактического воспитателя. «Наш закон, – писала А.И. Пергамент, – не вменяет никому в обязанность воспитывать чужих детей, но раз взятые на себя обязательства перед ребенком должны носить безотзывный характер»¹⁴⁵.

Правила ст. 85 – 86 КоБС РСФСР 1969 г. предусматривали обязанности и фактических воспитателей, и фактических воспитанников содержать друг друга – при наличии соответствующих предпосылок. Анализируя новеллы КоБС РСФСР, В.П. Шахматов отмечал, что в практике судов большинство алиментных дел данной категории все же было связано, прямо или косвенно, с невозможностью в прежнем кодексе узаконения внебрачного отцовства¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Из предыдущих работ по данному вопросу см., например: Тарусина Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 158–165.

¹⁴⁵ См.: Пергамент А.И. Указ. соч. С. 58.

¹⁴⁶ См.: Шахматов В.П. Законодательство о браке и семье (Практика применения, некоторые вопросы теории). Томск, 1981. С. 175–176; см. также: Никитина В.П. Алименты по советскому праву. Саратов, 1967. С. 62–68.

Норма ст. 96 СК РФ установила алиментную обязанность только фактического воспитанника.

Таким образом, фактическое воспитание как юридический факт – состояние для возникновения алиментного правоотношения в паре «причина – следствие» трактовался и трактуется совершенно по-разному: КЗоБСО РСФСР ориентировался на должностование взрослого перед ребенком, КоБС РСФСР – на взаимные права и обязанности, СК РФ – на обязанность воспитанника «заплатить» долг перед воспитателем. Думается, как это нередко бывает, истина где-то посредине, то есть позиция КоБС РСФСР универсальна в своей ситуационности: в зависимости от конкретных жизненных обстоятельств «долги» могут возникать у любой из сторон.

Кроме того, своеобразными разновидностями фактического воспитания являются отношения между отчимом (мачехой) – пасынком (падчерицей). КоБС РСФСР (ст. 80 – 81) и СК РФ (ст. 97) и в этом вопросе заняли позицию, аналогичную отношениям по содержанию между фактическим воспитателем и фактическим воспитанником. Рассматривая ситуацию как бы в «отрыве» от указанного нормативного повода, то есть анализируя собственно существо данной разновидности фактического воспитания, В.Н. Леженин приходит к выводу, что эти отношения происходят из такого фактического состава, как систематические действия отчима (мачехи) по воспитанию ребенка, которые проходят «фильтрацию» через соглашение с родителем (супругом) о воспитании ребенка¹⁴⁷.

Во-вторых, фактическое воспитание могло (ст. 104 КоБС РСФСР) и может (ст. 133 СК РФ) быть связано с ситуацией одностороннего усыновления в браке: супруг, не желающий стать субъектом отношений по усыновлению, но в соответствии с требованием закона дающий согласие на усыновление ребенка другим супругом, тем самым как бы «подписывается» на фактическое воспитание...

В-третьих, факт фактического воспитания может иметь юридическое значение при рассмотрении споров о детях. Например, если в процессе по иску о передаче ребенка от матери к отцу судом будет установлено, что ответчица перепоручила вос-

¹⁴⁷ См.: Леженин В.Н. Правовые вопросы семейного воспитания детей. Воронеж, 1992. С. 53.

питание своего сына бабушке и дедушке, проживающим отдельной семьей, а сама о ребенке не заботится, у истца появится основание для решения дела в свою пользу. (Кстати, с другой стороны, фактическое воспитание как отношение, не основанное на законе, судебном решении или административном акте, может быть подвергнуто действию норм ст. 68 СК РФ о приоритетной защите родительских прав перед третьими лицами).

В-четвертых, в процессе по иску об установлении отцовства или заявлению об установлении факта отцовства фактическое воспитание рассматривается как одно из обстоятельств, косвенно подтверждающих происхождение ребенка от ответчика или умершего лица. Как известно, КоБС РСФСР непосредственно закреплял данное положение в норме ст. 48 СК РФ, не исключив его как частный случай принципиальной возможности судебного отыскания внебрачного отцовства в порядке ст. 49.

Любой из перечисленных вариантов так или иначе требует осмысления существа фактического воспитания. Прежде всего оно всегда связано с намерением воспитывать ребенка постоянно. При этом для правовых последствий в части алиментирования (единственного по действующему СК РФ варианта прямой регуляции, хотя и с частной целью, фактического воспитания) юридически безразлично, кем является фактический воспитатель – отцом, не состоящим в браке с матерью ребенка и не зарегистрированным таковым в законном порядке, родственником или посторонним в смысле родства лицом¹⁴⁸.

При этом не имеется в виду временное воспитание¹⁴⁹. И хотя минимальная продолжительность фактического воспитания как основания возникновения алиментного обязательства не установлена, некоторые диспозитивные (ситуационные) ориентиры все же предложены суду: если указанные субъекты воспитывали и содержали ребенка менее пяти лет, фактические воспитанники могут быть освобождены от обязанностей по их содержанию (ч. 2 ст. 96 СК РФ). Таким образом, фактическое

¹⁴⁸ См.: Комментарий к КоБС РСФСР / Под ред. Н.А. Осетрова. М., 1982. С. 151; Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.М. Нечаевой. М., 2008. С. 304.

¹⁴⁹ См.: Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 204.

воспитание должно быть достаточно длительным – в полном соответствии с существом фактического состояния.

Некоторые юристы, в частности Л.Н. Короткова, В.Н. Леженин, полагают, что в фактическом воспитании, как правило, реализуются все родительские правомочия, кроме охранительного правомочия защиты родительских прав; как социально ценное явление оно нуждается в определенном правовом регулировании как в целом, так и по видам¹⁵⁰.

Второй специфической разновидностью юридических фактов-состояний является **фактический развод**, или «фактическое прекращение брачных отношений». Так называемый «фактический развод» имеет значение прежде всего для трех типов казусов. Во-первых, как основание иска об определении места жительства ребенка при раздельном проживании супругов, фактически брачную общность утративших, или их соглашения по этому вопросу. Во-вторых, в качестве признаваемого судом основательным мотива расторжения брака. Наконец, в-третьих, как предпосылка для признания судом имущества, нажитого каждым из супругов «в период их раздельного проживания при прекращении семейных отношений, собственностью каждого из них» (ч. 4 ст. 38 СК РФ).

Формула «фактический развод как предпосылка права на раздельное имущество» имеет весьма оригинальную историю. Нормы КоБС РСФСР, регулировавшие отношения собственности между супругами, устанавливали «категорический императив» общности имущества, нажитого в браке (ст. 20). Личный режим являлся исключительным и возникал на основе исчерпывающего перечня юридических фактов (ст. 22).

Из всех 15-ти КоБС союзных республик лишь по законодательству Казахской ССР вещи, приобретенные каждым из супругов во время раздельного проживания в связи с фактическим прекращением брачных отношений, могли быть признаны по суду имуществом того супруга, который их приобрел (ч. 3 ст. 23 КоБС КазССР)¹⁵¹.

¹⁵⁰ См., например: Короткова Л.Н. Правовой статус фактического воспитателя детей // Правоведение. 1983. № 3. С. 83–84; Леженин В.Н. Указ. соч. С. 53–54.

¹⁵¹ См., например: Семейное право / Под ред. А.И. Беспаловой, У.К. Ихсанова. Алма-Ата, 1984. С. 75.

Толкуя словосочетание «нажитое имущество», многие авторы полагали, что указанный в КоБС РСФСР (и других союзных республик) императив не является препятствием для изменения судом статуса общности супружеского имущества. «Было бы нелогичным, – отмечал В.Ф. Маслов, – признавать общим имуществом вещи, которые супруги приобрели каждый в отдельности в период, когда они формально и не расторгли брак, но фактически его прекратили, проживали отдельно друг от друга, не вели совместного хозяйства и не собирались в дальнейшем сохранить семью»¹⁵². Судебная практика также нередко выбирала данный вариант аргументации и решения.

Все это привело к судебному прецеденту: Пленум Верховного Суда СССР в ч. 3 п. 15 Постановления № 9 от 28 ноября 1980 г. «О практике применения судами дел о расторжении брака»¹⁵³ разрешил судам признавать имущество, нажитое в период фактического прекращения семейных отношений и ведения общего хозяйства, их раздельной собственностью.

Думается, что перед нами явился очередной случай толкования закона за пределами закона: КоБС РСФСР определил однозначную правоприменительную линию: 1) презумпция общности брачного имущества может быть опровергнута только доказательством фактов дарения и наследования, к личной собственности относятся также предметы индивидуального пользования; 2) фактическое прекращение брака не подрывает формулы «нажитое в браке» – брак прекращается даже и не вступившим в законную силу судебным решением, а актом регистрации развода в органах ЗАГСа; давность по искам о разделе общесупружеского имущества начинает течь с момента прекращения брака (ст. 20, 22, 40, ч. 3 ст. 21 КоБС РСФСР).

Воззвание же В.Ф. Маслова к логике не является аргументом: логичное и нелогичное – два варианта суждений и решений всего сущего, в том числе и закона. Нелогичные нормы права императивного характера могут быть лишь аутентично изменены на свою противоположность. Впрочем, практика тол-

¹⁵² Маслов В.Ф. Имущественные отношения в семье. Харьков, 1972. С. 15.

¹⁵³ Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по гражданским делам. М., 1995. С. 90.

кования закона в противоречии с законом может вызвать сочувствие лишь при одном главном условии: если суды будут следовать ей во всех случаях, когда этого требуют логика и справедливость, однако этого не происходит и не произойдет. Забегая несколько вперед, отметим, что «трепетно-заботливое» отношение к фактическому разводу, признание, по сути, его юридического значения (в роли факта-состояния) ни разу в этот период не переросло в хотя бы некоторое сочувствие к фактическому браку...

Итак, наука и судебная практика подвигли-таки законодателя нормой ч. 4 ст. 38 СК РФ придать значение диспозитивного юридического факта фактическому разводу (длительному устойчивому прекращению брачных отношений без намерения их возобновления в будущем). Позиция эта адекватна сложной, многовариантной семейно-правовой действительности. Во-первых, это может быть справедливым в ситуации, не зависящей от воли субъектов брачного правоотношения, – при запрете мужу в течение беременности жены и года после рождения ребенка расторгать брак без согласия последней¹⁵⁴ (даже если отцом ребенка является другой мужчина) или при применении в бракоразводном процессе отлагательного срока для примирения супругов.

Во-вторых, данная позиция отражает разумную степень государственного давления на супругов в вопросе расторжения брака, давая им возможность принять решение по этому вопросу без дополнительного страха потерять часть заработанного личным трудом имущества.

Фактический брак также является особой разновидностью фактического состояния. Его исторические, сущностные и правовые контексты достаточно подробно рассмотрены нами во втором очерке, поэтому останавливаться на характеристике данного явления мы не будем.

В рамках настоящего параграфа нам представляется необходимым подчеркнуть своеобразную **дискриминацию** в действующем семейном законе фактического брака как разновидности фактического состояния в цепочке ему однотипных: как мы уже отмечали, единит их критерий системной общности – присутствие ее в фактическом воспитании и фак-

¹⁵⁴ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 158.

тическом браке и отсутствие в фактическом разводе. Действительно, сначала судебное-прецедентное, а затем законное признание значимости фактического развода есть один из аргументов к нормативному (хотя бы частичному) признанию фактического брака (так же «незарегистрированного», как и фактический развод, ибо в обоих случаях критериями социальной оценки явления и построения соответствующей правовой реакции служит наличие (отсутствие) семейных отношений как приоритетного объекта охраны и защиты (то же самое и в случаях с фактическим воспитанием)). Тем не менее современный законодатель косвенно признает юридическое значение фактического воспитания, признает прямую юридическую значимость распада брака и отрицает юридическое значение нормально существующего, однако «бездokumentарного», семейного сожительства мужчины и женщины. Эта явная дискриминация и на формальном, и на сущностном уровне, даже с такой частной точки зрения, как явление фактического состояния, а также один из далеко не редких примеров применения «двойного стандарта» в правовом регулировании.

Особую роль в системе юридических фактов и механизме семейно-правового регулирования традиционно приписывают **семейно-правовым актам**, которые до недавнего времени не только не отождествлялись, но даже прямо противопоставлялись сделкам и особенно их двусторонней версии – договору. Причиной тому были преимущественно идеологические соображения (брак – сделка по буржуазному праву, ориентированному на экономический расчет), а также и во многом оправданное, обоснованное представление о брачных и семейственных союзах как явлении прежде всего личного порядка¹⁵⁵.

¹⁵⁵ См., например: Новицкий И.Б. Общее учение об обязательстве // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М., 2006. С. 113–114; Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 449–450; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения. С. 45–53; Юркевич Н.Г. Заключение брака по советскому праву. Минск, 1965. С. 4. И др.

В очерке четвертом мы подчеркнули, что сделки и договоры – конструкции вполне универсальные, на что указывали (задолго до возобновления дискуссии о суверенности семейного права, поощренных расширениями договорного присутствия в семейном законе 1995 г.) некоторые теоретики права, административисты и цивилисты¹⁵⁶.

М.В. Антокольская, будучи «лоцманом» конструкций «сделка и договор» в пространстве семейного права 1990-х гг., применительно к проблеме юридических фактов небезосновательно пишет, что «различие между актами субъектов семейного права и гражданско-правовыми сделками нельзя признать достаточно существенными, для того чтобы обосновать невозможность применения категории сделки в семейном праве», а с появлением брачных договоров и алиментных соглашений невозможно более избегать применения в семейном праве и конструкции договора¹⁵⁷. Другое дело, что вектор указанных конструкций направлен автором исключительно в сторону гражданского права.

С позицией М.В. Антокольской вполне солидарен А.П. Сергеев. Как мы уже отмечали ранее¹⁵⁸, автор, полагая, что ни один из семейно-правовых актов не содержит в себе ничего такого, что мешало бы распространить на них общие положения о сделках ГК, одновременно подчеркивает специфику этих актов как сделок: 1) в семейном праве гораздо чаще встречаются односторонние сделки (согласие на усыновление самого усыновляемого, его родителей, опекунов и

¹⁵⁶ См., например: Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 6. М., 1947. С. 82–83; Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание, функции // Категории науки гражданского права. Избранные труды. Т. 2. М., 2005. С. 274–275; Тихомиров Ю.А. Договоры как регулятор общественных отношений // Правоведение. 1990. № 5. С. 27–35; Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. С. 293. И др.

Более подробно см.: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль, 2008. С. 8–33.

¹⁵⁷ См.: Антокольская М.В. Семейное право. С. 98–99.

¹⁵⁸ В очерке четвертом.

др., согласие супруга усыновителя)¹⁵⁹; 2) лишь брачный договор и соглашение об алиментах совпадают в основных чертах и по форме с гражданско-правовыми договорами, другие же (заключение брака, соглашение родителей о месте жительства ребенка и т.п.) не выражены в очевидной гражданско-правовой форме; 3) «многие семейно-правовые договоры представляют собой не противоположные по направленности согласованные волеизъявления граждан..., а устремленные к одной цели соглашения участников семейных отношений (выбор супругами места проживания, согласование родителями имени ребенка, осуществление большинства родительских прав и т.д.)»; 4) специфична форма семейно-правовых сделок (одни из них совершаются в органах ЗАГС, другие могут заключаться в любой форме); 5) в отличие от «иных гражданско-правовых сделок» семейно-правовые широко применяются в сфере личных неимущественных отношений, некоторые при этом чаще всего могут аннулироваться односторонним усмотрением участника семейного правоотношения либо в силу изменившихся обстоятельств¹⁶⁰.

Если дополнить указанную специфику классическими характеристиками семейных правоотношений, в т.ч. договорных, то возможность применения к последним некоторых норм ГК РФ окажется, используя ботаническую терминологию, лишь «цветочком», «ягодкой» же явится данная суммированная специфика. Речь идет о специальном субъектном составе (супруги, родители, дети, близкие родственники и т.п.), доминировании личного начала над имущественным¹⁶¹, дящемся и «слабовозмездном» либо вовсе безвозмездном характере договорных правоотношений, связанности их содержания этическими требованиями и одновременно значительными публично-правовыми

¹⁵⁹ Добавим: согласие ребенка с 10-летнего возраста на совершение целого ряда семейно-правовых актов, затрагивающих его интересы (ст. 57 СК РФ), однако совершаемых не им.

¹⁶⁰ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. С. 386–388.

¹⁶¹ Даже брачный договор, который, будучи явно не совершенным и нуждающимся в «осемейнивании», должен соответствовать началам семейного законодательства.

ограничителями¹⁶². Недаром О.А. Красавчиков призывал к гармоничному сочетанию универсальности, разноотраслевой специфичности и личной индивидуальности (неповторимости) договора – юридического факта и правового отношения¹⁶³. Семейно-правовые акты являются сделками – в этом тезисе М.В. Антокольская (и некоторые другие цивилисты), безусловно, правы. Однако сделками негражданско-правовой природы, что, впрочем, не умаляет их признательности «предку по происхождению».

Таким образом, наиболее актуальными направлениями исследования юридико-фактических составов и их отдельных элементов семейно-правовой сферы являются, по нашему мнению, такие классические конструкции, как состояния-свойства, состояния-отношения, поступки, а также семейно-правовые акты, которые из позиции неоклассики следует рассматривать в качестве односторонних и двусторонних семейно-правовых сделок. Именно их (состояний, поступков и актов) оспецифленная и систематизированная совокупность дает объемное изображение семейно-правовой картины юридических фактов, рождающих, изменяющих и прекращающих брачные и семейственные правовые отношения.

¹⁶² Подробно об этом – в очерках первом, втором, третьем и четвертом.

¹⁶³ См.: Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор... С. 275–276.

Сведения об авторе



Тарусина Надежда Николаевна – выпускница Ярославского госуниверситета им. П.Г. Демидова 1975 г.

В 1982 г. окончила заочную аспирантуру при кафедре гражданского права и процесса Ленинградского госуниверситета под научным руководством профессора Надежды Александровны Чечиной. В 1983 г. защитила кандидатскую диссертацию «Спор о праве семейном в советском гражданском процессе». Доцент кафедры гражданского права и процесса ЯрГУ. С 1992 г. – декан юридического факультета. Заслуженный юрист РФ.

Имеет более 120 научных и учебно-

методических трудов.

Монографии: 1. Очерки теории российского семейного права. Ярославль, 1999 г.; 2. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М.: «Проспект», 2001 г.; 3. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений: история, теория и практика (сравнительно-правовое исследование). Ярославль, 2001 г.; 4. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: «Проспект», 2006 г. (Две последние монографии – в соавторстве с А.М. Лушниковым и М.В. Лушниковой.)

Учебные пособия: 1. Защита семейных прав. Ярославль, 1985 г.; 2. Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов. София: СУ «Св. Климент Охридски», 1990 г.; 3. Субъекты предпринимательской деятельности. Ярославль, 1994 г.; 4. Введение в юриспруденцию. Ярославль, 1997 г. (Коллектив авторов); 5. Введение в юриспруденцию. Изд. 2-е. Ярославль, 1999 г. (Коллектив авторов); 6. Основы обществознания. Вологда, 2000 г. (Коллектив авторов); 7. Семейное право. М., «Проспект», 2001 г.; 8. Обществознание. СПб., 2003 г. (Коллектив авторов). Гриф УМО; 9. Брак по российскому семейному праву. Ярославль, 2007. Гриф УМО; 10. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения (цивилистическое исследование). Ярославль, 2008 г. (Совместно с А.М. Лушниковым и М.В. Лушниковой). Гриф УМО; 11. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. М.: «Велби», 2009 г. (Глава 63 «Личные и имущественные правоотношения между родителями и детьми»).

Оглавление

Введение	3
Очерк первый. Семейное право как социальная отрасль цивилистики или цивилистическая отрасль социального права	4
1.1. <i>О суверенизации и десуверенизации семейного права</i>	4
1.2. <i>На долгом пути к гармонизации частноправовых и публично-правовых начал</i>	46
1.3. <i>Семейное право: о «комплексности» и «социальном служении»</i>	53
1.3.1. <i>Несколько тезисов в стиле импрессионизма</i>	53
1.3.2. <i>Семейное право – комплексная отрасль?</i>	54
Очерк второй. Брак: на «волнах» российской истории и теории	63
2.1. <i>Брачное право России. История вопроса</i>	63
2.1.1. <i>Брачные отношения в X – XVII вв.</i>	63
2.1.2. <i>Брачное законодательство XVIII в.</i>	80
2.1.3. <i>Брачный закон в XIX в. Сущность и доктринальное толкование</i>	90
2.1.4. <i>Брачное право XX в.</i>	103
2.2. <i>Сущность брака. Цивилистические концепции</i>	113
2.2.1. <i>Брак – таинство</i>	114
2.2.2. <i>Брак – договор</i>	119
2.2.3. <i>Брак – институт особого рода</i>	125
2.2.4. <i>Брак: взгляды советских и российских цивилистов и законодателей</i>	129
2.2.5. <i>Фактический брак – союз супругов</i>	184
2.3. <i>Несколько тезисов о недействительности брака</i>	213
2.4. <i>И снова о разводе: преимущественно процессуальный контекст</i>	219
2.4.1. <i>Право на расторжение брака и подведомственность бракоразводных дел</i>	220
2.4.2. <i>Административный развод</i>	230
2.4.3. <i>О гражданско-процессуальном бракоразводном «ключе»</i>	232

Очерк третий. Родительство и детство: современные семейно-правовые тенденции..... 249

<i>3.1. Об основаниях возникновения</i>	
<i> юридического родительства.....</i>	<i>251</i>
3.1.1. Юридические предпосылки родительства в браке	251
3.1.2. Юридические предпосылки отцовства	
за пределами брака	256
3.1.3. Репродуктивные вспомогательные технологии:	
биологическое и социальное родительство	272
<i>3.2. О семейно-правовом статусе ребенка и его родителей.....</i>	<i>279</i>
3.2.1. Ребенок – субъект семейного права	279
3.2.2. О семейно-правовом статусе родителей	292
3.2.3. Изменение и прекращение правоотношений между	
родителями и детьми	315

Очерк четвертый. Договоры в семейно-правовой сфере: предпосылки разумной суверенности..... 327

<i>4.1. Договор – общеправовое явление</i>	<i>327</i>
<i>4.2. О договорах в семейно-правовой сфере.....</i>	<i>354</i>
4.2.1. Фактические союзы («квазибрачные партнерства»).....	354
4.2.2. О брачном договоре.....	359
4.2.3. Об иных договорах между супругами по поводу	
собственности.....	376
4.2.4. Договоры в сфере родительства и иного	
попечения над детьми.....	388
4.2.5. Договоры о предоставлении материального	
содержания	398
4.2.6. Об односторонних и двусторонних сделках (договорах)	
в репродуктивной сфере.....	405
4.2.7. Фиктивные сделки в семейно-правовой сфере	408
4.2.8. О мировых сделках и мировых соглашениях	
по семейным делам	424

Очерк пятый. Семейное право в контексте гендера 438

<i>5.1. Равенство и неравенство: гендерный аспект.....</i>	<i>438</i>
5.1.1. О теоретических предпосылках	
гендерной проблематики.....	438
5.1.2. О тенденциях политико-правовых решений гендерных	
вопросов.....	463
<i>5.2. Гендер в семейно-правовой сфере: российская версия</i>	<i>475</i>
5.2.1. История вопроса	475

5.2.2. Гендерная экспертиза действующего семейного законодательства	496
Очерк шестой. Семейное право и гражданский процесс: стратегия и тактика взаимодействия	524
Очерк седьмой. «Три в одном»	549
7.1. <i>Правонарушение, конфликт, спор о праве: эссе процессуалиста.....</i>	549
7.2. <i>О семейно-правовых презумпциях.....</i>	567
7.3. <i>О юридических фактах в семейном праве: классика и неоклассика жанра.....</i>	593
Сведения об авторе	612

Научное издание

Тарусина Надежда Николаевна

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО
Очерки из классики
и модерна

Редактор, корректор М.В. Никулина
Компьютерная верстка И.Н. Ивановой

Подписано в печать 28.04.2009. Формат 60x84/16.
Бумага тип. Усл. печ. л. 38,5. Уч.-изд. л. 31,98.
Тираж 500 экз. Заказ

Оригинал-макет подготовлен
в редакционно-издательском отделе ЯрГУ.

Ярославский государственный университет
150000 Ярославль, ул. Советская, 14

Отпечатано
ОАО «Ярославский полиграфкомбинат»
150049 г. Ярославль, ул. Свободы, 97.