



А. М. Лушников, М. В. Лушникова, Н. Н. Тарусина

ГЕНДЕР В ЗАКОНЕ

монография

Равенство, неравенство и «потолки» полов

Российское семейное законодательство —
вариации на тему гендера: исторические,
традиционные и новейшие тенденции

Гендерное измерение правового
регулирования трудовых отношений
(историко-теоретический абрис)

Международное и зарубежное трудовое право:
в поисках гендерного равновесия

Отечественное трудовое законодательство
в зеркале гендера



• ПРОСПЕКТ •

Надежда Тарусина

Гендер в законе. Монография

«Проспект»

Тарусина Н. Н.

Гендер в законе. Монография / Н. Н. Тарусина — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-217570-3

В монографии рассматриваются вопросы о предпосылках гендерной проблематики, факторах, влияющих на содержание принципа гендерного равенства и позитивной гендерной дискриминации, основных направлениях исследований гендерного контекста в общественной практике, международно-правовых и российских гендерных стандартах, особенностях проявления гендерного фактора в различных отраслях юриспруденции, в том числе и прежде всего в сфере правового регулирования отношений с семейным, трудовым и социально-обеспечительным элементом. Книга предназначена для юристов, социологов, историков, а также широкого круга читателей, интересующихся гендерной проблематикой.

ISBN 978-5-39-217570-3

© Тарусина Н. Н.

© Проспект

Содержание

ПРЕДИСЛОВИЕ	6
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ	7
ГЛАВА 1. РАВЕНСТВО, НЕРАВЕНСТВО И «ПОТОЛКИ» ПОЛОВ	9
1.1. Несколько тезисов о равенстве	9
1.2. Гендер в информационном пространстве	16
1.3. О гендерном контексте российского	34
ГЛАВА 2. РОССИЙСКОЕ СЕМЕЙНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	39
– ВАРИАЦИИ НА ТЕМУ ГЕНДЕРА: ИСТОРИЧЕСКИЕ,	
ТРАДИЦИОННЫЕ И НОВЕЙШИЕ ТЕНДЕНЦИИ	
2.1. Немного истории	39
2.2. Гендер в законе: брак, семья,	71
Конец ознакомительного фрагмента.	87

**А. М. Лушников, М. В.
Лушникова, Н. Н. Тарусина**
Гендер в законе
Монография



[битая ссылка] ebooks@prospekt.org

ПРЕДИСЛОВИЕ

Уважаемые читатели!

Авторы предлагаемой книги, специализируясь в области семейного права, трудового права, права социального обеспечения и гражданского процесса, неизбежно в своих исследованиях касаются проблем равенства, дискриминации, гендерной дифференциации и нейтрализации российского законодательства. Первым результатом аналитики означенного информационного пространства явилась монография «Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов» (М.: Проспект, 2006 г.). Однако за прошедшие 8 лет изменились российские доктрина и законодательство, а мировые (в первую очередь – западные) тенденции оказались в далеко не традиционном русле политики, юриспруденции и различных социальных практик, что вызвало энергетические напряжения в дискурсах этического, религиозного, законодательного и правоприменительного порядка.

В этой связи авторы в своей новой книге стремились к информационному разнообразию проблематики, подходов к решению или гипотезам о возможных решениях тех или иных вопросов, пытаясь остаться в рамках разумной толерантности к инакомыслию, не чураясь сомнений и претендуя лишь на право быть услышанными, а с частью читателей – «взглядосолидарными».

Ваши авторы

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Лушников Андрей Михайлович – доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права ЯрГУ. Специалист в области теории и истории трудового права, теории права, военной истории, автор свыше 280 научных и учебно-методических публикаций, в числе которых 12 монографий (глав, разделов монографий): Наука трудового права России: историко-правовой очерк в лицах и событиях. М.: Проспект, 2003. С. 304; Очерки трудового права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. С. 940; Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006; Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени. Ярославль: ЯрГУ, 2010. В 2 т. Т. 1. С. 562; Т. 2. С. 360; Развитие науки финансового права в России. СПб.: Юридический центр Пресс, 2013. С. 952 (в соавт.); а также 30 учебников и учебных пособий: Курс трудового права: учебник. В 2 т. Т. 1. М.: Проспект, 2003. С. 448; Т. 2. М.: Проспект, 2004. С. 608 (в соавт.); Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль: ЯрГУ, 2008. С. 432 (в соавт.); Трудовое право России и зарубежных стран: учебник. М.: Эксмо. С. 608 (в соавт.); Курс трудового права: учебник. В 2 т. М.: Статут, 2009. Т. 1. С. 879. Т. 2. С. 1151 (в соавт.); Курс права социального обеспечения: учебник. М.: Юстицинформ, 2009. С. 656 (в соавт.); Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения: учеб. пособие. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 304 (в соавт.); Теория государства и права. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 270 и др.

Ответственный редактор журнала «Вестник трудового права и права социального обеспечения», включенного в РИНЦ, член редакционного совета журнала «Право» (Варшавский университет, Польша).

Лушникова Марина Владимировна – доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова (ЯрГУ). Является специалистом по трудовому праву и праву социального обеспечения, финансовому праву, автор свыше 300 научных и учебно-методических публикаций, в числе которых 10 монографий: Очерки трудового права». СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. С. 940; Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006. С. 288 (в соавт.); Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени. Ярославль: ЯрГУ, 2010. В 2 т. Т. 1. С. 562; Т. 2. С. 360; Наука финансового права на службе государству. Ярославль: ЯрГУ, 2010. С. 496 (в соавт.); Российская школа финансового права. Ярославль: Индиго, 2013. С. 800 (в соавт.); Развитие науки финансового права в России. СПб.: Юридический центр Пресс, 2013. С. 952 (в соавт.); а также 25 учебников и учебных пособий: Курс трудового права: учебник. В 2 т. М.: Статут, 2009. Т. 1. С. 879. Т. 2. С. 1151 (в соавт.); Курс права социального обеспечения: учебник. М.: Юстицинформ, 2009. С. 656. (в соавт.); Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения: учеб. пособие. М.: Юрлитинформ, 2011. С. 304 (в соавт.) и др.

Ответственный редактор журнала «Вестник трудового права и права социального обеспечения», включенного в РИНЦ, член редакционных советов рецензируемых журналов «Российский ежегодник трудового права», «Социальное и пенсионное права», «Вестник Пермского национального университета. Серия «Юридические науки», зарубежного журнала «Трудовое и социальное право» (Минск, Беларусь).

Тарусина Надежда Николаевна – выпускница Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова 1975 г. В 1982 г. окончила заочную аспирантуру Ленинградского государственного университета по кафедре гражданского процесса (научный руководитель – доктор юридических наук, профессор Н. А. Чечина).

Работает в ЯрГУ с 1975 г. С 1984 г. – зам. декана по учебной работе, с 1992 г. по настоящее время – декан юридического факультета. Зав. кафедрой социального и семейного законодательства. Кандидат юридических наук. В 2012 г. присвоено ученое звание профессора. Заслуженный юрист Российской Федерации.

Автор более 200 научных и учебно-методических трудов, в том числе 10 монографий, 20 учебных пособий и глав в учебниках. Наиболее известные работы:

1. Семейное право. М.: Проспект, 2001.
2. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006 (в соавторстве с профессором А.М. Лушниковым и профессором М.В. Лушниковой).
3. Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль: ЯрГУ, 2009.
4. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010.
5. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. М.: Проспект, 2010 (в соавторстве с профессором А.М. Лушниковым и профессором М.В. Лушниковой).
6. Судебное усмотрение: заметки семейноведа. Ярославль, 2011.
7. Российский семейный закон: между конструктивностью и неопределенностью. Ярославль: ЯрГУ, 2012.
8. Семейное право: «в оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014.
9. Ребенок в пространстве семейного права. М.: Проспект, 2014.

Научный редактор тематического журнала «Социально-юридическая тетрадь» (СюрТе); его первый выпуск (2011 г.) посвящен актуальным проблемам социальной направленности цивилистики, второй (2012 г.) – правовому статусу ребенка, третий (2013 г.) – семье как правовому явлению, четвертый (2014 г.) – проблеме юридического равенства (издание зарегистрировано в РИНЦ и находится в свободном доступе).

ГЛАВА 1. РАВЕНСТВО, НЕРАВЕНСТВО И «ПОТОЛКИ» ПОЛОВ

1.1. Несколько тезисов о равенстве

Равенство, свобода, справедливость, права человека; неравенство как позитивная дискриминация.

О равенстве мы заняты заботами,

болота и холмы равняем мы;

холмы, когда уравнены с болотами,

становятся болотами холмы.

Игорь Губерман

С одной стороны, равенство видится категорией с весьма простым и очевидным содержанием, с другой – если бы это воистину было так, мы бы, постигнув ее теоретически и реализовав практически, оказались в идеальном обществе и лишились большой литературы, оснований для доктринальных размышлений, юридических экспериментов в законодательстве и правоприменении и многого другого в исканиях своих. Усложнение ее содержания происходит при взаимодействии с другими важнейшими началами человеческого бытия – и прежде всего идеями свободы и справедливости.

Механизм и результативность этого взаимодействия исследовались, исследуются и будут исследоваться. Например, Аристотель выделял два рода справедливого: «справедливое – это то, что велит делать закон» и «справедливое по отношению к другому есть, собственно говоря, равенство»^[1]. В главном документе эпохи Просвещения, Декларации прав человека и гражданина (1798 г.), подчеркивалось: «люди рождаются и остаются свободными и равными в правах» (ст. 1). В XX в. этот постулат был повторен Всеобщей декларацией о правах человека (1948 г.): «все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах». И далее неоднократно заявлялся в качестве основополагающего в многочисленных международно-правовых документах о правах человека. Однако в сложном соединении с идеями справедливости и свободы он по-прежнему не полон в своем бытии, остается формальным и не всегда гуманистичным, не в полной мере учитывающим многообразие жизни и ее ключевых носителей – европейцев и неевропейцев, мужчин и женщин, взрослых и детей, лиц с инвалидностью etc.

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»^[2].

Равенство, как всякое иное явление, имеет «пару», т. е. существует в единстве с неравенством. Это неизолированные 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 справедливости^[3].

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.^[4]. «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». 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»^[5]. При этом избежать внутренней противоречивости и взрывоопасности справедливости можно исключительно через процедуры диалога и социального компромисса^[6].

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 «в том и состоит, что при ее помощи в общественную жизнь вносятся существенные элементы единства, равенства, принципиальной одинаковости: вводимый и поддерживаемый юридическими нормами порядок распространяется в принципе «на равных» на всех участников общественных отношений»^[7]. Любая норма, в том числе правовая, устанавливает такой масштаб, который далее конкретизируется различными способами – от обычного исполнения до специального (специализированного) правоприменения. Будучи явлением предельно сложным^[8] 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 личности^[9].

«Выявляя сущность права, – пишет В.С. Нерсисянц, – среди прочего важного обнаруживается принцип формального равенства, который представляет собой единство триады – «всеобщей равной меры регуляции, свободы и справедливости»^[10]. Разумеется, правовое равенство является результатом «абстрагирования от фактических различий, присущих уравниваемым субъектам правовой формы общения»^[11]. Последние независимы друг от друга, но одновременно одинаково подчинены в правовых отношениях единой общей норме регуляции^[12]. «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»^[13]. Только благодаря своей формальности равенство и становится измерителем всей «внеформальной» действительности, определяет меру свободы индивида по единому масштабу, свобода выражима с помощью равенства и воплощена в нем: «Люди свободны в меру их равенства и равны в меру их свободы»^[14].

«Право как норма свободы, – пишет В.Д. Зорькин, – по своей природе есть справедливость, или юридическое равенство»^[15]. «Принцип формального равенства, выраженный в ч. 3 ст. 17 Конституции, – подчеркивает автор, – задает имманентные праву пределы право-

вой регуляции, т. е. определяет границы осуществления человеком своей свободы»; возможность реализации свободы человека лишь в границах этого принципа обусловлена тем обстоятельством, что только в пределах его действия, когда один человек равен другому человеку, он может быть независим, а значит, свободен^[16]. Комментируя данные контексты взаимодействия, В.В. Кочетков констатирует, что для «юридического разума право, по сути дела, есть некое тождество некоторых феноменов»^[17].

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 права, как бы синоним принципа юридического равенства.

Следует заметить, что в доктрине наблюдается либо отождествление терминов «равенство» и «равноправие», либо смешение (в том числе в соотношении общего и частного), либо размежевание. Так, например, М.Н. Козюк во внутреннюю структуру правового равенства включает три компонента: 1) собственно, формально юридическое равенство (вытекающее из сущности права как единого всеобщего масштаба); 2) равноправие (равенство прав и обязанностей; равные юридические возможности субъектов для участия в жизнедеятельности общества); 3) равная защита перед законом (этот компонент, по мысли автора, более других относится к области реализации права и характеризует процедурные механизмы равноправия)^[18]. В законодательстве, полагает К.А. Чернов, единого подхода к определению содержания принципа равенства нет: в одних случаях все сводится к равноправию, в других – к равенству ответственности, в третьих – к равенству оснований возникновения прав и обязанностей, в четвертых – к идее равенства возможностей субъектов правоотношений^[19]. В.В. Ершов, уточняя, что равенство прав и обязанностей субъектов (а не только граждан) должно объявляться не единственно перед законом, а перед формами права, включая закон, одновременно включает в конструкции данного принципа «равенство участников правоотношений»^[20]. Между тем термин «равноправие» имеет и специальное значение, например в гражданском процессе действует принцип процессуального равноправия сторон (но отнюдь не равноправия всех участников процесса)^[21]. В строгом смысле, полагает, например, Б.М. Гонгало, в цивилистике равноправия нет (есть равенство)^[22]. Идея же равенства участников правоотношений тем более не всеобща, так как присутствует в основном в цивилистическом пространстве, частном праве, методология которого прежде всего построена на началах диспозитивности. (Поскольку наше исследование посвящено гендерной проблематике, т. е. частному случаю равенства и неравенства, ограничимся высказанными замечаниями.)

Правовое равенство и неравенство как парные категории в одинаковой степени противостоят фактическим различиям между людьми^[23]. Последние, анализируемые с точки зрения абстрактного формального равенства, неизбежно приводят к фактическому неравенству. «Равная мера регуляции, – отмечает В.С. Нерсисянц, – отношений различных субъектов предполагает, что приобретаемые ими реальные субъективные права будут равны. Благодаря праву хаос фактических различий преобразуется в правовой порядок равенств и неравенств, согласованных по единому масштабу и равной мере»^[24]. Право не игнорирует особенные интересы и прочие различия субъектов, но, следуя всеобщему правовому началу справедливости, «взвешивает» и оценивает их формально равным правовым мерилom^[25].

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 особенная 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^[26]).

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, 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.).

Некоторые авторы предлагают собственное видение на типологизацию. Так, В.С. Нерсисян^[27], анализируя проблему из «математизированного» пространства, исходит из допущения, что в новейшем российском праве действует как минимум четыре типологически однородные (с совпадающими признаками идентичности) автономные статусные правовые группы: одна (условно) всеобщая, две особенные и одна единичная. Всеобщая группа субъектов формируется из всех физических лиц, за исключением тех, кто образует одну из особенных групп. Ее характеристики служат единицей измерения характеристик других автономных правовых групп. В пределах группы субъекты обладают равной мерой формальной свободы и, следовательно, формально равным доступом к праву. Первая особенная группа объединяет особых физических лиц – инвалидов, обладающих пониженным интегральным индивидуальным правовым ресурсом, лишенных формально равного доступа к определенным правам. Во вторую особенную группу субъектов включаются юридические лица частной и публичной сферы. Единичную группу субъектов права составляют, по мнению автора, «особые» юридические лица – олигархи, обладающие очень высоким правовым ресурсом, занимающие исключительно доминирующее положение в правоотношениях с субъектами других групп и способные лишить последних формально равного доступа к праву. Соответственно, взаимодействие между группами (формально неравное) должно сопровождаться балансно-соразмерными мерами в пользу менее защищенных в правовом смысле субъектов, что и создает, справедливо заключает автор, материальную основу для реализации правового равенства^[28].

Полагаем, что хотя подобная типологизация и имеет право на существование (кроме констатации «юридического лица» олигарха), она не обладает полнотой, в определенном смысле выхвачена из контекста. Так, если принять за основу критерий специальной статусности субъекта^[29], то особенных групп наиболее общего (первого) порядка окажется все же больше – например, за счет детей. Кроме того, автором не выделен «эшелон» второго порядка: группы с гендерными различиями, группа лиц с семейными обязанностями и т. д. Третий эшелон можно проиллюстрировать категорией граждан, дифференцированных по основному (профессиональному) виду деятельности. И т. д. и т. п. (То есть хотелось бы, чтобы автор, сказавши «а», продвинулся по «алфавиту», показав его богатые возможности.) Все эти страты обладают очевидными специальными правовыми статусами. Следует также отметить, во-первых, принципиальную несопоставимость правовых ресурсов физических и юридических лиц. Во-вторых, к олигархам можно условно присоединить и другие группы – суперзвезд шоу-бизнеса, некоторых высших чиновников и творческих деятелей, использующих «белые пятна» (не говоря о «черных») законодательства и правоприменительной практики в целях наращивания своего

материального и нематериального ресурса. В-третьих, «правовой ресурс» граждан с инвалидностью, на наш взгляд, не совсем точно оценивать по шкале «высокий – низкий», ибо в нем присутствуют весьма специфические компоненты – от социального обеспечения (пусть и не вполне удовлетворительного) до участия в паралимпийском движении.

Наконец, В.С. Нерсисян обошел молчанием явление «сверхособого» субъекта – государства. Не углубляясь в дискуссию о равенстве человека и государства (ввиду конституционной приоритетности прав и свобод человека и социальности последнего), юридической фиксации этого равенства или очевидном неравенстве, основанном на методологии подчинения^[30], констатируем лишь безусловную «особость» его статуса и места в системе рассматриваемой типологизации, а также его ключевую (если не монопольную) роль в деле конструирования ограничений прав и свобод граждан и статусов юридических лиц и предоставлении им же разнообразных льгот. В качестве основного критерия они имеют конституционные предпосылки (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ) – мера их справедливости (обоснованности, соразмерности) является, как правило, результатом «взвешивания» общественных и частных интересов. Характерным признаком правовых ограничений, подчеркивает А.В. Малько, является то, что они предполагают уменьшение возможностей, а следовательно, и прав личности^[31]. Конституционный Суд РФ высказался по этому поводу в контексте идеи о соразмерности ограничения прав и свобод конституционно закрепленным целям: публичные интересы «могут оправдать правовые ограничения прав и свобод, если они адекватны социально оправданным целям» (постановления № 14-П от 13.06.1996, № 8-П от 11.03.1998, № 12-П от 27.04.1998, № 15-П от 30.10.2003).

Преимущества же, кроме указанного критерия, апеллируют к гуманистическим началам (для граждан), которые, впрочем, также составляют один из значимых общественных интересов и в той или иной степени представлены в конституционных нормах (ч. 1–2 ст. 38, ч. 1–2 ст. 39, ч. 3 ст. 40 Конституции РФ).

«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»^[32].

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, полиции, таможни 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)^[33]. Впрочем, не без обоснованных исключений.

Разумеется, к числу ключевых факторов практической гармонизации триады «свобода – равенство – справедливость» относится законное и обоснованное усмотрение правоприменителя – и прежде всего «в ситуационном пространстве», когда правовые нормы не могут (и не должны) быть формально определенными, когда в них объективно заложена значительная энергия конкретизации, требующая для своего выхода открытия «клапанов» толкования, аналогии, субсидиарного применения и/или прецедентного решения^[34].

Как мы уже отмечали, триада «свобода – равенство – справедливость» воплощается в конструкции прав человека. Это неизбежно выводит на сцену «команды», принадлежащие к различным цивилизациям – от Запада до Востока и от Севера до Юга. Упомянутая конструкция возникла в западном мире. В какой мере ее апологетами, а главное – взаимно понимаю-

щими друг друга толкователями ее содержания, являются представители других цивилизаций – актуальный вопрос новейшего времени. Универсальна ли, всеобща ли конструкция? Или она многозначно «мутирует» на региональном уровне? Всеобщность должна означать ее всеобъемлющий характер, адекватную применимость в любой пространственно-временной системе координат (разумеется, в пределах настоящего времени) независимо от национальных, культурных, религиозных и других особенностей того или иного региона^[35]. Такое представление о правах человека утопично: мера их универсальности условна, а трактовка содержания не совпадает не только в мелочах, но и в существенном. Более того, даже внутри западного мира она некоторым образом локализована, замыкается на определенные политические силы. Так, М. Тэтчер по поводу одного из документов Евросоюза о правах человека писала: «Было бы чрезвычайно наивно не замечать того, что сегодняшние проповедники и проводники прав человека практически все без исключения принадлежат к определенному политическому лагерю»^[36]. Уже в момент своего появления, замечают исследователи, естественная теория прав человека поставила под вопрос и собственно субъекта прав – человека. Наделение того или иного индивида таковыми правами зависело от того, насколько этот индивид, в координатах действующих представлений, считается «человеком»^[37]. Например, женщина в XVIII в. не могла рассчитывать на равноправие с мужчиной, рабы, привезенные из Африки, еще долго доказывали свою «человечность»^[38], и те и другие были приобщены к категории субъекта права (в рассматриваемом контексте) после активной и длительной «трибунной» и «баррикадной» деятельности их самих и их защитников из лагеря «белых мужчин» с правами человека. Таким образом, права человека оказываются «сложной, многозначной теоремой, в которой исходные данные – есть набор противоречивых предположений»^[39].

С одной стороны, во многих конституциях и декларациях (в том числе исламской декларации) воплощены все или многие нормы и принципы международно-правовых документов о правах человека. Однако с другой стороны, как справедливо замечает Л.Р. Сюкияйнен, совпадение формулировок не должно вводить в заблуждение и служить основанием для заключения об их сходстве по существу – за внешней идентичностью скрываются глубокие различия на уровне принципиальных подходов^[40]. Так, Африканская хартия прав человека и народов (1981 г.), Исламская декларация прав человека (1990 г.), Арабская хартия прав человека (1999 г.) подчеркивают значение наследия и исторических традиций стран, принявших эти документы^[41], а это – безусловная основа для специфических интерпретаций, «правового полицентризма»^[42]. «В современном мире, – подчеркивает Л.Р. Сюкияйнен, применительно к взаимодействию двух социальных регуляторов, права и религии, – последовательно юридический подход к правам человека и их трактовка ведущими религиями в рамках своего вероучения взаимодействуют весьма противоречиво. При этом исходные начала различных религий не совпадают друг с другом по ряду принципиальных моментов, в том числе по отношению к позитивному праву и той роли, которую они сами играют в правовом развитии отдельных стран и регионов»^[43].

То же и с Россией. Западная гуманистическая мораль, пишет М. Варьяс, воспринимается как эталон западноевропейской цивилизации; Россия же, несмотря на позиционирование ее как страны европейского типа^[44], «исторически, этически, географически, а самое главное – в религиозно-духовном и культурном отношении принадлежит к другой цивилизации – восточно-христианской, для которой существуют собственные закономерности развития»^[45]. Впрочем, и это не вся правда, так как наша страна многоконфессиональна, хотя и при «доминировании» православия. Поэтому многими исследователями подчеркивается не только внешняя противоречивость восточного российского контекста западному, но и противоречивость внутренняя: они видели и видят в России «устойчивую социокультурную общность» диффе-

ренцированного по своим культурным, религиозным, цивилизационным истокам народонаселения^[46]. При этом, подчеркивает М.А. Супатаев, когда «внутренний и очень хрупкий баланс между восточной и западной ориентациями сохранялся, Россия бурно развивалась и крепла». «Продолжит ли маятник российской истории инерционное движение на Запад, – задается заключительным вопросом автор, – усиленное либерально-демократическими представлениями о свободе и справедливости в культуре и праве, или же мы стоим в преддверии новой большой инверсии и цивилизационного самоопределения?..^[47] – покажет ближайшее будущее».

Лишь в процессе «равноправного взаимодействия, – заключает Е.А. Лукашева, – будет осуществляться осознание прав человека, которое позволит соединить их универсальность с самобытным цивилизационным жизнеустройством»^[48]. На кону – стратегия межкультурного диалога на основе открытого обмена мнениями и позитивной толерантности^[49].

К сожалению, до этого явно если не семь, то отнюдь не одна верста до небес. Особенно ярко это проявляется в контексте гендера, гендерного равенства, неравенства, гендерной нейтрализации и позитивной дискриминации, что и будет продемонстрировано в дальнейшем.

1.2. Гендер в информационном пространстве

Конструкция гендера. Исторические контексты. Феминизм. История женщин. Гендер в контексте психологии, социологии, филологии, религии. Гендер и политическая активность.

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 термин он появился в 1975 г.^[50] В научный оборот его ввел психоаналитик Р. Столер. (Дословно gender переводится как «род» в лингвистическом смысле слова: род имени существительного. В дальнейшем этот термин стал применяться расширительно и отождествляться с понятиями «социальный пол», «социальные отношения полов»^[51]).

Социологи в основном опираются на классическое определение данного понятия, которое принадлежит Э. Гидденсу: «гендер – это не физические различия между мужчиной и женщиной, а социально формируемые особенности мужественности и женственности»^[52].

Как отмечает Н.Л. Пушкарева, в западной науке нет единства взглядов по вопросу о том, считать ли гендер «мыслительным конструктом», т. е. 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», под которыми подразумеваются «идеи, институты, поведение, формальные и неформальные правила и другие социальные взаимодействия, предписываемые в соответствии с полом»^[53]. В этой связи, например, одна из американских феминисток Джоан Скотт предлагает один из вариантов дифференциации способов выражения социального понимания половых различий через: 1) культурные символы («женщина – мать», «отец – кормилец» и т. д.); 2) нормативные понятия, выражающиеся в политико-правовых, религиозных и других практиках; 3) деление социальных сфер деятельности по признаку пола (рынок труда женщин и мужчин, образование и т. д.); 4) субъективное восприятие индивидом себя как женщины или мужчины, постепенно складывающееся у индивида каждого пола в процессе моделирования, подкрепления и самосоциализации^[54].

При этом в российской социологической науке, подчеркивает Г.Г. Силласте, 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»^[55].

* * *

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 привели 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»^[56].

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 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 мать^[57]. Она была центром минимальной иждивенческой группы. К ней мог присоединиться хотя бы один взрослый мужчина – и общество в этом было объективно заинтересовано^[58].

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 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, т. е. 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»^[59]).

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 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...^[60]

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 специализации^[61].

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 является 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 отношений^[62].

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 неравенства^[63].

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 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 сыну^[64].

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 деятельность^[65]. 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 авторитета^[66]. (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 значимыми^[67]).

Кроме того, патриархат в эпоху классовообразования 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 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 полов^[68]. 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)^[69]. «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»^[70].

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 статусом^[71].

Поскольку причина угнетения женщины, пишет Симона де Бовуар, кроется в продлении рода и содержании вотчины в неприкосновенности, женщина может избежать абсолютной зависимости от мужчины в той мере, в какой ей удастся избежать семьи^[72]; «если общество, отрицающее частную собственность, отвергает и семью, судьба женщины тем самым значительно улучшается». В Спарте, продолжает автор, где преобладал общинный строй, девочек воспитывали так же, как мальчиков; жена не заточалась в доме мужа, он так мало имел на нее прав, что другой мужчина для совершенствования своего рода мог потребовать соединения с нею – само понятие супружеской неверности исчезает, когда исчезает наследство; дети принадлежат городу; не имея потомков, не владея имуществом, мужчина не владеет и женой; женщины несут на себе тяготы материнства, как мужчины – тяготы войны^[73].

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 общин^[74].

Впрочем, например, 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 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 организации^[75].

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, видимо, пока не созрела...

Поэтому будем иметь дело со следствием, т. е. с патриархическим типом организации общества. Естественно, он проявляет себя во всем – от филологии до политики, бизнеса, труда, семьи, иных социальных контактов. Гендерная асимметрия вездесуща, хотя и является в новом и новейшем времени объектом некоторой, иной раз весьма успешной нейтрализации, которая, впрочем, не везде необходима и возможна.

* * *

«Взбодораженность» гендерной проблематики нарастала весьма и весьма постепенно. Были, разумеется, эпизоды истории о женщинах-воительницах, женщинах-властительницах, писательницах и т. д., которые, как всякие исключения, лишь подтверждали правило^[76]. И появлялись сочинения о равенстве полов. Например, в XVII в., отмечает во вступительной статье к первому российскому изданию книги Симоны де Бовуар «Второй пол» С.Г. Айвазова, был издан труд Пулена де ля Барра «О равенстве обоих полов», в котором автор заявляет о том, что неравное положение мужчины и женщины в обществе есть результат подчинения женщины грубой мужской силе, а не предписания природы^[77]. Этот тезис стал основой целой традиции, отчасти поддержанной просветителями. «Согласившись с тем, – продолжает С.Г. Айвазова, – что миф о женщине как существе второго сорта, органически неспособном претендовать на равенство с мужчиной, по сути своей абсурден, просветители воздержались, однако, от признания ее гражданской состоятельности, т. е. способности выступать в роли субъекта истории», ссылаясь на теорию «естественного права», полагающую женщину продолжательницей рода, силой, воспроизводящей социальное пространство, но не занимающей в нем значимого места. Чтобы снять противоречие между таким подходом и основным документом Французской революции, «Декларацией прав человека и гражданина» (ст. 1: «Все люди рождаются свободными и равными в правах»), законодатели были вынуждены дополнить этот документ рядом актов, в которых разъяснялось, кто же попадает в категорию «свободных и равных», – женщины в нее не попали. Отказ толкователей революционных идей признать француенок полноправными гражданами, замечает С.Г. Айвазова, способствовал рождению нового общественного явления – феминизма, получившего развитие в XIX и особенно в первой половине XX в.^[78] (Одна из родоначальниц движения за права женщин Олимпия де Гуж в известном документе «Декларация прав женщины и гражданки» констатировала: «Если женщина имеет право взойти на эшафот, она должна иметь право взойти и на трибуну»). В результате активизации этого движения, а также развития социалистической идеи, общественные стереотипы и нормы постепенно менялись, доктрина обогащалась специальными трудами по «женскому вопросу», а сами женщины получили «право» быть автономными, самодостаточными и многообразными.

* * *

Следует заметить, что феминизм относится к наиболее интенсивным, эмоциональным (вплоть до агрессии) и политически результативным явлениям XIX, XX вв. и начала XXI в. Прежде всего, особенно вначале, он имел политическую окраску – не даром процесс уравнивания прав мужчины и женщины, установления гендерного равенства (пусть и весьма относительного) в западных странах называют «тихой женской революцией»^[79].

«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 20-го г. Новозеландки решили эту проблему аж в 1893 г., а перуанки – только в 1979-м»^[80].

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 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 изнасилуют, то это наша вина, и если нас избili, 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 абортa и... по многим другим причинам мы участвуем в женском движении»^[81].

Различие между направлениями феминизма, полагает Б.Н. Кашников, заключается главным образом в вопросе методологии и методик преодоления гендерной несправедливости^[82]. На наш взгляд, это не совсем так, ибо в разнообразных течениях феминизма все же присутствуют попытки определиться с базисными предпосылками гендерного равенства и неравенства, которые приводят отнюдь не к тождественным результатам.

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 начал^[83].

На одном полюсе – концепция особой женской сущности. В рамках этой концепции презюмируется, что все женщины подобны друг другу и принципиально отличаются от мужчин (причем в лучшую сторону...). На этой основе политика равных прав невозможна^[84]. Предположение о том, что многие явные социальные различия между мужчинами и женщинами имеют естественную природу, пожалуй, изначально было самым распространенным и востребованным не только феминизмом, но и антифеминизмом (в его мужском обличии). Они (биологические различия) являются как основой для «женских качеств» – заботы, сотрудничества, миролюбия, так и мужских – эгоизма, конкуренции и агрессии. Гормональные отличия (у женщин – опыт менструаций и деторождения) – источник, ведущий большинство из них к ориентации на семью^[85].

В реальности, пишет Валери Брайсон, большинство феминисток отвергли такие идеи о природных отличиях, соглашаясь с известным высказыванием Симоны де Бовуар, что «женщиной не рождаются, женщиной становятся»^[86]. Во-первых, продолжает автор, далеко не все женщины – матери и сиделки; менструальный цикл – лишь один из этапов жизни женщины (и при том не всякой), нельзя игнорировать ее опыт после менопаузы. Нельзя приравнять опыт женщины детородного возраста (тем более родившей) к опыту всех женщин. Во-вторых, из подобной биолого-женской позиции игнорируется тот факт, что гормональные колебания свойственны и мужчинам^[87]. В-третьих, не только материнство, но и отцовство мотивирует

к деятельности по заботе о детях и благополучии всего общества^[88]. В-четвертых, 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, способностей, 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 ни присутствовало в мироздании»^[89]. 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!»^[90]. Женщине «функцию венца мироздания» выполнять все же труднее – по обстоятельствам жизни, организованной в основном мужчинами^[91].

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»^[92]. 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 посередине. 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 дискриминации^[93].

В исследовании «темпоральной справедливости для женщин», замечает В. Брайсон, есть несколько пересекающихся идей современной марксистской и современной феминистской теорий. Во-первых, общность заключается в том, что идея справедливости не «упала с неба» на все века, а есть продукт истории и «используется для маскировки или оспаривания доминирующих интересов»; тем самым «марксизм косвенно поддерживает феминистскую критику частного характера мужской справедливости и способов сокрытия «под зонтиком» общественной сферы частных основ несправедливых результатов». Во-вторых, в отличие от К. Маркса и других марксистов прежнего времени современные представители этой теории не игнорируют времязатратную сущность домашних обязанностей (которые не могут быть полностью автоматизированы и зависят от социальных взаимодействий), рассматривают их не как факт природы, а как часть человеческой жизни, которая может быть изменена, например, в рамках социального государства («гендерная справедливость вряд ли достижима в пределах системы, базирующейся на гонке за прибылью», где гендерное разделение труда связано с императивами глобальной экономики, с содействием индивидуализму и маргинализацией обязанностей по уходу)^[94].

Коль скоро гендер создается и воссоздается (а не биологически дан раз и навсегда) и при этом ощутимо присутствует в общественном пространстве, государства неизбежно играют в этом процессе активную роль. Каждое государство имеет свой гендерный режим как результат социальной борьбы и гендерный уклад^[95].

Социальный статус человека-мужчины и человека-женщины зависит от множества факторов институционального, социально-экономического и идеологического порядка (политических системы, режима; 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 политики^[96].

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 семейной^[97].

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 политика 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, доходам, облегчает ведение домашнего хозяйства и т. д.^[98]

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 неисчерпаемой 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 «перекосам» 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...^[99] 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 приспособившись к карьерным устремлениям супругов). Кроме того, кампания 90-х гг. «Папа, вернись домой!», несмотря на серьезную нормативную 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 женщин^[100] и т. д.

Домашний труд – по-прежнему в основном «темпоральное пространство» женщин. Еще Симона де Бовуар писала: «Не многие работы так схожи с сизифовым трудом, как работы

домашней хозяйки: день за днем она моет посуду, вытирает пыль, чинит белье, но на следующий день посуда будет опять грязная, комнаты – пыльные, белье – рваное... И так будет до самой смерти. Еда, сон, уборка... годы не устремляются вверх, к небу, а горизонтально стелются, как однообразные, серые полосы скатерти...»^[101]. Справедливости ради следует заметить, что и иной труд нередко однообразен, и сизифов, однако он признается общественным и оплачивается.

Одной из феминистских перспектив, подчеркивает В. Брайсон, является признание неоплачиваемой деятельности, включая приготовление пищи, уборку и заботу о членах семьи не частным, а общественным делом (работой), необходимым для выживания и нормального существования любого общества. Такое признание не равносильно вознаграждению за нее, продолжает автор, но социально весьма полезно: во-первых, актуализируется вопрос о том, почему тот, кто исполняет так много работы (включая или не включая официальную, оплачиваемую), часто не имеет экономической независимости и/или живет в бедности; во-вторых, усиливаются аргументы в пользу государственной поддержки «частной» работы с помощью предоставления определенных услуг, финансовой помощи или «дружественной к семье» регуляции рабочего времени; в-третьих, «выявление трудоемкой природы домашних дел может вынудить государство обеспечить отмену политики, поощряющую или вынуждающую женщин выходить еще и на оплачиваемую работу»^[102]; в-четвертых, доказываемая «абсурдность утверждения, будто время, оставшееся после оплачиваемой работы, – непременно «свободное» или что это время досуга, которое работники могут тратить на свое усмотрение»^[103]. (Впрочем, о взаимодействии гендера, труда и социального обеспечения – см. во второй части книги).

* * *

Особой «взбудораженности» гендерная проблематика достигла в конце XX и начале XXI в. – в контексте ее дифференциации, специализации, рождения новых направлений 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 общепотребляемый термин *history* (который можно прочесть и как *his story*, дословно: «его история», «история мужчины») – новым термином *her story* (т. е. «ее история», «история женщины») ^[104].

Эта область исследования предполагает и собственно феминистский контекст: видение истории как «отчета о мужской негуманности по отношению к женщинам», возможности понять настоящее их положение и перспективы для изменений, получить политическое оружие для опровержения утверждений о неполноценности женщин или о неизбежности современного уклада жизни; использовать историю как свидетельство забытых (неоцененных или недооцененных) женских достижениях; наконец, как календарь и контексты женского (феминистского) движения ^[105].

Она также предполагает и более нейтральные, с точки зрения цели, вектора и содержания, исследования. Например, исторические обобщения о положении и роли женщин. Ярким образцом такого рода научной работы и соответствующих размышлений является, например, книга Н.Л. Пушкиревой «Частная жизнь русской женщины: невеста, жена, любовница» (X – начало XIX в.) ^[106].

При этом постепенно толкование содержания «гендер» изменилось в направлении рассмотрения его не только 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»^[107].

Традиционными объектами стали социально-экономические аспекты гендерно-исторических исследований. Более или менее очевидными проявились перспективы гендерного подхода к анализу политической истории: история маргинализации женщин, их борьбы за гражданские права и свободы, аналитика форм «скрытого воздействия на политику и не явно маркированного политического положения женщин» (еще до актуализации «женского вопроса» и суфражистского движения). Однако наиболее перспективными, полагает Н.Л. Пушкарева, являются гендерные исследования в области культурологии, истории ментальностей и общественного сознания^[108].

Актуализировались гендерные исследования в психологии^[109]. Так, психологи отмечают, что разделение людей на мужчин и женщин является одной из основных установок восприятия нами различий, имеющихся 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»^[110]. 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 предопределяться 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^[111].

Современные данные о половых различиях демонстрируют преимущество мальчиков (мужчин) по показателям роста, объему легких, прочности скелета, окружности грудной клетки, девочки характеризуются более ранним созреванием^[112]. Наблюдается своеобразие полов в развитии моторики^[113]. Исследуются факторы «сверхсмертности» мужчин в России; половые различия в здоровье и болезнях^[114]. В то же время установлено, что различия по речевому и музыкальному слуху отсутствуют. В обонятельной чувствительности наблюдается превосходство женщин, по органическим ощущениям более точны мужчины, у последних также большая болевая толерантность, женщины более чувствительны к некоторым типам боли. Они же – более надежные свидетели^[115]. Констатируется преимущество женщин в избирательности, устойчивости и объеме внимания, ориентация женщин на быстроту, а мужчин – на точность работы, преимущество мужчин в работе с новыми, а женщин – со старыми, шаблонными стимулами. По общему интеллекту очевидных и частных различий не выявлено. В то же время общий интеллект мужчин имеет четко выраженную структуру, с доминированием невербального компонента^[116], а у женщин интеллект слабо интегрирован. Речевые способности и эмоциональность ярче выражены у последних^[117]. У мужчин наблюдается превосходство по «мас-

кулинному» аспекту самооценки, у женщин – по феминному. При этом первые выстраивают более мощную защиту своей самооценки. Женщины демонстрируют более высокую мотивацию достижений в нейтральных условиях, мужчинам для ее повышения необходима интеллектуально-лидерская стимуляция. Для мужчин более характерна открытая физическая агрессия и социальная тревожность, для женщин – скрытая вербальная агрессия и общая тревожность. В рамках комплексной характеристики заботливости (забота о потомстве, альтруизм, эмпатия) женщины значительно отличаются только по последнему компоненту^[118]. Мужская роль считается инструментальной и деятельной, женская – экспрессивной и коммуникативной. По успешности лидерства оба пола демонстрируют либо равную эффективность, либо превосходство мужчин, редко – женщин. При этом, полагают исследователи, есть основания считать, что лидеры обоего пола могут добиваться равной эффективности, но различными путями^[119]. И т. д. и т. п. (На этом констатации и перечисления полагаем возможным завершить, за подробностями и обоснованиями адресовав читателя к специалистам).

* * *

В социологии гендер исследуется как социальный конструкт^[120], анализируются его феминные и маскулинные аспекты^[121], а также аспект нетрадиционной сексуальности^[122]. (Последний будет рассмотрен нами в рамках гендерной экспертизы семейного законодательства). Гендерные отношения проявляются и соответственно анализируются в контексте таких социальных феноменов, как: 1) социально организованные связи на уровне общества, между государством и гендерными группами; 2) связи между различными гендерными группами; 3) взаимодействия между субъектами разного пола; 4) отношение личности к самой себе как представителю определенной гендерной группы.

При всем многообразии содержательных характеристик, отмечает И.С. Клецина, можно выделить две основные модели их организации – партнерскую и доминантно-зависимую^[123]. Партнерские, по определению, характеризуются равенством позиций, взаимным учетом целей и ценностей другой стороны, согласованием точек зрения и действий, умением поставить себя на место своего партнера. Очевидно, что доминантно-зависимая модель предполагает главенствующую позицию одной и подчиненную – другой, она адекватна традиционным стереотипам женственности-мужественности, сложившимся и складывающимся в результате полоролевой социализации. Современные тенденции в основном ориентированы на гендерную толерантность, базирующуюся, разумеется, на первой модели межличностного взаимодействия^[124]. Критериями последней, отмечает П.В. Румянцева, являются: равный доступ к социальным благам, взаимоуважение членов гендерных групп, равные возможности для участия в политической деятельности независимо от пола и сексуальной ориентации, позитивная лексика в отношениях между полами^[125].

* * *

Лингвисты размышляют о гендерной асимметрии, гендерных стилях общения. Многие лексико-грамматические структуры языка отражают одну из тенденций патриархической культуры – отождествлять «мужское» с «человеческим», а «женское» – с особенным, специфическим (включая термин «женская логика»^[126] 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 слов нашего бытия^[127]). Впрочем, здесь не все прямолинейно: даже в сфере идеоло-

гии ряд важнейших обозначений имеют именно женское начало («Родина-мать», Россия, вера и т. д.)^[128].

Введено понятие «гендерлекта» (по аналогии с понятием «диалект» и т. п.). Высказаны как радикальные точки зрения («гендерная речевая коммуникация строится на принципах мужского доминирования и женского подчинения»), так и умеренная, реалистическая («гендерлект – существует как социальная и лингвистическая реальность нашей жизни»)^[129]. Научные факты, пишет К.С. Шаров, позволяют утверждать, что мужчины и женщины действительно используют совершенно различные коммуникативные стили, обладают «различающимися наборами норм речевого взаимодействия, прибегают к разным грамматическим и фонологическим приемам», образуют (в этом смысле) разные речевые сообщества^[130].

Н.Л. Пушкарёва обращает внимание на фольклорную составляющую гендера, в частности русского. И он (фольклор) вопиюще дискриминационен, что и демонстрируется на примере анекдотов о женщинах-ученых. Так, в связи с активизацией женских научных организаций (Союза женщин МГУ, союзов женщин-математиков, физиков и т. п.), «андроцентричная» культура вбросила в обращение анекдот, «призванный обесценить способность уважаемых женщин-ученых, обладающих активной жизненной позицией и готовностью становиться глашатаями феминистских идей, объединяться»: «Резолюции Всемирного женского конгресса. 1) Все женщины – сестры! 2) Все мужчины – козлы! 3) Надеть совершенно нечего...»^[131] И еще: «Кажется, до 40 лет женщины активно занимаются сексом, а после 40 – гендером». «В данной фразе, – комментирует Н.Л. Пушкарёва, – не только сексизм и имперсонализация (всех женщин «до 40» и «за 40» объединяют без каких бы то ни было различий и особенностей), но и эйджизм (ageism, стремление унижить женщин «после 40» – а ведь именно в этом возрасте наиболее активные из женщин и достигают наибольших профессиональных высот)»^[132]. И еще: «Чем отличается хорошая аспирантка от очень хорошей? Хорошая каждое утро говорит: «Доброе утро, господин профессор!» А очень хорошая нежно шепчет на ухо: «Уже утро, господин профессор!» И т. д. и т. п. В итоге автор совершенно справедливо заключает, что и в околонульном фольклоре, и в ряде других информационных источников 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 русском научном обществе»^[133].

В гендерном контексте исследуются и другие филологизмы, например, так называемая инвективная лексика, включая «сексуальные» ругательства. Так, И.С. Кон выделяет четыре блока: отправление ругаемого в зону женских гениталий; намек на сексуальное обладание матерью ругаемого; обвинение в инцесте с матерью; обороты речи с упоминанием мужских гениталий – с помещением ругаемого в «женскую» сексуальную позицию. Вопреки распространенному мнению, замечает автор, русский язык, хотя и богат «матерными» выражениями, но отнюдь не уникален; при этом «самая залихватская матерщина» (в том числе «трехэтажная») не являлась и не является по общему правилу оскорблением, вызывает обиду, только если произносится серьезным тоном^[134]. Однако в любом случае она определенную гендерную специфичность русского языка иллюстрирует.

* * *

Совершенно особенные контексты взаимодействия обнаруживаются в паре «гендер – религия». Господь, как известно, мужчина. Ева «сработана» из ребра Адама. Изгнание этих

библейских персонажей из рая произошло не без участия женщины. И т. д. Ангелы, хотя и не имеют пола, являются нам в мужском образе и с мужскими именами. «Посланники Бога на Земле, – констатирует Симона де Бовуар, – папа, епископы, у которых целуют руку, священники, которые служат мессу, читают проповедь, перед которыми становятся на колени в тиши исповедальни, все они – мужчины»^[135].

«Мужчине, – продолжает автор, – выгодно утверждать, что Господь возложил на него миссию правления миром и составление необходимых для этого законов»;...очень удобно, чтобы женщина считала, что такова воля Всевышнего; «у евреев, магометан, христиан мужчина – хозяин по божественному предписанию; «...Благословен Господь Бог наш и Бог всех миров, что он не создал меня женщиной, – говорят евреи на утренней молитве, в то время как их супруги смиренно шепчут: «Благословен Господь, что создал меня по воле Своей»^[136].

На протяжении тысячелетий, пишет С.В. Поленина, форма проявления патриархата, хотя и претерпела изменения, по сути, осталась прежней: «Венцом творения, подлинным представителем рода человеческого, существом, созданным по образу и подобию Бога и поэтому призванным быть господином, носителем власти, демиургом, творцом, хозяином во всех сферах жизни, включая семью, рассматривался и рассматривается многими и поныне только мужчина»^[137].

Современная тенденция полуофициального идеологического «сращивания» церкви с государственной политической машиной возвращает российское общество через православие (почти повсеместно) и магометанство (в соответствующих национальных территориях и диаспорах в других регионах) к идее традиционного женского предназначения, отрицания права женщины распоряжаться своим телом, превращения ее в случае прерывания беременности – в «убийцу» и т. д. Да и констатация представительства Бога исключительно через мужчину-священника (разумеется, теологически обоснованного) отнюдь не способствует осовремениванию, выравниванию гендерной позиции. (Преклонение же перед Богородицей, возможно, является своеобразным компромиссом между очевидным патриархатным способом церковного управления^[138] – с одной стороны, и женским религиозно-подчиненным положением – с другой^[139]). Особенности православного канона относительно регулирования сексуального поведения с периода христианизации Руси и в настоящее время также имеют весьма яркие образцы (с обоими математическими знаками)^[140].

Приведенные сентенции отнюдь не призваны усилить ту чашу весов, на которой сосредотачиваются атеистические представления о мире^[141] – они лишь придают дополнительный штрих к портрету гендерной проблематики и акцентируют информацию к размышлению.

* * *

Очевидно, что политический менеджмент и политическая активность в целом в основном маскулинны. хотя «юридически мужчины и женщины равны, – замечает Валери Брайсон, – и женщины теперь могут конкурировать с мужчинами в различных областях деятельности, они делают это на условиях, уже созданных мужчинами»^[142].

С.И. Голод подчеркивает: 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»^[143]. «Общеизвестно, – пишет М. Арбатова, – что основные решения на планете принимает небольшое количество белых мужчин^[144] среднего возраста, вышедших из среднего класса. Остальные вынуждены жить в мире, увиденном их глазами и существующем по придуманным ими схемам»^[145]. «На редкость популярна, – констатирует

И.М. Хакамада, – вечная убогая вариация на тему «женщина и политика – две вещи несовместимые». Класть асфальт? Пожалуйста. Бороздить космические просторы? Пожалуйста. Снайпер, укротительница, военный репортер? Пожалуйста. А в политику – извини. Потому что власть»^[146].

В то же время, замечает В. Брайсон, с одной стороны, нет никаких гарантий, что увеличение числа женщин в органах власти будет выражать потребности всех представительниц этого пола, включая наиболее обделенных из них^[147]. Так, например, Г. Минк утверждает, что в 1990-х белые женщины из среднего класса в Конгрессе США поддерживали такие реформы социального обеспечения, которые отрицали право матерей-одиночек проводить свое время в домашних заботах о детях, так как они (эти белые женщины) «объединили собственное право на работу за пределами дома с тем, что малоимущие матери-одиночки такие же, как и они, тоже обязаны работать»^[148]. «Тем не менее, – замечает В. Брайсон, – опыт последних лет показывает, что чем больше женщин избираются на политические должности, тем более широкие и типичные интересы они представляют и защищают в процессе принятия политических решений»^[149].

Эксперты ООН утверждают, что пока число депутатов-женщин не достигнет хотя бы 20 %, законодатели не будут заниматься проблемами детей, 30 % депутатов не станут волновать социальные потребности «второго пола»^[150]. Небесспорные тезисы, в том числе применительно к России: в Госдуме РФ последнего созыва этот процент – 13,5 (предыдущего созыва – 14), а «детским правом», социальными льготами семьи, поощрением демографической политики, включая идею материнского капитала, депутаты вполне предметно занимаются, хотя и недостаточно системно^[151].

Тем не менее в фундаментальном смысле этот тезис укладывается в общее «ложе» аргументации за гармонизацию (да, что скромничать – за существенное увеличение) представительства женщин в политическом процессе. Так, исследования, проведенные в странах Скандинавии, где уже многие годы активно осуществляется гендерное выравнивание властных структур и рассматриваемая пропорция достигает 40 %/60 % и выше, социально ориентированная политика представлена в значительно больших объемах и эффективном качестве^[152]. В этих странах гендерное равенство стало привычным, традиционным, а именно эту «привычку», выражаясь метафорой Я.Боцман, «следует выращивать, как английский газон, не один десяток лет»^[153]. Более того, по результатам сравнительного анализа 134 государств мира, более высокий уровень гендерного равенства и более конкурентная и развивающаяся быстрыми темпами экономика сопутствуют друг другу^[154]. Следовательно, можно предположить, что речь идет не только о корреляции гендерного представительства в политике с решением социальных проблем, но и иного, стратегического, эффекта рассматриваемого феномена^[155]. При этом в 2012 г. женщины являлись главами 23 государств и правительств мира^[156]. Однако даже если современный темп ускоренного роста представительства женщин в политических структурах сохранится, «зона паритета» (40–60 %) останется недостижимой для многих стран. По оценкам организации «ООН-Женщины» в государствах с мажоритарной системой выборов (при отсутствии нормативного квотирования) показатель в 40 % женщин на госслужбе не будет достигнут и к концу XXI в., а с пропорциональной системой и с применением квотирования этот показатель прогнозируется на 2026 г.^[157]

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 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 власти^[158]. Вторая и третья позиции – конструктивны и востребованы (в той или иной мере).

В какой точке координат находился и находится российский политический менеджмент и политическая активность граждан в контексте гендера?

Так, гендерная структура Верховного Совета СССР внешне производила весьма благоприятное впечатление (1952 г. – 26, 1970 г. – 31 %); в местных органах власти – от 30 до 45 % (в 1971 г. – 45,8 %). Женщин включали в эти структуры по специальной квоте на основании «единодушного голосования». Однако реальная власть в доперестроечный (и частично перестроечный) период принадлежала КПСС (ст. 5 Конституции СССР 1936 г.). В составе этой единственной партии было 79,1 % мужчин и 20,9 % женщин, ее Центральном Комитете соответственно – 97,2 % и 2,8 %, а в Политбюро – 100 % мужчин. Мир политики оставался «мужским», женщины были скорее ее объектом, нежели субъектом^[159]. Осуществлялась, отмечает С.Г. Айвазова, «имитационная политика» гендерного равноправия, которая «строилась на сочетании скрытой маргинальности женщин и их демонстративной псевдополитической активности»^[160]. «Гендерный порядок»^[161] с очевидностью был патерналистским.

На пике перестройки произошел отказ от квотирования женского представительства. Некоторые политологи и социологи, как мы уже отмечали, полагают, что произошло это именно тогда, когда парламент стал играть активную роль в управлении и формировании политики государства^[162]. Другие считают, что предполагалась замена квотирования реальной интеграцией женщин в политический процесс^[163]. Эта версия оказалась утопической: в 1989 г. доля женского представительства снизилась наполовину (16 %), в 1990 г. упала до 5,6 %, в первые годы суверенной России составляла 9,7 % (1996–1999 гг.), 7,6 % (1999–2003 гг.)^[164]. Впрочем, были и исключения. Так, по итогам парламентских выборов 1993 г. общественно-политическое движение «Женщины России» получило представительство в Государственной Думе и создало женскую парламентскую фракцию. Ее члены пытались закрепить успех активной законодательской деятельностью. Однако на следующих выборах движение не преодолело 5 %-ный барьер. Тем не менее гендерные акценты, им заявленные, оказали влияние на гендерную составляющую данной избирательной кампании: все крупнейшие политические объединения включили в свои списки вдвое больше женских имен, чем в 1993 г.^[165]

Возможно, именно поэтому в 2003 г. в Государственную Думу Российской Федерации был внесен законопроект «О государственных гарантиях равных прав и свобод мужчин и женщин и равных возможностей для их реализации». В нем предусматриваются меры по обеспечению таковых возможностей при осуществлении пассивного избирательного права (права быть избранным), положение о приоритете на замещение вакантных государственных должностей лица того пола, который составляет меньшинство на данной должности или государственной службе (ст. 13), формировании с учетом принципа гендерного равноправия Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда РФ и аудиторов Счетной палаты (ст. 19). Однако проект «завис» почти на десятилетие – лишь в 2011 г. работа над ним была возобновлена. С определенной долей вероятности можно предположить связь между обнаружением депутатского интереса к данному проекту и созданием именно в 2011 г. международной организации «ООН-Женщины», возглавленной бывшим президентом Чили М. Бачелет, в положительном смысле – самой амбициозной инициативы ООН по ускорению процесса гендерного равенства, в том числе для разработки и корректного внедрения мер по развитию женского политического лидерства^[166]. Кроме того, Государственная дума на протяжении двух предшествующих созывов, констатирует С.В. Поленина, дважды отклоняла предложения женских

общественных организаций о включении в избирательные бюллетени кандидатов определенной гендерной пропорции (70 % мужчин, 30 % женщин)^[167]. Автор также подчеркивает, что за период с 2003 г. был принят (Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ) Модельный закон «О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей для мужчин и женщин» – с раскрытием содержания соответствующих основных понятий («гендер», «гендерное равенство», «гендерная дискриминация» и др.)^[168].

В последние годы количественные (и частично качественные) показатели в рассматриваемой области несколько улучшились. В Государственной Думе 6-го созыва – 13,5 % депутатов-женщин, в том числе во фракции «Единая Россия» – 18 %, «Справедливая Россия» – 15,6 %, ЛДПР – 7,4 %, КПРФ – 4,3 % (последняя цифра весьма ярко иллюстрирует не лицемерные, а реальные подходы Компартии к гендерному политическому равенству). Из восьми заместителей председателя нижней палаты российского парламента 1 – женщина; 4 женщины возглавляют думские комитеты (по вопросам семьи, женщин и детей; жилищной политике и ЖКХ; безопасности и противодействию коррупции; по финансовому рынку)^[169]. В верхней палате парламента (Совете Федерации) – 13 женщин, ее главой также является женщина (В. Матвиенко – ранее губернатор Санкт-Петербурга). В 2011–2012 гг. при обсуждении принципов формирования палаты дискутировалась идея о введении паритетного гендерного представительства (один регион – один мужчина и одна женщина). Однако большинства она не получила, возможно, в том числе и потому, что пока российские провинции не располагают конкурентным (как с внутренней, так и с внешней точки зрения) «массивом» высокопрофессиональных политических лидеров-женщин, увеличение которого, собственно, и не поощряется. Впрочем, скорее всего в первую очередь причина неудачи в сохраняющейся патриархатности российской политической деятельности.

Несколько женщин возглавляют либо исполнительную власть регионов (три субъекта Российской Федерации имеют губернаторами представительниц «второго пола» – Владимирская и Мурманская области, Ханты-Мансийский автономный округ), либо их законодательные собрания (Забайкальский край, Иркутская, Калининградская, Курская, Новгородская, Свердловская, Тюменская области). С 2012 г. в составе Правительства Российской Федерации – две женщины; в 2013 г. женщины стали руководителями Центрального банка России и Счетной палаты. Выражаясь словами известного политика, «процесс пошел». Однако «цыплята будут сосчитаны» далеко не ближайшей осенью.

Тем не менее в заключительных замечаниях Комитета ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин по итогам рассмотрения периодических докладов Российской Федерации о выполнении Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин постоянно высказывается обеспокоенность незначительным представительством российских женщин в структурах власти.

В региональных общественных палатах, деятельность которых (среди других факторов) демонстрирует активность российского гражданского общества, членство женщин колеблется от 20 до 52 %. К примеру, в Общественной палате Владимирской области – 22 женщины из 42 членов (52 %), Ленинградской – 13 из 35 (27 %), Ивановской – 13 из 49 (26,7 %), Московской – 21 из 79 (26,6 %), Ярославской – 20 из 80 (25 %), Волгоградской – 6 из 30 (20 %); Чеченской Республики – 9 из 36 (25 %), Республики Дагестан – 10 из 41 (24 %) и т. д. Федеральная общественная палата находится по данной характеристике на нижней границе показателей – 21 %. 17 женщин возглавляют региональные общественные палаты (около 20 %). (По остроумному замечанию одной опытной политической деятельницы, чтобы женщину стали считать заметной фигурой в политике, она «должна работать, как лошадь, и вести себя, как леди»^[170]).

Несмотря на декларацию принципа равных возможностей участия мужчин и женщин в политической деятельности, специально фиксированного в Федеральном законе «О политиче-

ских партиях» (ст. 8), данные объединения также явно следуют в основном сложившейся традиции. Они не уделяют и должного внимания рекомендации ПАСЕ «Избирательная система как инструмент повышения представительства женщин в политической жизни» – об обязательном гендерном квотировании (не менее 40 %) и строгом соблюдении очередности в списках кандидатов от партии посредством чередования мужчин и женщин. Один из результатов такого бездействия мы уже проиллюстрировали (на примере числа женщин-депутатов в партийных фракциях Государственной Думы). При этом отметим, что квотирование, как способ гендерного выравнивания, далеко не всегда приводит к однозначно позитивным результатам. Обратная дискриминация порой имеет не менее уродливые формы, что в настоящее время подтверждает европейская судебная практика^[171].

Следует также заметить, что избирательное право и практика его применения утвердили в политике жесткие законы конкуренции – и первые же российские «женские партии, во-первых, столкнулись с консервативностью не только мужского, но и женского электората (не привыкшего голосовать за женщин), мифичностью о мужском лице политики, во-вторых, с фактом активного использования административного и финансового ресурсов, к которым женщины имеют весьма ограниченный доступ (в силу достаточно известных причин).

В доктрине высказываются предположения о том, что на гендерную структуру политического менеджмента, а также участия женщин в российской политической истории в целом влияют и другие разноплановые факторы, распространяющиеся на весь (или почти на весь) спектр гендерного контекста общественной жизни: маргинальное положение гендерного дискурса в иерархии дискурсов, заинтересованность государства в консервации ситуации традиционных взаимоотношений между полами, поощрение идей об особом женском предназначении и женственности (что в целом отрицать нельзя – вопрос именно в акцентах); ориентация социальной поддержки женщины как существа более слабого, легитимирующая гендерный контракт, в основе которого лежит власть мужчины, и не устраняющая причин означенной социальной слабости; явная или скрытая дискредитация женщины-феминистки как существа агрессивного, с невыраженными половыми признаками^[172] (которой, впрочем, противодействуют примеры весьма интересных внешне, интеллектуально и духовно женщин-общественных деятелей, не чуждых феминистских идей); развертывание дискурса о скрытой матриархатности российского общества («муж – голова, жена – шея») и т. д. Наконец, как мы уже отмечали, немаловажное влияние оказывает фактор «полуофициального» сращивания государственной идеологии с религиозной (в том числе православия и ислама), где женское предназначение – изначально подчиненное.

Социологический анализ современных гражданских и политических позиций российских мужчин и женщин, их общественно-политических взглядов и предпочтений^[173] констатирует множественные и нередко значительные «гендерные разрывы» между ними. Так, уровень электоральной активности женщин несколько выше, чем мужчин, – соответственно 68 % и 58 % (на выборах в Государственную Думу в декабре 2007 г.), 66 % и 62 % (на аналогичных выборах 2011 г.). Подтвердили свое участие в будущих парламентских и президентских выборах в качестве избирателей 39 % (46 %) мужчин и 53 % (60 %) женщин. При этом женщины чаще мужчин голосовали за партию власти как на парламентских, так и президентских выборах. В то же время, согласно социологическим опросам, интересуются политикой 44 % мужчин и 29 % женщин. Общественной деятельностью не занимаются 54 % «первого пола» и 61 % – «второго», а не участвуют в политических формах гражданской активности соответственно 79 % и 91 %^[174]. Значительное число граждан не признают действующие политические партии своими: таковыми посчитали себя 45 % мужчин и 32 % женщин (2012 г.). Гендерный состав участников массового протестного митинга «За честные выборы» (24 декабря 2011 г.) был также гендерно дифференцирован: 60 % мужчин и 40 % женщин^[175]. Приведенные дан-

ные подтверждают, во-первых, несвободность мужчин и женщин от традиционных, обусловленных гендерным дисплеем, предписаний о «должном» характере их позиционирования^[176], во-вторых, меньшую готовность «второго пола» к политическому действию, а также косвенно, в-третьих, умелое (технологичное) использование этих характеристик действующей властью для утверждения и переутверждения властного порядка^[177] (что, впрочем, демонстрирует ее профессиональное мастерство).

Остается надеяться, что российский «плод» политической эмансипации все же вызреет, «омываемый» и «овеваемый» современными и актуальными информационными потоками, обеспечив «семена» для поступательной эволюции политического гендера на основе постепенного выравнивания соответствующих возможностей женщин и мужчин.

1.3. О гендерном контексте российского законодательства

Нормативные правовые базисные предпосылки. Основные тенденции гендерной нейтрализации и позитивной дискриминации.

Нормативными 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 вопросу^[178], 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 активные 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.), забота 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 общественности^[179] – и формула подверглась корректировке, стала гендерно нейтральной.

Действующая Конституция Российской Федерации 1993 г., легитимированная всенародным референдумом, провозгласила новые ценности – права человека. Права человека-жен-

щины, с одной стороны, неотрывны от общего контекста прав человека, с другой – именно ради решения «женского вопроса» в Основном 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 пола^[180].

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»^[181]. 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 и отраслевого, не менее акцентированного внимания.

* * *

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, как мы уже отмечали, специалисты 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).^[182] 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.

Административное законодательство, следуя за избирательным, должно предусматривать квоты и иные гарантии участия женщин в управлении всех уровней. (О судьбе проекта соответствующего федерального закона мы уже писали в § 2 гл. 1).

Аналитики гендерной асимметрии уголовного и уголовно-исполнительного законодательства подчеркивают, что в рассматриваемом контексте используется два метода построения норм, учитывающих возможности (особенности) полов: с одной стороны, для женщин предусмотрены определенные привилегии, «особые права», с другой – постепенно вводятся гендерно нейтральные нормы^[183].

К указанной категории привилегий в первую очередь относятся правила, устанавливающие дополнительную охрану жизни и здоровья женщин, а также ее социальные и экономические права, связанные с выполнением ею репродуктивной функции: ст. 123 УК РФ (незаконное производство аборт), ст. 131 (изнасилование) – признание преступного посягательства на беременную женщину в качестве обстоятельства, отягчающего наказание, ст. 145 (необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей детей до трех лет), ст. 106 (убийство матерью новорожденного ребенка)^[184].

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»^[185]. Вместе с тем, подчеркивают специалисты, чрезмерная опека женщины уголовным законом не будет являться благом, может модифицироваться в дискриминацию по гендерному признаку, поэтому нормы, льготы, льготы, льготы уголовно-правовое положение «второго пола», должны быть обоснованы и соотнесены со статусом мужчины^[186].

Как известно, существенно дифференцирована и уголовная ответственность женщин. Предполагается, что, кроме очевидных двух факторов (наличие детей; физиологические и психологические особенности в определенных специальных ситуациях), на установление ответственности и последующее наказание влияет и проявление «традиционного в российском обществе гуманного отношения к женщине»^[187].

Первая группа льгот содержит запрет назначения женщинам наказаний, предусмотренных ст. 49, 50, 54 (привлечение к труду, арест). В этой связи предлагается два уточнения: распространить послабление и на женщин, имеющих одного малолетнего ребенка (не только двух и больше), а также в определенных случаях – и на мужчину-отца^[188].

Вторая и третья группы льгот сводятся к запрету назначения женщине пожизненного лишения свободы и смертной казни (ст. 57, 59 УК РФ). Однако указанные послабления (особенно первое) в доктрине уголовного права дискутируются^[189], а, например, УК Украины сужает субъектный аспект льготирования до женщин, находившихся в состоянии беременности во время совершения преступления и на момент постановления приговора. Следует заметить, что общественное мнение также не с очевидностью поддерживает указанные аспекты дифференциации (56 % респондентов полагают их несправедливыми^[190]).

Во вторую и третью группы входят также льготы, связанные с избранием осужденной женщине вида исправительного учреждения: исключены колонии строгого и особого режима, а также тюрьма. В доктрине высказывается предположение о том, что отбывание наказания в менее суровых режимных условиях объясняется меньшей общественной опасностью женщин^[191]. Полагаем его спорным, особенно в контексте тяжких преступлений.

Весьма существенной льготой является норма о применении отсрочки исполнения наказания (ст. 82 УК РФ) для беременной женщины и женщины, имеющей ребенка (законом № 16-ФЗ от 21.02.2010 г. эта возможность распространена и на мужчину, имеющего ребенка).

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 предписывают участие лиц одного пола или врача при освидетельствовании лица, личном обыске и т. п.). Большинство других отраслей – гендерно нейтральны^[192].

Гражданско-правовые гендерные контексты будут отмечены нами в рамках аналитики семейного законодательства. Вопросы гендерного равенства в сфере труда и занятости и социально-обеспечительный гендерный контекст – также в специальном разделе настоящего исследования.

ГЛАВА 2. РОССИЙСКОЕ СЕМЕЙНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО – ВАРИАЦИИ НА ТЕМУ ГЕНДЕРА: ИСТОРИЧЕСКИЕ, ТРАДИЦИОННЫЕ И НОВЕЙШИЕ ТЕНДЕНЦИИ

2.1. Немного истории

*Брак и семья: тезисы о доктринальной, юридической и фактической истории.
Хотя, стремясь достигнуть и познать,*

мы глупости творили временами,

всегда в нас было мужество признать

ошибки, совершенные не нами.

И. 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 индивидом. 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. Экстримом, входящим в моду, становятся однополые союзы (на основе партнерства или даже супружества). 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 обычаев, этики и права, а среди них – в первую очередь брак и родительство.

За рамками формально-правовой определенности брак рассматривается как религиозное, нравственное, социально-психологическое, экономическое, физиологическое явление – во взаимодействии этих сущностей.

В пространстве же права (по крайней мере, российского) и брак, и семья пребывают в неопределенном состоянии, с точки зрения дефиниции, и в относительно определенном – в контексте их существенных признаков. Впрочем, доктринальный и нормативный правовой взгляды на их сущность более или менее изменчивы, однако не до такой степени, чтобы эта сущность самоликвидировалась или увела нас в юридическое «зазеркалье».

Подвергнемся же искушению дотронуться до некоторых исторических экспонатов и доктринальных предположений.

* * *

Более всего цивилисты старой российской школы обращали внимание на нравственный и религиозный аспекты брака. «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, 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 – пополнить личность отдельного человека, неполную в самой себе, личностью лица другого пола»^[193].

Единение религиозно-нравственной природы данного союза показано во многих вошедших в историю определениях. Например: «Брак есть мужеви и жене сочетание, божественная же и человеческая правды общение»^[194]. 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»^[195].

Единение духовного и естественного отражено и во многих других суждениях. Так, отец Сергей Булгаков полагал, 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»^[196]. Единению этического и юридического также нашлись определения: «Брак, – пишет Гегель, – есть правовая нравственная любовь»^[197].

Со времен Древнего Рима брак полагали также договором. Этот третий классический взгляд на брак основывается не на представлениях о нем, как таинстве или договоре, а как явлении (отношении) особого рода. Договор, утверждал И. Кант, не порождает 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 общении^[198]. Придавая данной позиции юридическую форму, И.А. Загорский 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»^[199]. Поддерживает эту мысль и Г.Ф. Шершеневич: с одной стороны, брак есть соглашение мужчины и женщины с целью сожителства, заключенное в установленной форме, с другой – брак не есть обязательство, хотя то и другое может быть основано на договоре; брачное соглашение «не имеет в виду определенных действий, но, как общение на всю жизнь, оно имеет по идее нравственное, а не экономическое содержание»^[200]. Здесь уместно также вспомнить оригинальное суждение А.Л. Боровиковского, который в конце XIX в., сравнивая существо дел из гражданских и «семейственных» правоотношений, 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*»^[201].

Супружество, родительство и другие явления с семейным элементом, по мнению российских юристов конца XIX – начала XX в., приобретают статус «юридических учреждений» лишь с формальной, внешней стороны, с внутренней же остаются за пределами права, допус-

кая определенную степень воздействия обычая, морали и других подобных социальных институтов^[202].

Родительство, как и супружество, более подлежит воздействию законов физиологии, нравственности и обычая. Отношения между родителями и детьми «основываются, пишет Д.И. Мейер, преимущественно на любви родителей к детям – любви невольной, бессознательной, чуждой всякого расчета... 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...»^[203].

«В основе семьи, – подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, – лежит физиологический момент. Этим определяется элементарный состав семьи, предполагающий соединение мужчины и женщины. Дети являются естественным последствием сожителства. Если состав семьи обуславливается физиологическими причинами, то отношения членов семьи определяются этическим фактором. Положение женщины, как объекта удовлетворения физической потребности, не выделяющегося из круга других объектов удовлетворения материальных потребностей, сменяется положением ее, как самостоятельного члена семьи, связанного с нею любовью и привязанностью. Такого же самостоятельного положения, под влиянием смягченных нравственных взглядов, достигают и дети, которые первоначально стоят наравне с рабами и вещами в домашнем хозяйстве». «Физический и нравственный склад семьи, – продолжает автор, – создается помимо права. Введение юридического элемента в личные отношения членов семьи представляется неудачным и не достигающим цели. При чрезвычайном разнообразии этических воззрений... нормы права, определяющие отношения мужа к жене и родителей к детям представляются в глазах высших интеллигентных сфер общества слишком отсталыми, в глазах низших слоев – слишком радикальными, изменяющими вековые воззрения. Если юридические нормы совпадают с этическими, они представляются излишними, если они находятся в противоречии, то борьба их неравна ввиду замкнутости и психологической неуловимости семейных отношений». «Юридический элемент, – заключает Г.Ф. Шершеневич, – необходим и целесообразен в области имущественных отношений членов семьи»^[204].

Однако далее автор отнюдь не ограничивается последним тезисом, давая юридическую характеристику личным отношениям в браке, союзу родителей и детей, институту родительской власти, опеке и попечительству, статусу незаконнорожденных детей.

На зыбкость юридических возможностей в деле регулирования отношений родительства и детства обращал внимание и Д.И. Мейер. Отношения эти, писал автор, «подлежат более определениям закона физиологического и закона нравственного, нежели определениям права. Где изменяют законы физиологии, там оказывают им опору законы нравственности. Но так как отношения между родителями и детьми представляют и внешнюю сторону, а все внешние отношения поддаются юридическим определениям, то законодательство считает своей обязанностью регламентировать их», особенно в случаях уродливых отклонений от нормы^[205].

В физической природе, отмечал К.П. Победоносцев, соединение мужского и женского полов и рождение «имеет значение простого факта, в котором выражается одна цель – поддержание природы, воспроизведение единицы из самой себя... Но человек не ограничивается, подобно животным, одним фактическим отношением... Человек, как существо разумное, стремится обобщать явления», вследствие чего в том числе «утверждается понятие о союзе родителей и детей, продолжающемся целую жизнь»^[206].

А.И. Загоровский также полагал, что союз между родителями и детьми «в существе своем трудно поддается регулированию права, так как отношения, возникающие из этого союза, являются более естественно-нравственными, чем юридическими, вследствие чего и законодательство не может дать в этом случае точных предписаний» и ограничивается только общими чертами, которые при этом представляют собой в своем историческом развитии

весьма большое разнообразие – от «грубого подчинения детей безотчетной власти родителей, доходящего до права на жизнь и смерть детей, и кончая мягкими отношениями между первыми и вторыми, основанными больше на попечении, чем на власти»^[207].

Исследуя рассматриваемые отношения в историческом контексте, К.Д. Кавелин писал: «Физиологическое соединение лиц различного пола и рождение детей – факты, находящиеся вне области права, однако они с определенного исторического момента получают юридическое определение, соответствующее «понятиям людей в данном обществе при данных обстоятельствах, степени культуры и требованиям правильного общежития»^[208].

В.И. Синайский, подчеркивая сложность перевода семейно-этического в семейно-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, не ограничиваться констатированием их нравственного характера»^[209].

А.Л. Боровиковский, опираясь на опыт судейской практики, предлагал нам следующие размышления: «Природа некоторых правоотношений семейственных представляется действительно загадочной, 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 акцентировал свое внимание на личных отношениях, в том числе спорах с детским элементом, допуская их в сферу частного (гражданского в классическом смысле) права лишь условно и временно, ибо обычные гражданские установления для разрешения семейной тяжбы не пригодны^[210].

Как видим, классическая цивилистика внутренне противоречиво относилась к такому объекту гражданско-правового воздействия, как личные отношения супругов, родителей и детей, постепенно и объективно выстраивая в себе самой нетипичные механизмы для решения указанных проблем. И в конце концов она извергла и законодательно, и доктринально из своих частноправовых недр сгустки новой материи – семейное законодательство и семейное право, обогащенные публично-правовыми и этико-правовыми элементами, которые в своих необходимых сочетаниях и создали основу для гражданско-правового метода регулирования семейных отношений, в том числе отношений как с брачным, так и с детским элементом.

* * *

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 семейную^[211].

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 православие, ставшее на несколько веков почти монопольным регулятором брачно-семейных отношений – отразилась на истории русских женщин, их положении между свободой и закабаленностью, правоспособностью (дееспособностью) и бесправием^[212].

В языческую 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 соглашения^[213]. Согласно летописным описаниям, славяне имели обычай похищать на игрищах тех невест, с которыми сговорились. В «Повести временных лет» сказывалось: «...И ту умыкаху жены собе, с нею же кто съвещашеся»^[214].

Вторым способом заключения брака была покупка (впрочем, она могла быть и основой примирения при похищении)^[215]. Передача купленной невесты уже в древние времена развилась в весьма сложные формы: запродажная сделка («сватовство», т. е. осмотр предмета сделки – невесты – посторонними, и «рукобитье», т. е. заключение сделки самими сторонами)^[216].

Третьим способом заключения брака (у полян) было приведение: не жених похищает или покупает невесту, а ее приводят к нему в дом с приданым^[217]: «Поляне... брачные обычаи имяху: не хожаше зять по невесту, но приводяху вечер, а завтра приношаху по ней, что владуче»^[218].

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 приданого^[219].

К.А. Неволин противопоставлял два вида брака, существовавших одновременно и принятых у различных славянских племен: для первого характерны инициатива самих сторон в выборе брачного партнера, для вторых – третьих лиц, где «жених и невеста представляются в страдательном положении при заключении брака»^[220].

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 сожительству (в отличие от умыкания, или «умычки», здесь отсутствовал ритуальный элемент); 4) приведение (от умыкания отличало наличие согласия родителей невесты и свидетельство соседей); 5) прелюбодеяние (в более широком смысле, нежели принятом в настоящее время, т. е. и в смысле брачного сожительства, перешедшего в супружество) – фактический брак, сожительство неженатого мужчины и незамужней женщины – без публичного оформления и с ограниченными взаимными обязательствами супругов^[221].

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 лишать ее жизни. Развод производился относительно свободно, в браке с приданым – даже по инициативе женщин^[222].

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 права^[223]. 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 божественная же человеческая правды общение», целью которого являлось продолжение рода человеческого^[224]. Под влиянием византийского права, отмечал Г.Ф. Шершеневич, церковь православная ввела церковную форму брака, установила пределы свободы расторжения брачных уз, устранила многоженство^[225].

Однако действие христианских православных начал сказывалось медленно, сталкиваясь с вековым нравственным, хозяйственным и юридическим бытом крестьянства, обычным правом^[226]. 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 венчанию^[227].

Максимальный 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 лет от роду; дочь суздальского князя Всеволода Юрьевича Верхуслava в 1187 г. была выдана замуж за 14-летнего Ростислава Рюриковича «млада суще осьми лет»; Иван III был обручен («опутан») «девицею 5 лет»^[228]. «Достаточно яблока и немного сахара, чтобы она оставалась спокойной», – записал свои впечатления один из немцев-опричников в середине XVI в. о 9-летней невесте княгине Марии Старицкой 23-летнего герцога Магнуса^[229]. 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 впрок^[230].

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 венечной памяти, чтобы попы «о женихах и невестах разыскивали, вдовцы мужи и жены не в престарелых ли летах»^[231]. (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»^[232]. 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-ребенка^[233]. (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»^[234]).

К числу классических церковных условий заключения брака относилось отсутствие определенных степеней родства и свойства: первое – до седьмой степени включительно, второе – до шестой (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 благочестию 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 принципиально^[235].

По общему правилу, обязательным условием объявлялось неперемное 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 немало^[236]. 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...»^[237].

С другой стороны, источники свидетельствуют и об обратной тенденции. Так, договоры о помолвке (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 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 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”^[238]. Больше возможности свободного волеизъявления имели дети, а также женщины, выходявшие замуж не в первый раз. Новгородка Ульяница (XIV в.) писала возлюбленному Миките: «Поиди за мене. Яз тебе хоцю, а ты мене. А на то послухо Игнато...»^[239]

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»^[240]. Впоследствии это условие стало применяться к людям «служилым» военного и гражданского ведомств^[241].

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)^[242]. Следы многоженства обнаруживались и в христианскую эпоху. Подтверждением тому, в частности, назидатель-

ные 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...»^[243]

Регулировалась и повторность браков, а точнее – их последовательное количество. Лишь первый брак церковь признавала таинством, 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 лучшие, нежели распутное любодеяние»^[244]. 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)^[245]. Однако жизнь противилась этому строгому канону, допуская и 4, 5, 6, 7-й браки (пример Ивана Грозного) и даже 10-й (у вятчан)^[246]. 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 сахарные, и прижимал ее к сердцу ретивому...» Мотивация смены жен в этом тексте, отмечает Н.Л. Пушкарева, «настолько напоминает сегодняшний день, что не требует комментариев»^[247]. 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 указами^[248].

Для вдовиц устанавливался также траурный год – из понятных физиологических причин (для различения отца)^[249].

Сохранение невинности невесты до брака церковный закон не рассматривал в качестве условия его заключения. Девственность требовалась только от будущих жен представителей клира, а с мирских людей предписывалось взимание штрафа, «если замуж пошла нечиста»^[250]. Тем не менее несоблюдение целомудрия почти повсюду обставлялось более или менее позорными для невесты и ее родных последствиями^[251].

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 взаперти во избежание соблазна»^[252]. 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 церковной пелены шелковую вязь: “Да молчит всякая плоть...” (1499 г.)»^[253].

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 совер-

шения 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, т. е. 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»^[254]. 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»^[255].

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 предвлялось 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 смотре невесты. Иногда такое разрешение не давалось – «от гордости» или от того, «что невеста была дурна собою». Чаще же разрешение следовало – и в дом смотрительницы являлась мать или родственница жениха. (Впрочем, и тогда не было гарантии «качества товара»: девицу могли подменить сестрой, служанкой). Сам жених, как правило, видеть невесту до брака права не имел. Отрицательный результат смотра мог вести к расстройству брака^[256]. Знатным женихам делались исключения: на «общенародный смотр» великому князю Василию Ивановичу собрали 1500 девиц^[257]; 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 смотрительницы^[258].

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 венечная 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 domicilioем жены (в этом случае в некотором смысле муж как бы менялся ролью с женой – приносил ей приданое и т. д.)^[259].

Социальный статус жены определялся социальным статусом мужа. Это следовало из Церковного устава Ярослава, Судебника Ивана IV, Уложения царя Алексея Михайловича и других актов^[260]. Так, Судебник 1550 г. исходным размером за бесчестье жены определял сумму, двукратную от предусмотренной за бесчестье мужа (ст. 26): «...А торговым гостем большим пятьдесят рублей, а женам их вдвое против их бесчестна... а крестянину пашенному и непашенному бесчестна рубль, а жене его бесчестна два рубля...»^[261]. Дочь посадского, выйдя замуж за вольного человека, переставала находиться в черной слободе, и муж ее в тягло не записы-

вался (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)^[262]. 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 отображения^[263].

Впрочем, 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 бедны^[264]. Семья в тот период напоминала маленькое государство со своим главой и собственной публичной властью в лице мужа и отца^[265]. Власть мужа трактовалась как закон: «жене глава муж, мужу – князь, а князю – Бог». Права (без права, однако, на жизнь жены) власти осуществлялись непосредственным принуждением без помощи иска или обращения к публичным властям^[266].

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)^[267]. 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 времени^[268]. 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, скольких надобно было заставлять приближаться к нему силою, сколько женщин предавалось названным неприличным удовольствиям? На этот вопрос мы отвечать не решимся»^[269].

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 распределении... 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»^[270].

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: 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...»^[271].

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, т. е. 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, т. е. 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 сыновьями^[272]. 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)^[273]; 2) содержание жены в то время обеспечивалось дарением ей мужем или свекром имущества для обеспечения на случай вдовства^[274]; 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»^[275]).

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 XVII в. наступает эпоха юридических ограничений соответствующих прав, запретов дворянкам владеть поместьями, вотчинницам – наследовать родовую собственность (с целью усиления государственного контроля за землями)^[276].

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 брака^[277]. 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 оного 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 распустится, 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).^[278]

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 свойства^[279]. Высказывались также предположения о таких основаниях, как заключение брака «по насилью или в сумасшествии»... Однако основательных сведений на этот счет не обнаружено^[280].

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, неизвестном отсутствии в течение пяти лет, при совершении прелюбодеяния или в случае необоснованного обвинения жены в прелюбодеянии^[281].

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 «чужеложество» – с такой вероломной супругой муж был не только вправе, но и обязан развестись; прощение же жене греха измены рекомендовалось наказывать штрафом в пользу церкви^[282]. 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 монастырь^[283]; г) потеря невестой невинности до брака; д) различие вероисповеданий супругов (крещение на Руси при Владимире не было общерусским явлением)^[284]; е) обоюдное согласие супругов^[285]. 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 самостоятельностью^[286].

* * *

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)^[287]. 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 добропорядочным. При этом матери, наставляя дочерей, призывали их повиноваться воле мужей: «Ты уж не от меня будешь зависеть, а от мужа и от све-крови, которым ты должна беспредельным повиновением и истинною любовью...»^[288]. 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 традиций^[289].

И все же обычай приоритета родительского решения вступил в Петровскую эпоху в противоречие с прогрессивными социальными побуждениями. Это привело к замене стовора о браке между родителями жениха и невесты обручением за шесть недель, с правом отказа жениха или невесты от брачного союза при обнаружении у нее (него) физических недостатков или плохого здоровья^[290]. 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», т. е. 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 Елизавету^[291]. 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»^[292].

Перед венчанием по-прежнему производились обыск и оглашение («троекратная публикация» в церкви), требовались «венечная память», взималась венечная 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 лица^[293].

В XVIII в. появились три своеобразные формы гражданского (светского) брака, без церковного венчания – супружеские союзы православной с христианином другой конфессии, браки раскольников и супружество нехристиан^[294].

Брачный возраст Указом о единонаследии («О порядке наследования в движимых и недвижимых имуществях» 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)^[295].

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 лет^[296]. 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

лет^[297]. (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 лет^[298]).

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 охотились брать»); Н.П. Шереметев указал посылать крепостных девок, коим минет 17 лет, «а замуж не пойдут», на жнитво и молотбу казенного хлеба сверх обычных работ; в имениях А.Б. Куракина разрешалось штрафовать «девок», не вступивших в брак к 13–15 гг. – из расчета до 5 рублей в год; с военной прямоотой 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»)^[299]).

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»)^[300]. 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.^[301]

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...»^[302]. В действенность 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 сословиях^[303].

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 архиерея^[304].

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 венечных памятей не давать»^[305]. («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»^[306]).

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 духовному^[307].

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»^[308].

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 российского исповедания»^[309].

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. условие о согласии начальства распространялось на всех военнослужащих^[310].

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 истории^[311].

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 незамужней 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 ситуа-

ция – 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»^[312]. Крепостное состояние сообщалось от жены к мужу, однако за правило принималось, что в случае приобретения мужем свободы она приобретается и для жены^[313]. При этом крестьянские девушки, как правило, выдавались замуж за женихов из семей, равных по достатку и статусу^[314].

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»^[315]. 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 обращения^[316]. 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 церкви^[317]. 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 тщеславной дамы штраф^[318].

Приданое жены стало рассматриваться как ее раздельное имущество^[319]. 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 XVIII в. (государь написал резолюцию: «...быть по мнению большинства членов сената»)^[320].

Смерть одного из супругов вела, как, впрочем, и во все иные времена, к прекращению брака. С XVIII в. связаны существенные изменения в институте вдовства. С 1714 г. ликвидировались все различия в землевладениях, вдовы получили право на часть недвижимости, что не исключало «вдовьего пенсион». 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»^[321].

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...»^[322].

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 характер^[323].

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 всеми – специальным разрешением Синода его можно было обойти. Тем не менее число монастырей в XVIII в. сократилось, а пострижение туда юной девицы стало редким исключением^[324].

Иностранцы, прибывавшие в Россию в начале XVIII в. из католических стран, где развод был категорически запрещен, с удивлением писали, что последнее в России – дело обыкновенное^[325]. 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 «прелюбодейства», под понятие супружеской измены Синодом подводились «побеги или самовольные друг от друга отлучки», «посягательство жен в отсутствие мужей за других» и «также мужей в подобных тому винах являющихся». Большое количество «беззаконных сожительств» и измен наблюдалось в среде столичной аристократии, что дало основания некоторым историкам и мемуаристам XVIII в. писать о «повреждении нравов в России»^[326].

Поводами к разводу были двоебрачие (А.И. Загоровский приводит казус с неким Иваном Филатовым, который в течение одного года последовательно женился на пяти женах^[327]), неспособность к брачному сожитию мужа или жены, безвестное отсутствие не менее пяти 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...»^[328]

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 основательная причина... – крестьянский *мир* разрешал супругам жить врозь». Брак считался прекращенным, и бывшие супруги могли «начинать жизнь сначала». Впрочем, подобные случаи все же не были типичными^[329].

* * *

Брачное законодательство XIX в. не отличалось реформаторством – преемственность с установлениями XVIII в. была значительной. 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 сожительству, сумасшествие. Ко вто-

рым – 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 срок^[330].

Несмотря на то что большинство цивилистов XIX в. начинали исследование вопроса с условия о свободе воли (взаимном 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»^[331]. Епархиальным архиереям было предоставлено право разрешать более ранние браки (на полгода моложе установленного)^[332].

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 народонаселения, особенно сельского, отмечал автор, «весьма важно рано вступать в брак, чтобы иметь помощницу в хозяйстве и к зрелым летам воспитать помощников в лице детей»^[333]. Это подтверждалось и исследованиями в области обычного гражданского права С.В. Пахмана^[334].

Для жителей Закавказья, «ввиду раннего наступления зрелости», норма была понижена на три года^[335]. 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 детей^[336]. 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»^[337].

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 смерти^[338].

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»^[339].

Российское законодательство не восприняло западную норму об установлении известного соотношения в возрасте жениха и невесты, исходившую из предположения, что большая разница между ними также противоречит идее брака (хотя имело достаточно оснований в синодских указах прошлого столетия)^[340]. 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 обыкновенным^[341].

Законное кровное родство до четвертой степени оставалось основанием запрещения брака. Законодательство не давало ответа на вопрос о близком родстве, вытекающем из внебрачных рождений^[342]. 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»^[343].

Запрет браков между близкими свойственниками физиологическими причинами объяснен быть не мог – он восходил к церковным традициям^[344].

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 к совокуплению, а не к деторождению, и притом как неспособность добрая, а не возникшая во время брака^[345].

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»)^[346].

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.^[347]). В счет полагались лишь браки, заключенные по принятии христианства^[348]. 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 чистоте^[349].

Духовное родство, образованное «через восприятие от крещения», являлось препятствием к браку лишь в первой своей степени (крестный – крестница)^[350].

Отрицательным условием являлось монашество и духовный сан – иерейский и дьяконский (на период пребывания в нем)^[351].

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 православии^[352] (как мы уже отмечали, прецедент 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)^[353]. 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 мало-помалу заменяются «общением всего быта и жизни и признанием личности женщины»^[354].

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 жены^[355]).

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»^[356]. В отношениях крепостного права бывало ранее, а в отношениях семейных и продолжало часто быть, что помещик выбирал своему крепостному, а отец – сыну своему 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...»^[357]. К значимому принуждению автор относил обман, физическое насилие, устрашение, похищение, реальную угрозу (принуждение к браку под страхом лишения пищи, изгнания из дома)^[358].

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 испрашивалось^[359].

Иски о принуждении могли быть начаты не позже шести месяцев с того времени, как появлялась возможность подать жалобу заинтересованному лицу, при этом насилие подлежало гражданскому суду, а суждение о действительности брака – церковному^[360].

По своду законов, при общей свободе брачного выбора, требовались различные «дозволения» на супружеский союз, обусловленные соображениями общественного, административного и политического характера^[361]. В первую очередь – это согласие родителей (или опекунов, попечителей), которое вытекало из права родительской власти. Оно, впрочем, относилось к препятствиям, «не разрывающим» брак, т. е. не влекущим его недействительности. Обвенчавшиеся без родительского благословения могли быть подвергнуты ответственности по Уложению о наказаниях (заключению в тюрьме или монастыре от четырех до восьми месяцев и лишению наследства, позже – аресту), а священник – дисциплинарной ответственности, если знал о родительском запрещении. При этом письменного оформления дозволения не требовалось. Браки членов императорской фамилии должны были совершаться с высочайшего соизволения

царствующего императора – иначе союзы признавались незаконными, т. е. данное препятствие имело «разрывающую» силу^[362].

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)^[363]; 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 дозволялись^[364]. 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 список)^[365].

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 исповедания^[366].

Существовали ограничения, связанные с различными правонарушениями, в том числе преступлениями: а) двоеженство; б) нахождение в арестантских ротах, в ссылке, на каторге^[367]. Траурный срок для вдовы по российскому закону в отличие от прусского и французского, установлен не был^[368].

Личные отношения супругов строились по традиционной схеме, главные начала которой составляла триада: муж и жена – одно тело; муж – глава жены; жена от мужа не отлучается^[369].

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 ресурсы^[370].

Размышляя о судебной власти, наиболее основательно и формализованной разновидности таковых ресурсов, А.Л. 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 бессилён... Исполнительный лист не явится в семью «веткой мира», напротив, он закрепит вражду казенною печатью»^[371].

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 мужьям^[372]. (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 судебным 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 подлежит^[373]). 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, ссылке^[374].

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 оба^[375].

Имущественные правоотношения сводились к обязательству мужа содержать жену и к праву каждого супруга, по смерти другого без завещания, получить известную часть его имущества^[376]. 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)^[377].

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»^[378].

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»^[379].

К традиционным особенностям статуса женщины в русской семье, отмечает Н.Л. Пушкарёва, 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 владение приданым, право женщин привилегированного класса на фиксированную часть наследства^[380].

Еще Петр I много способствовал освобождению русской женщины. «Весь XVIII в., 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»^[381].

Ряд историков и цивилистов объясняют это в том числе влиянием русских императриц, которые «приняли к сердцу» положение женщины^[382]. 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 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?^[383]

Когда брак соответствует своей идее, супруги *de facto* считают свое имущество общим, продолжал свои размышления Д.И. Мейер, а где право власти выступает существенно резче, 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 разединение имущественных прав супругов «оказывается благодеянием со стороны законодательства»^[384]. (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^[385]).

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 бременем^[386]. (Притом что даже «сама церковь делает уступку потребностям гражданской жизни», допуская его прекращение разводом^[387]). «Мира, согласия семейной жизни, – отмечал К. Кавелин, – нельзя создать крайним затруднением разводов и разлучением супругов...»^[388] Не можем также не процитировать одно из ярких суждений об особенностях семейных распрей А. Боровиковского: «Любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный. Этот должник уплатил долг охотно, сказав «спасибо» за сделанное ему кредитором одолжение, другой уплатил проклиная – оба случая юридически одинаковы, ибо одинаковы внешние проявления отношений; в обоих случаях одинаково состоялось выполнение обязательства. Но далеко не празден вопрос, благорасположены ли друг к другу *муж и жена*, ибо здесь любовь есть самое *содержание* отношений... Суд бессилён *присудить семье счастье*... Должно ясно сознавать *пределы* той помощи, какую может оказать суд, когда к нему обращается семейная распря»^[389].

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 расторжения^[390].

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)^[391]. 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, образовавшейся до брака. Право на иск возникало не ранее чем через три года после начала супружества. Неспособность подтверждалась освидетельствованием во врачебном отделении губернского правления^[392].

По мысли Д.И. Мейера, ограничения по сроку наступления данного состояния объяснялись законодателем, вероятно, тем, что неспособность какого-либо супруга к брачному сожителству, открывшаяся во время брака, должна считаться несчастьем, которое следует переносить с терпением, с сознанием святости брака. Условие же о трехлетии, возможно, объяснялось необходимостью прибегнуть для излечения болезненного состояния к «врачебному искусству»^[393].

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 нахождения в месте ссылки, если супруги за ними не последовали, для совершения нового брака, но через один-два года (в зависимости от разряда ссыльнокаторжан и ссыльнопоселенцев)^[394].

Четвертым поводом служило безвестное отсутствие супруга («потеря всякого следа с места его нахождения» не менее пяти 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 иске^[395].

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, допускавшихся их верою, основанием к разводу служило присоединение одного из супругов к христианству^[396].

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

* * *

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 вступления в брак, если уж не самую функцию совершения последнего^[397].

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 приставами^[398]. 17 апреля 1905 г. Указом «Об укреплении начал веротерпимости» стали допускаться браки православных со старообрядцами и сектантами^[399].

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 мужья зачастую не только не содержали своих жен «по состоянию и возможности», как предписывал Устав Благодичиния, 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 таковом проживании наниматься на работу, поступать в частную, общественную и правительственную службу и учебные заведения без согласия мужей^[400].

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 процедура^[401]. Временное правительство в мае 1917 г. создало особое совещание из крупнейших юристов для подготовки закона «О поводах к разводу»^[402].

Еще во второй половине XIX в. появились женские гимназии. Затем были организованы высшие женские курсы, медицинские и педагогические институты, женские профессиональные курсы – коммерческие, сельскохозяйственные, юридические и т. д.^[403] Рождались и набирали силу различные течения за эмансипацию женщин, в том числе в сфере брачного и семейного права. При этом 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»^[404].

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 Октябрьской революции 1917 г. базировались на идеях светского (гражданского) брака, свободы развода и равноправия в браке мужчины и женщины.

Прежде всего существенно изменился социальный, в том числе семейный, статус российских женщин. Этим принципиально отличается «история женщин» в России от «истории женщин» Запада в XX в. 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 женщин из-под власти мужчин и от сословного неравенства произошло именно революционно и не тихо, сверху, почти принудительно, формально-юридически – в полном объеме^[405]. (Добавим: «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»^[406]. 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 Бебеля «Женщина и социализм» (1879 г.) раскрыла тесную связь между женским вопросом, потребностями женщин и общеклассовой целью рабочих^[407]).

При этом 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 буржуазной (не только с их недостатками, но

и их достоинствами)^[408]. Российское общество не было к этому готово ни идеологически, ни психологически, ни экономически – ни социум, ни семья, ни индивиды (мужчина и женщина).

«Добиваться разрешения женского вопроса, – подчеркивала А.М. Коллонтай, – значит добиваться замены старого мира новым миром общественного труда, братской солидарности и радостной свободы»^[409]. «Радостную свободу» российские женщины получили вместе с Гражданской войной, последовавшей за Второй мировой. Между тем, размышляя о последствиях последней, та же А.М. Коллонтай в другой своей работе констатировала: война 90 женщин из 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»^[410]. 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 заплаты на обветшалой 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»^[411].

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» (от 18 декабря) и «О расторжении брака» (от 19 декабря – соответственно в № 57 и 36)^[412].

Принцип равенства в них не был провозглашен автономно, однако предписания создавали основательный к тому фундамент: 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 (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 слабых, 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»^[413]).

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.)^[414]. 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 принцип гендерного равенства (разумеется, без употребления этого термина – последний, как правило, 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 только на право бывшей жены); 4) равные родительские права при равности статуса «брачных» и «внебрачных» детей.

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 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).

«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 60-х – начале 70-х гг. XX в.»^[415].

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 души 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»^[416].

В 1924 г. за месяц, взятый произвольно, было совершено браков по церковному обряду 704, а в Московском отделе загса – 1812 (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 разделах^[417].

Концепция решения женского вопроса в бытовом контексте содержала комплекс предложений по раскрепощению женщин (в значительной степени – утопических): электрическое освещение и отопление избавит «домашних рабынь» от необходимости убивать три четверти жизни на смрадной кухне^[418], тем более после создания широкой сети общественных кухонь и общественных столовых и прачечных; детские ясли и сады позволят 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 исключается^[419].

Анализируя эти малореалистичные идеи и попытки их воплощения в жизнь, О.А. Хасбулатова приходит к выводу, 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 государства^[420]. А.М. Коллонтай писала, что семья с точки зрения организации хозяйственных отношений «должна быть признана не только беспомощной, но и вредной...»^[421].

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 ни 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 единственному смыслу жизни, а распахнуть врата жизни всесторонней, научиться выходить из ее конфликтов, в том числе и любовных, «подобно мужчине, не с помятыми крыльями, а с закаленной душой»^[422].

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»^[423].

По мысли О.А. Ворониной, видимая прогрессивность раннесоветской эмансипаторской практики не меняла 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 мужчины^[424].

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, а следовательно, о 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 – женщины. Это требовало правовой охраны фактических брачных отношений^[425], что и было осуществлено Кодексом законов о браке, семье и опеке 1926 г.

(КЗоБСО)^[426]. Статус фактических супругов (не состоящих в зарегистрированном браке) был в целом приравнен к «законному» браку (ст. 12)^[427]. 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^[428]. 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...»^[429]. 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; с формально-юридической точки зрения не запрещался и вариант равноправной «гармонии» в домашнем труде...).

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 предписаний. 27 июня 1936 г. было издано постановление ЦИК и СНК СССР «О запрещении аборт, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах»^[430]. Г.М. Свердлов подчеркивал, что оно «представляло собою одно из ярчайших проявлений культурно-воспитательной функции социалистического государства»^[431]. Разумеется, та часть постановления, которая предполагала цель улучшения демографической ситуации и укрепления семьи позитивными методами (пособиями на ребенка, фиксированными размерами алиментов в процентах, даже некоторым усложнением процедуры развода), в целом и имела 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 последствиями^[432]; 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 тяжких 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 идеологием героев Дж. Оруэлла, нежели теоретические работы по семейному праву^[433].

(«Новый запрет, – внешне сдержанно констатирует М. Арбатова, – Россия ввела одновременно с фашистской Германией. С 1936-го по 1955 г. за криминальные аборты было осуждено и расстреляно 500 тыс. врачей и женщин, статистика умалчивает, сколько погибло от криминальных абортов»^[434]).

В условиях усиливающейся реакции в «книгу жизни» в духе Дж. Оруэлла продолжали вписываться новые страницы, 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 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”»^[435].

По точной характеристике М.В. Антокольской, указ мгновенно отбросил наше законодательство на столетие назад^[436], его негативные последствия сказались на многих поколениях^[437]. В категорическом негативе оказалась триада: брак, развод, внебрачное родительство.

Во-первых, за скобки правовой защиты был выведен фактический брак. В юридической литературе зазвучали мотивы о государственном подходе к браку^[438]. 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»^[439]. 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...»^[440].

Во-вторых, кроме осуждения незарегистрированных союзов (их участников, кстати, «любезно» пригласили к регистрации, хотя многие из них воевали на фронтах...), была подввергнута «вивисекции» 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.

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 суду^[441]. 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...»^[442]. Одностороннее или даже обоюдное желание прекратить брак не являлось, с точки зрения Верховного Суда 1940—1950-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 развода^[443]. 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 таинства; истоком «реабилитации» брака в 40-е гг. являлось «желание советского государства укрепить семейные связи»^[444].

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 30—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.^[445] Истинно «драконовской» мерой явились и положения указа о внебрачных детях – не допускалось ни добровольного, ни судебного признания отцовства, в графе «отец» ставился прочерк^[446].

Через 35 лет после принятия указа от 8 июля 1944 г. 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»^[447]. (И ни слова о безответственности мужчин! Между тем последним была предоставлена значительная свобода сексуальной жизни^[448] (лишь бы не разводились – за это их осуждал партком, профком и суд), им не грозило установление отцовства, алиментные обязательства и порицание за распущенность).

Эта «промужская» политика, справедливо отмечает О.А. Хазова, загоняла женщину в тупик^[449]: 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»^[450] были отменены правила о публикации в газете информации о разводе и двустадийность бракоразводного процесса. Следует заметить, что за 1 г. данной либерализации разводимость резко возросла. Так, в 1940 г. на 1000 человек населения мы имели 1,1 развода, в 1950 г. (через пять лет после принятия указа 1944 г.) – 0,4, в 1960 г. – 1,3 (т. е. больше, чем до указа), в 1966 г. – 2,8. Резкий скачок 1966 г. объяснялся прежде всего тем, что были расторгнуты браки, фактически распавшиеся ранее^[451], 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 70-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 брака^[452]; «хрущевская оттепель» дала новый импульс и взаимоотношениям мужчины и женщины).

В Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье^[453] были заложены базисные предпосылки, 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»^[454], 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.^[455] 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 – орган ЗАГС или суд), расширение согласительной сферы (соглашение об алиментах, о месте проживания ребенка и порядке общения с ним второго родителя, разделе имущества), защита 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 установления.

Кодекс 1969 г., дополненный в конце 1980-х – начале 1990-х гг., «продержался» до 1995 г. После принятия части I ГК РФ (1994 г.), в которой были отражены результаты всестороннего реформирования российского общества, назрела острая необходимость его замены более либеральным, современным, «рыночным» законом.

2.2. Гендер в законе: брак, семья, родительство, попечение

Гендер в системе «агентов» влияния. Однополые браки: концепт в духе «пятой колонны»; позиция российского законодательства. Семейно-правовое значение смены пола. Гендер и полигамия. Брачный возраст: гендерные «оцифрованные» предпочтения. Фактический брак в энергетике дискриминационного поля. Партнерства. Гендерные диссонансы бракоразводного процесса. Родительство и гендер: презумпция отцовства, внебрачное отцовство, споры о детях; охрана интересов nasciturus и право женщины на прерывание беременности; семейно-правовые, этические и фактические аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий. Об однополым родительстве и попечительстве: «война миров» или «толерантность»?

В конце XX и начале XXI в. наиболее активными «агентами влияния» при проектировании семейно-правового пространства выступили конструкция договора, национально-региональный контекст законодательства, применение вспомогательных репродуктивных технологий и гендер, в том числе во взаимодействии друг с другом. Поскольку непосредственным и специальным объектом нашего внимания является последний, он и будет играть главную роль в соответствующем юридическом спектакле, впрочем, лишь одним из многих на семейно-правовой сцене.

Следует сразу заметить, что значительная часть материи семейного законодательства гендерно нейтральна: равенство составляет принцип построения семейных отношений, супруги объявляются равными партнерами, свободными в выборе брачной фамилии, рода занятий, места жительства, режима отношений собственности, решения иных вопросов семьи, основанной на браке; родители, родственники, опекуны и попечители имеют равные возможности и обязательства (в рамках соответствующего статуса) относительно детей.

В то же время существуют, как мы уже отмечали ранее, объективные и субъективные предпосылки гендерной семейно-правовой дифференциации. Обратимся к подробностям.

* * *

Размышления у парадного подъезда учреждения брака о таинстве, конструкции особого рода либо договоре могут продолжаться «до заговенья» известного полезного овоща. Но как только наши мысли сосредоточатся на задаче войти в это учреждение, чтобы воспользоваться его услугами (или хотя бы проанализировать их качество), становится очевидным, что юридическим фактом к браку является заключение соглашения, в результате чего граждане приобретают статус субъектов особого правоотношения супружества (в каком-то смысле – и рамочного договорного обязательства), минимум содержания которого предполагает неопределенный набор юридических элементов и бесконечное, индивидуальное разнообразие элементов фактических^[456]. Это, на наш взгляд, в принципе объединяет означенную в начале и дискутируемую в науке триаду сущности явления брака^[457].

Дорожная карта следования по дискурсивному брачному пространству предполагала, предполагает и будет предполагать множество точек-остановок для конструирования доктринальных «фантазий» и прикладных решений – о природе брака, его моногамном или полигамном, гетеросексуальном или унисексуальном контекстах, степени ценности государственной регистрации и государственного контроля в целом, условиях заключения, статусе супружества и прекращении означенного статуса^[458].

Одна из них – об объективной заданности или субъективной оспоримости идеи о гетеросексуальном характере брака. Эта проблема уже далеко не нова и имеет два противоположных решения, основанных на двух противоположных «аксиомах»: 1) природа и первоначальная история полагают браком союз мужчины и женщины; 2) из универсальности конструкции прав человека следует право на брак всякого, независимо от его/ее сексуальной ориентации.

Сразу оговоримся, что судебно-конституционную позицию по данному вопросу, традиционную аргументацию и предложения с «другого берега», сентенции религиозных конфессий мы рассмотрим несколько позднее, предпочтя начать рассуждения со свежего материала – двух нетривиальных социологических позиций, одна из которых предполагает сохранение status quo, а другая претендует на «новый концепт» брака и роль «пятой колонны» в брачном пространстве.

Первую представляет А.Г. Щелкин^[459]. Автор, исходя из соображения о том, что одним из ключевых мотивов исключения гомосексуальности из международного классификатора болезней явилась констатация «натуральной генеалогии» нетрадиционной сексуальной ориентации^[460], подчеркивает необходимость современной переклассификации гомосексуализма на два вида – объективный и субъективный, «неизбежный» (детерминированный факторами биолого-генетического порядка) и ситуативный, «культурный», «институализированный». В последние годы, продолжает автор, он артикулируется как «свободно выбираемый» образ жизни, представляя собой новую стратегию, уходящую от биологических акцентов и от определенного сочувствия традиционного социума, и настаивающую на «культурном детерминизме». Соответственно, подчеркивает А.Г. Щелкин, как только гей-движение освобождает себя от «биологического детерминизма», оно «вступает в крайне противоречивую и неоднозначную фазу своего публичного самоутверждения», начиная черпать аргументы из концепции прав человека, что, казалось бы, вполне логично, однако в действительности представляет собой «самую настоящую коллизию не без деструктивных последствий для социума»: 1) частные интересы группы меньшинства возводятся в ранг универсальных, в результате чего «конструкция универсальных прав» рушится на корню»; 2) там, где гомосексуалисты являются полноценными субъектами основных прав человека, они оказываются в положении, близком к утрате своей «отличности» от «остального» социума, на что ЛГБТ-сообщество менее всего рассчитывало и рассчитывает; 3) «правозащитный» гей-активизм далее неизбежно выходит за пределы формата «основных прав» и начинает настаивать на «льготах», что является «дискриминацией наоборот»^[461]; 4) претензия на «атрибутику» гетеросексуального сообщества (по сути, «чужой реальности»), на недопустимо расширительное толкование таких основополагающих институтов, как брак и семья, «грозит вызвать негативный «мультипликационный эффект»^[462] по всей цепочке социальных институтов и практик^[463]. «Знак цивилизованности современного общества, – заключает автор, – в толерантности к приватной стороне нетрадиционной сексуальности; по-видимому, это и есть тот предел, за рамки которого не должны выходить ни гетеросексуальный, ни гомосексуальный миры, чтобы не подвергать себя риску саморазрушения – по принципу: «не навреди».

Положительно оценивая данную позицию, вынуждены констатировать, что не все компоненты ее аргументации равносильны и безусловны. Во-первых, как мы уже отмечали ранее, конструкция универсальных основных прав сама не является аксиоматичной. Западная гуманистическая мораль, хотя и воспринимается (а нередко и навязывается) как эталон цивилизации, выстроенное на ее основе право, особенно та его часть, которая связана со статусом личности, в общемировом контексте таковым не является. Особенно ярко это видится в вопросе права человека на брак и семейную жизнь.

Во-вторых, претензия некоего меньшинства (в нашем случае – ЛГБТ-сообщества) на определенное право, хотя и есть «частный случай» (а оно, сообщество, – носитель «частного

интереса»), это в принципе не отнимает у него возможности настаивать на универсальном (общечеловеческом) контексте этого права и для себя тоже, в нашем случае – права на семейную жизнь. Или, по крайней мере, ставить вопрос и дискутировать его, предлагая варианты решений.

В-третьих, содержательно многопланов и тезис о толерантности, в частности и в контексте, по мысли А.Г. Щелкина, количества и качества взаимодействия гетеросексуального и гомосексуального миров – в рамках цели самосохранения каждого из них. Трактовки толерантности столь разнообразны, что могут оказываться близки по смыслу «к требованию терпимости к проявлению любых крайностей», т. е. доводиться до абсурда^[464]. Толерантность, констатирует А. Кондаков, характеризуется тремя действиями – терпеть, допускать, позволять; «объект толерантности просит позволения у общества и у государства на собственное существование»; одновременно она характеризуется и дифференциацией, и терпимостью к «маргинализируемому Другому»; очевидно, что «аргументы толерантности весьма спорным образом формируют дискурс о ЛГБТ-правах»^[465]. Видимо, главным для меньшинства является подчеркивание через нее своей особенности и требование (а не просьба) сопряжения сущностей двух миров – гетеросексуального большинства и гомосексуального меньшинства. Что касается «льгот» (одного из упреков А.Г. Щелкина), то они имманентно присущи и доктрине, и законодательству, и практике реализации принципа юридического равенства – через механизм позитивной дискриминации (обоснованного выравнивания возможностей той или иной социальной группы)^[466]. Вопрос в том, должно ли ЛГБТ-сообщество относиться к подобному классу...

Нетрудно заметить, что, собственно, более или менее именно этим выводом завершается формулирование позиции А.Г. Щелкина. И следует также предположить, что именно с этой декларации можно фиксировать начало формулирования второй позиции, которая в итоге и превратится по играемой роли в «пятую колонну» учреждения брака.

Начало это, после констатации А. Кондаковым определенной избранности конструкции прав человека и претензии известного меньшинства на равноправное взаимодействие с известным большинством, практически сразу приводит автора к постановке знака вопроса в связи с толкованием принципа равноправия. Механизм аргументации в терминах последнего, замечает автор, основан на сравнении одной группы с другой^[467] и при этом оно ведется в условиях гетеронормативного^[468] дискурса, т. е. на чуждой территории^[469]. Иными словами, замечает А. Кондаков, мы (или многие из нас) ратуем за одинаковость с теми, от кого отличаемся, принимая их систему ценностей за свою, настаивая на одинаковых с ними наших правах. Между тем, продолжает автор, хотя скандирование лозунга «Мы такие же, как вы!» встречает широкую поддержку в среде ЛГБТ-сообщества, у этого аргумента есть серьезный недостаток. Правда в том, что мы вовсе не такие, как вы; сравнение ведется в условиях, где «ненатуралы» ратуют за одинаковость с теми, от кого отличаются, – «ассимиляция до уровня гетеросексуальной модели» может стереть наши особенности^[470]. Представители ЛГБТ-сообщества, констатирует А. Кондаков, счастливо покинувшие уголовно-правовое поле, хотя и не стали субъектами гражданского права^[471], не лишены всех семейных прав – у нас есть родственники, возможно, дети, мы живем в гражданских (неоформленных) семейных союзах и даже можем получить определенные выгоды от этого, так как остаемся незаметными для «всевидающего государственного ока». К концу XX в., по мысли автора, сложилось некое «универсальное понимание права на однополый брак, как блага, возжеленного для геев и лесбиянок ввиду того, что им наслаждаются гетеросексуалы», хотя само «понятие брака остается как бы нетронутым, не переосмысленным», ибо «брак – есть благо, и пусть никто не спрашивает, почему»; между тем исторически брак – социальный институт, устанавливающий право собственности мужчины над женщиной – ему надо кардинально меняться и для гетеросексуалов. Идеальный концепт брака, полагает А. Кондаков, независимо от формы (партнерство, сожительство и т. п.), должен

быть основан на отказе от регулирования эмоционального состояния и концентрации правовых усилий на достижении «равенства выгод для всех людей, живущих по тем или иным причинам под одной крышей»; он должен строиться на трех принципах: допуске в круг пользователей юридическими благами брака всех, кроме недееспособных; «десексуализация» его сущности (чем занимаются его участники по ночам, не имеет правового значения); регуляция правом только аспектов совместного проживания (собственность, бюджет, жилье) и родительства^[472].

Однако, во-первых, «выгоды» от отсутствия «государева ока» получают и гетеросексуалы, состоящие в фактическом браке (впрочем, относительно которого и в доктрине, и в законодательстве, как мы уже отмечали, нет единства подходов).

Соответственно, во-вторых, исторически не всякий брак был формой господства мужчины над женщиной. Да и современный союз строится на соглашении и равенстве (ч. 3 ст. 3, 31 СК РФ), хотя за пределами права (в области фактического) патриархатные начала присутствуют.

В-третьих, длительная патриархатная история брачного союза, что нами, разумеется, не отрицается, отнюдь не означает кардинального пересмотра института брака, тождественного, по сути, его самоликвидации (т. е. того, что латентно желает А. Кондаков, преследуя «благородную» цель обнаружения в современных сущностях универсального и прекрасного нового брачного концепта, равно пригодного для любых сочетаний всякого и всяких).

В-четвертых, не вполне ясно, почему автор, приглашая к новому союзу всех и каждого, отказывает в этом приглашении недееспособным. Как известно, в некоторых современных законодательствах они могут участвовать в брачном союзе с согласия лечащего врача и опекунов, если это благоприятно скажется на их личностном состоянии (ст. 506-1 Французского гражданского кодекса и др.)^[473]. Мы-то полагаем это неприемлемым, но мы – ретрограды...

В-пятых, эмоциональную составляющую и прежде, например, имперское, и современное законодательство не включают в юридическую сущность брака. Достаточно обратиться к трудам цивилистов XIX в., а также к СК РФ. В последнем (ст. 31) имеется указание на необходимость построения отношений супружества на основе взаимоуважения и взаимопомощи. Не более того. Конечно, в доктрине были и есть определения брака, в которых упоминаются и другие эмоциональные характеристики. Однако большинство определений, в том числе предлагаемых в качестве законодательных (ввиду отсутствия дефиниции в СК РФ^[474]), таковых указаний не содержит^[475].

Наконец, в-шестых, предлагаемый концепт брака до такой степени размыт и «универсален», что может обнять собою почти любые небольшие объединения граждан, включая соседей, относительно постоянных парочек с Тверской, партнеров по малому бизнесу, снимающих общие апартаменты, и т. п. В качестве «подлянки» для гетеросексуалов это годится (как своеобразный «ход конем» в год Лошади). В качестве серьезного проекта – сомнительно. За сим – пока все-таки разойдемся, по совету А.Г. Щелкина, по своим пространствам, долженствующим взаимодействовать с толерантной энергетикой (в положительном, не уничижительном, смысле). И еще раз подумаем об альтернативах.

* * *

Обратимся, однако, к более традиционной аргументации.

Российское семейное законодательство (как, впрочем, и национально-юридические обыкновения значительного числа других стран, включая ближнее зарубежье и государства Восточной Европы^[476]) полагает браком композицию мужского и женского начал. Несмотря на отсутствие дефиниции брака в СК РФ, это становится очевидным из формулировок норм ч. 3 ст. 1 и ч. 1 ст. 12 СК РФ. Конституционность и соответствие международно-правовым стан-

дартам прав человека данного положения, как известно, было проанализировано Конституционным судом РФ по жалобе Э. Мурзина. В определении № 496-О от 16 ноября 2006 г. об отказе в принятии данной жалобы к рассмотрению суд выстроил следующую правовую позицию: 1) одно из предназначений семьи – рождение и воспитание детей; 2) отношение к браку как биологическому союзу мужчин и женщин составляет национальную традицию Российского государства; 3) отсутствие юридической возможности регистрации однополых партнерства никак не влияет на уровень признания и гарантий прав и свобод заявителя как человека и гражданина; 4) нормой ст. 23 Международного пакта о гражданских и политических правах право на вступление в брак 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.

Последняя ссылка является самым сильным аргументом. Конвенция содержит три нормы, вызывающие к систематическому толкованию. Первая гарантирует правило о невмешательстве публичных властей в осуществление права на уважение частной и семейной жизни, за исключением случаев, когда оно предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, а также для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц^[477] (ч. 2 ст. 8). Невмешательство может быть и пассивным, юридически индифферентным, что мы и имеем в нормах ст. 1 и 12 СК РФ. Вмешательство допускается в виде исключения. Так, одной из причин запрета на усыновление в однополые семьи граждан иностранных государств (ст. 127 СК РФ) предполагается демографическая угроза воспроизводству российского населения и охрана интересов детей (впрочем, подробнее об этом – при соответствующем анализе института родительства и попечительства).

Вторая запрещает дискриминацию по признаку пола или любым иным признакам (ст. 14). Однако наряду с негативной существует и «позитивная дискриминация», или дифференциация, имеющая объективные, в том числе и биомедицинские основания (специальная охрана прав и интересов беременной женщины, приоритетная защита интересов ребенка, обеспечение интересов лиц с семейными обязанностями и т. п.). Указанная конструкция реализует один из признанных международных правовых стандартов. Третья норма, как мы уже отмечали, дает право государствам регулировать брачные и семейные отношения в соответствии с национальным законодательством (ст. 12).

Разумеется, при толковании Конвенции Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ), прочитавший «в одной статье целый семейный кодекс» (ст. 8), опирался и опирается, отмечает М.В. Антокольская, на теорию «динамической интерпретации» положений Конвенции (ст. 8, 12, 14), рассматривая их «в свете обстоятельств сегодняшнего дня», а также на доктрину «пределов усмотрения для стран-участниц в целях достижения необходимого баланса между усилением защиты прав человека в области семьи и самоограничением суда в этой области». Автор при этом замечает одну важную закономерность в подходах ЕСПЧ: там, где затрагиваются интересы детей, уровень защиты прав, как правило, существенно выше, нежели в случаях с совершеннолетними участниками процесса. Одновременно автор на двух примерах демонстрирует разность подходов Суда в сходных ситуациях по политическим причинам (дела «Маркс против Бельгии» и «Джонстон против Ирландии»)^[478]. Это свидетельствует о том, что и решения ЕСПЧ не являются высшим эталоном объективности, непредвзятости и справедливости^[479]. Тем более что юрисдикция Суда ограничена конвенционными рамками. Готовность участников Конвенции, подчеркивает Н.С. Бондарь, добровольно следовать практике ЕСПЧ отнюдь не означает прецедентной от нее зависимости, ее общеобязательности и нормативности, а свидетельствует лишь об определенной степени (возможно, высокой) собственного усмотрения по данному вопросу^[480]. (Разрабатываемая в настоящее время Европейская

конвенция о семейном статусе, где неизбежно должны присутствовать и нормы об однополых семейных союзах^[481], вектор «собственного усмотрения» лишь усилит).

Как известно, наиболее сильные «бастионы» в лице Франции и Великобритании в 2013 г. сданы, хотя к этому результату данные страны (и ряд других) шли постепенно, в качестве первичных предпосылок имея законодательство об однополых партнерствах^[482]. Именно на французскую модель такого союза в «нулевые» годы возлагал надежды наиболее известный защитник прав сексменьшинств Н.А. Алексеев: в 2002 г. автор предлагал инкорпорировать в российское законодательство правовую конструкцию партнерства, альтернативную браку, – предпочтительно не семейно-правовой, а гражданско-правовой природы, с последующей корректировкой разнополой сущности брака в «унисекс»^[483]. Ключевыми аргументами автор полагал (и, судя по его выступлениям в СМИ в 2012–2013 гг., продолжает на них настаивать) следующие: объективная данность гомосексуальных отношений, их несвязанность с выбором индивида; соответственно – потребность в социальной статусности таких лиц; недоказанность негативного влияния однополых союзов на процесс воспитания детей; стереотипность традиционных взглядов на семейную жизнь^[484].

Впрочем, с одной стороны, «успехи братьев и сестер по разуму» в западных странах, конечно же, вдохновляют их российских соратников. С другой стороны, эти «успехи» усиливают сопротивление противников, проектируя изменения в российское законодательство как публично-правового, так и частно-правового характера.

В цивилистике также наблюдается определенная рассогласованность мнений: от замалчивания проблемы или неприятия новейших тенденций до понимания необходимости того или иного варианта ее положительного решения. Так, М.В. Антокольская полагает, что институт зарегистрированного партнерства для однополых союзов, который порождает, по сути, практически те же последствия, что и брак, «представляется на первых порах оптимальным и для России»^[485]. (Во «второй поре», видимо, речь идет об институте брака). И.А. Трофимец также не исключает подвижек в этом вопросе, хотя придерживается более осторожной позиции: ориентируясь на международно-правовые стандарты, семейное законодательство России и стран ближнего зарубежья (постсоветского пространства) постепенно придет к признанию семейных прав лиц с нетрадиционной сексуальной ориентацией, однако без уравнивания их в правах с традиционными супругами, особенно в вопросах применения ВРТ, усыновления и попечительства; акцент следует делать на урегулировании имущественных отношений таких партнеров^[486].

Возможно, гражданско-правовой контекст решения проблемы и явится компромиссным вариантом. Однако в принципе и в настоящее время для подобных ситуаций не исключаются некие непоименованные в ГК РФ, диверсифицированные на основе существующих конструкций договоры, например, о «совместной деятельности». Кроме того, очевидно, что за этой уступкой последуют и другие. Важно понять: готовы ли мы к поэтапному развитию событий и вероятной сдаче позиций? Между тем, во-первых, по буквальному смыслу, гражданско-правовые партнерства являются аналогами («суррогатами») семейных союзов. Если же придерживаться идеи суверенной сущности и природы семейного законодательства^[487], то присутствие института однополого партнерства в ГК РФ неприемлемо. Во-вторых, не на всякую данность следует спешить законодательно реагировать – значительная часть отношений с семейным элементом лежит за пределами права. Этой идеи, как мы уже отмечали, придерживались классики цивилистики (М.И. Загоровский, Д.И. Мейер, Г.Ф. Шершеневич, Е.М. Ворожейкин и др.^[488]). Ее разделяют современные цивилисты-семейноведы^[489] и политики^[490]. В-третьих, на сущность и тенденции российской государственности, законодательства и правоприменительной практики *de facto* оказывают влияние ведущие религиозные конфессии, а православие

и ислам полагают рассматриваемые отношения либо болезнью, либо грехом. В многоконфессиональной и исторически самобытной России с этим необходимо считаться, соблюдая, впрочем, осторожную меру в вопросе религиозного и государственного взаимодействия. В-четвертых, несмотря на исключение из международных документов о здравоохранении^[491] гомосексуализма как заболевания, последний не становится от этого очевидной нормой.

* * *

Следующий шаг в пространство сомнений высвечивает проблему семейно-правового значения смены пола. Первый тип ситуации связан с фактом сокрытия соответствующим субъектом указанного обстоятельства при заключении брака. В принципе она может квалифицироваться как сделка, совершенная под влиянием заблуждения в субъекте (п. 4 ч. 1 ст. 178 ГК РФ является новеллой гражданского законодательства, к которой, впрочем, настойчиво призывали цивилисты^[492]), а при преднамеренности действий контрагента по введению лица в заблуждение, включая умолчание о значимых обстоятельствах, – как сделка, совершенная под влиянием обмана (абз. 2 ч. 2 ст. 179 ГК РФ). Обман, как известно, может относиться не только к элементам самой сделки, но и к обстоятельствам, сопутствующим ее совершению, включая мотивы, влияющие на формирование воли обманутого лица^[493]. «В тесном смысле, – отмечал И.Б. Новицкий, – 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»^[494].

Советские семейноведы к возможности использования данных конструкций в институте брака относились с большой осторожностью. 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 брака^[495]. А.М. Белякова подчеркивала, что значимыми представляются заблуждение и обман относительно юридической сущности брака (в частности, условий его заключения), заблуждение же иного рода, в том числе в отношении состояния здоровья и т. п., не являются значимыми^[496]. (Следует заметить, что советские авторы даже не предполагали, что речь может пойти о фактах перемены пола посредством медицинских манипуляций, которые вполне доказуемы). М.В. Антокольская отмечает, что заблуждение является понятием более широким, нежели обман, оно может возникнуть и в результате независящих от сторон причин или даже вины самого заблуждающегося супруга; существенным может быть признано и заблуждение относительно моральных качеств одного из супругов, например, брак с проституткой, лицом, осужденным за преступление; в практике

ряда стран существенным считается заблуждение относительно способности супруга к брачной жизни, к производству потомства, гомосексуализм^[497].

На возможность подобных квалификаций нас ориентирует не только стратегическая норма ст. 4 СК РФ о субсидиарном применении гражданского законодательства, но и специальная норма абз. 2 ч. 1 ст. 28 СК РФ. Другое дело, что последняя упоминает об этом как бы мимоходом, отвечая на совершенно другой вопрос – о лицах, имеющих право требовать признания брака недействительным. Это, конечно, некорректно с точки зрения обыкновений законодательной техники и должно быть исправлено путем переноса сентенции о заблуждении и обмане, например, в ст. 27, но, однако, не отменяет самой обсуждаемой возможности. Более того, в связи с тем, что и заблуждение, и обман как основания признания сделки недействительной имеют весьма специфическую подоплеку и жизненные вариации, полагаем уместным и оправданным дать в ст. 27 СК РФ неисчерпывающий перечень ситуаций, в том числе указав и на факт сокрытия (преднамеренного либо непреднамеренного) смены пола.

Второй тип ситуации связан с переменной пола лица, уже состоящего в браке. Случай – не слишком распространенный. Однако, как совершенно справедливо замечает М.Н. Малеина, чтобы сделать определенные выводы, для юристов (в отличие от специалистов многих других наук) количественные показатели отнюдь не обязательны: даже единичные ситуации требуют своего решения^[498]. Проблема коррекции пола порождает различные правовые вопросы: основания данного изменения в смысле юридико-фактическом (медицинские показания, решение врачебной комиссии, дееспособность транссексуала, акт волеизъявления); порядок осуществления коррекции; правовой статус лиц, подвергшихся указанной процедуре (в том числе изменение ЗАГС, выдача нового документа, удостоверяющего личность, пенсионные аспекты, связанные, в частности, с достижением пенсионного возраста, который у нас гендерно дифференцирован и т. д., а также семейно-правовое положение)^[499].

В контексте институтов брака и семьи правовые последствия до сих пор не определены. Так, например, Д.И. Степановым высказана идея о квалификации изменения пола как «социальной смерти» – с объявлением такого гражданина умершим по правилам ст. 45 ГК РФ^[500] и прекращением брака. М.Н. Малеина^[501] и Л.А. Смолина^[502] подчеркивают, что изменение пола не должно приравниваться к биологической смерти: не открывается наследство, не прекращаются права и обязанности (в том числе алиментные, совместной собственности, относительно семейного жилища и т. п.), не возникает ситуации явки гражданина, объявленного умершим (ст. 46 ГК РФ). Л.А. Смолина предлагает новеллировать не гражданское, а семейное законодательство путем дополнения нормы п. 1 ст. 16 СК РФ: «Брак прекращается... а также при изменении пола одним из супругов». Таким образом как бы фиксируется юридическая смерть возникшего (но не допускаемого законом) однополого супружества, союз аннулируется автоматически, без расторжения (видимо, по факту регистрации органов ЗАГС смены пола). М.Н. Малеина считает целесообразным, во-первых, внести дополнение в законодательство об охране здоровья граждан, об обязанности врача сообщать о состоявшейся операции и ее последствиях другому супругу^[503], во-вторых, предусмотреть аналогичную обязанность по информированию заинтересованных лиц об успешно проведенной операции в письменном договоре между пациентом и медицинским учреждением, в-третьих, прекратить брак путем его расторжения по причине невозможности сохранения семьи. Автор не исключает (по крайней мере, категорически) и другую возможность – сохранение брака на основе кардинального изменения семейного законодательства – при трансформации традиционного супружества «в иной союз между однополыми людьми, ведущими общее хозяйство, воспитывающими общих детей, но не выполняющими ролей мужа и жены по отношению друг к другу»^[504]. В этой связи также возникает проблема изменения записи о родительстве и смены отчества ребенка. Однако, полагает Н.А. Темникова, последнее действие не отвечает интересам ребенка, поэтому

производиться не должно; для исключения различного толкования ситуации в СК РФ следует предусмотреть прямое о том указание^[505]. (Поскольку речь о допущении однополых браков и семейных союзов с детьми впереди, ограничимся рассматриваемым частным случаем).

Прекращение брака путем его расторжения, конечно, отвечает современной либеральной модели правового регулирования отношений с семейным элементом. Можно, например, предусмотреть право второго супруга обратиться в орган ЗАГСа с заявлением о разводе в бесспорном порядке (по типу правила п. 2 ст. 19 СК РФ). А если этого не произойдет? Предоставить указанному органу право прекращения брака в уведомительном порядке?... Возможно также превентировать конфликтную ситуацию: установить согласованные правила медицинского и семейного законов о принятии лицом, претендующим на официальную смену пола и состоящим в браке, обязательства о бесспорном прекращении брачного союза одновременно с заявлением о регистрации смены пола. В этом случае безразличной законодателю становится позиция другого супруга. Впрочем, подобный вариант существует в связи с безвестным отсутствием, объявлением лица недееспособным или осуждением его к лишению свободы на срок свыше трех лет. Так или иначе на реакцию следует решиться. Возможно, в самостоятельной главе СК РФ, посвященной всем аспектам семейно-правовой природы, связанным с изменением пола, применением ВРТ, включая семейно-правовые последствия указанных актов.

* * *

Гендерный контекст присутствует и в семейно-правовом предписании о единобрачии (ст. 14 СК РФ). 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)^[506]. 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 Ингушетии, Республике Чечне). Так, постановлением № 32 от 11.07.1999 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 супруг».

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.^[507])

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 эмиграции^[508].

Биологическое, в том числе материнское, начало нередко 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, т. е. права женщины иметь несколько мужей. Россия, конечно, европей-

ская страна, но, ориентируясь на западные страны, пристально вглядывается в восточные тонкости бытия...

Следует заметить, что подходы к рассматриваемой версии действительно несколько либерализируются. «Проблема, по-видимому, – замечает М.В. Антокольская, – упирается в решение вопроса о том, в какой мере моногамный брак можно рассматривать в качестве универсальной ценности, имеющей внерелигиозное значение»^[509]. И.А. Трофимец полагает, что для России допущение полигамии (ее мужской версии – полигинии) явилось бы эффективным средством разрешения ряда социальных проблем: 1) об охране семьи и интересов женщины при фактической полигамии; 2) гендерной диспропорции; 3) преодоления демографического кризиса^[510]. «Дозволение многоженства, – продолжает автор, – удовлетворяло бы интересам не только мусульманского населения России, но и тех лиц (как мужчин, так и женщин), которые приемлют данную форму брака»^[511]. Последняя часть тезиса, не несущая в себе национально-восточного «флера», вполне обоснованно может быть оспорена в контексте гендерного равенства и гендерной нейтрализации законодательства.

Заявил по данной проблеме свою позицию и Конституционный Суд РФ. В определении № 851-О-О от 18 декабря 2007 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Рязанова Нагима Габдылахатовича на нарушение его конституционных прав положениями п. 1 ст. 12 и 14 Семейного кодекса Российской Федерации»^[512] было констатировано, что Россия является светским государством, поэтому религиозные установления, «допускающие полигамию брачных союзов, иной подход к решению этого вопроса в ряде других государств, не могут оказывать влияния на государственную политику в области семейных отношений, основные начала которой характеризуются, в частности, принципом единобрачия (моногамией), исходящим из отношения к браку как биологическому союзу только одного мужчины и одной женщины, что не допускает одновременного нахождения в нескольких браках». Суд подчеркнул, что позиция Семейного кодекса РФ основана на идее равных прав мужчины и женщины на брак и семью и соответствует норме ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, предусматривающей в области регулирования семейных отношений приоритет национального законодательства.

Разделяя данную правовую позицию в принципе, тем не менее заметим ее некоторую «шероховатость» в деталях. Во-первых, акцент на биологичность супружеского союза, опираясь на общее фактическое правило, не основан на прямом толковании семейного закона и не универсален по жизни. Во-вторых, как известно (что мы неоднократно и подчеркивали), равенство также не относится к абсолютным величинам – оно уступает исключениям в тех случаях, когда ситуация требует особой охраны значимых интересов (по мысли И.А.Трофимец и др., таковые для полигамного контекста брака наличествует или, по крайней мере, требуют дополнительных размышлений законодателя – при том, что в странах, где полигамия разрешена, к ней прибегает далеко не каждый мужчина). В-третьих, ссылка на ст. 12 Конвенции, конечно же, безупречна, однако только в том смысле, что национальные колориты семейного законодательства возможны. Она ничего не объясняет по существу проблемы^[513].

* * *

Юриспруденция постоянно выстраивает возрастные барьеры (трамплины, непреодолимые препятствия), опираясь на некие относительно объективные критерии, руководствуясь традициями и обычаем либо вовсе черпая решения из таинственного источника. Семейно-правовая сфера изобилует всем разнообразием указанной методологии проектирования возрастной архитектоники. Достаточно ярко это проявляется в институте брака. В историческом

и сравнительно-правовом аспектах возраст как юридический факт окрашен и в цвета гендера, ибо весьма часто (а в прошлом – как правило) он различен для мужчин и женщин.

Так, согласно Кормчей книге, минимальный брачный возраст устанавливался в 15 лет для мужчин и 12 лет для женщин. Однако браки совершались и в более раннем возрасте: Святослав Игоревич в 1181 г. был возведен в супружество 10 лет от роду; дочь суздальского князя Всеволода Юрьевича Верхуславы в 1187 г. была выдана замуж за 14-летнего Ростислава Рюриковича «млада суще осьми лет»; Иван III был обручен («окутан») «девицею 5 лет»^[514]. 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 впрок^[515]. Верхний возрастной предел, а также разница в возрасте формально не предусматривались – священникам по этому вопросу давались лишь общие рекомендации по опросу брачующихся («не в престарелых ли летах», нет ли «великой разницы в летах»)^[516].

В Указе Петра I «О порядке наследования в движимых и недвижимых имуществах» от 23 марта 1714 г. была предпринята попытка увеличить законный брачный возраст: «...И дабы кадеты обоих полов каким образом не были притеснены в молодых летах, того для невольню в брак вступать ранее, мужского пола до двадцати, а женского до семнадцати лет» (ст. 5)^[517]. Однако петровское новшество оказалось нежизнеспособным, осталось как бы незамеченным. Синод продолжал руководствоваться Кормчей книгой и предписывал брачный возраст соответственно с 15 и 13 лет. Лишь в 1830 г. Указом Синода, чтобы, по возможности, предотвратить неблагоприятные последствия столь юных союзов, принято было за благо определить возрастной ценз в 18 и 16 лет (жителям Закавказья – 15 и 13 лет, для кочевых инородцев Восточной Сибири – 16 и 14, жителям Финляндии – 21 и 15)^[518]. Возрастной предел «перезрелости» был определен Синодом лишь в 1844 г. (80 лет)^[519]. Запрет был гендерно симметричен. Д.И. Мейер в этой связи подчеркивал, что ограничение явилось как бы отражением античного воззрения на супружество как учреждение, имеющее целью рождение детей. Кроме того, продолжал свои размышления автор, 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»^[520].

Впоследствии церковным законодательством наибольший возраст 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»^[521].

XX в. характеризовался колебаниями между 16- и 18-летним брачным возрастом. Так, в 1918 г. (по Кодексу законов РСФСР об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве) он фиксировался в гендерной асимметрии (16 лет для женщин и 18 лет для мужчин), с 1926 г. (ст. 5 Кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР) был установлен 18-летний брачный возраст (с правом административного его снижения для женщин на один год^[522]). С принятием соответствующих кодексов союзных республик наблюдался разброс решений. Так, к брачно-возрастной асимметрии (16–18 лет) прибегли Украина, Молдавия, Азербайджан, Армения. Все республиканские кодексы допускали административное снижение брачного возраста, однако не тождественным образом (например, в РСФСР – на один год, на Украине – на полгода и т. д.)^[523].

Единства не было достигнуто и последующими республиканскими кодексами о браке и семье 1969 г. Например, на Украине и в Узбекистане (регионах совершенно различных географически и культурологически) брачный возраст для женщин был установлен в 17 лет. В РСФСР действовало гендерно нейтральное правило о возможности его снижения до двух лет

(с 18 до 16). В семи союзных республиках – до одного года (в том числе на Украине, в Литве, Белоруссии, Грузии, Туркмении), а в шести – до 1 года, но только для женщин (в том числе в Казахстане, Эстонии, Молдавии). Как видим, в последних двух типах решений сколько-нибудь ясного и общего критерия (причины) также не наблюдается. Если учесть, что за заключением брака следует наступление полной гражданской дееспособности, то преимущественно лично-правовая (брачная) возрастная дифференциация, в сочетании с гендерными акцентами, превращаясь в имущественно-правовую (гражданскую), становится необъяснимой: половая зрелость как узаконенное основание сделкоспособности – это уже из области беллетристики, а не юриспруденции...

Одновременно цивилисты подчеркивали, что законодательство не устанавливает ни предельного брачного возраста, ни максимальной разницы в годах жениха и невесты, никак при этом не поясняя и не комментируя подобные решения^[524], – в отличие от цивилистов конца XIX – начала XX в. Преклонные лета (как правило, в сочетании со значительной возрастной дифференциацией) могут явиться лишь поводом к предположению о фиктивности брака^[525] либо о фактической недееспособности и соответственно основаниями для признания брака недействительным^[526].

Действующее российское правило о брачном возрасте содержит в себе еще больше вариантов. Во-первых, сохранено административное усмотрение в вопросе его снижения до 16 лет (п. 2 ст. 13 СК РФ). В процессе подготовки проекта семейного кодекса высказывались предложения об общем снижении брачного возраста (тем более что мировая практика знает подобные случаи), однако в итоге они были отклонены, видимо, в связи с тем, что такое решение споспешествовало бы поощрению ранних браков, по своей сущности незрелых и, как правило, нестабильных. Тем не менее, как справедливо отмечает М.В. Антокольская, переоценивать влияние законодательства в сфере брачности не следует: несовершеннолетие не препятствует вступлению в фактические брачные отношения, беременности и рождению ребенка в таком союзе, поэтому и предусмотрена возможность снижения брачного возраста в аналогичных и т. п. ситуациях, ибо отказ в регистрации таких отношений, если они уже сложились, ни к чему, кроме нарушения прав и игнорирования социально значимых интересов фактических супругов, привести не может^[527].

Во-вторых, введена новелла о региональном законодательном усмотрении о снижении брачно-возрастного барьера ниже федерального предела (от 16 до... 14?). Причем в проекте Семейного кодекса этот «скачок» был лимитирован 14 годами, а в проголосованном варианте данное ограничение исчезло. Норму ч. 2 п. 2 ст. 13 СК РФ многие региональные законодатели восприняли как свободу решения, в принципе не связанного с географическими, культурологическими, социологическими обстоятельствами, и приняли законы с количественным разнообразием: ниже 16 лет (без предела, например, в Башкортостане), 14 лет, 15 лет. Так, в центральной европейской части, в том числе в регионах вокруг Москвы, – во Владимирской, Вологодской, Калужской, Тульской, Московской и др. областях допускается снижение до 14 лет, Рязанской, Тверской – до 15 лет и т. д., а в Ярославской области – соответствующий проект был отклонен и действует федеральная норма...

В 2002 г. Совет Федерации ФС РФ отклонил законопроект, предусматривающий для исключительных случаев допущение снижения брачного возраста ниже 16 лет (на общегосударственном уровне). Однако, как справедливо замечает Л.Ю. Михеева, приведенные примеры необоснованной разности подходов, свидетельствуют о том, что единообразное федеральное решение весьма желательно^[528], а индивидуализация его применения и будет осуществляться в рамках административного усмотрения – по типу действующей административной практики применения правила о снижении брачного возраста до 16 лет^[529]. С этой позицией солидарны и другие авторы^[530], в том числе и мы. Так, М.В. Антокольская отмечает: «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, при отсутствии такой возможности, браки с несовершеннолетними будут совершаться в соответствии с местными обычаями^[531], 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»^[532].

Видимо, общедоменная граница снижения брачного возраста должна находиться на рубеже 14 лет^[533], без гендерных различий. 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 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, приобретать 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: 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 правосубъектности.

В то же время, полагает М.В. Антокольская, коль скоро практика знает случаи беременности и рождения детей даже 13-летними, не должно исключаться решение и об ином снижении брачного возраста в строго индивидуальном порядке^[534]. Истинно так. Однако в этой связи необходимо помыслить о трех вопросах. Во-первых, следует ли за столь эксклюзивным решением наступление полной гражданской дееспособности? Во-вторых, компетентны ли административные структуры на его принятие? В-третьих, должно ли вноситься изменение в административное законодательство об идентифицирующем личность документе (паспорте), выдаваемом, как известно, с 14 лет? Видимо, на первый и третий вопросы придется ответить положительно. Впрочем, с возможными исключениями^[535].

Что касается второго, то целесообразно подумать о передаче решения в судебную подведомственность^[536]. Именно такая процедура предусмотрена во многих странах – либо для снижения брачного возраста в целом, либо в исключительных случаях (Великобритания, Польша, Нидерланды, Украина и др.^[537]). Так, в соответствии с нормой п. 2 ст. 23 СК Украины право на брак может быть предоставлено лицу, достигшему 14 лет, по решению суда, если будет установлено, что это отвечает его интересам. В этой связи представляет также интерес предложение И.В. Бакаевой и В.Е. Стреглю об усилении связи между эмансипацией и брачной дееспособностью: факт эмансипации может заменить собой административное разрешение на снижение брачного возраста^[538] (коль скоро и вступление в брак несовершеннолетнего представляет собой своеобразную эмансипацию). Кстати говоря, подобная параллель дополнительно аргументирует основательность идеи передачи решения о снижении брачного возраста (особенно ниже 16-летнего предела) судам – скорее всего, в подсудность мировой юстиции.

Как известно, европейская тенденция за последние 40 лет в основном стабилизировалась, чему в том числе способствовало и придание праву на заключение брака статуса одного из основных прав человека (ст. 12 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод): брачный возраст в большинстве стран уравнивается с возрастом совершеннолетия (18 лет)^[539]. В то же время имеются и расхождения: в ряде стран брачный возраст ниже возраста общегражданской дееспособности (Португалия, Англия и Уэльс, Шотландия), в других – сохраняется его гендерная асимметрия (либо по общему правилу, например, в Швейцарии – 20

лет и 18 лет, либо в контексте его специального снижения, например, в Польше^[540]). Следует, впрочем, заметить, что указанная асимметрия в последние годы минимизирует свое присутствие в законодательстве. Так, во Франции более 200 лет брачная правоспособность мужчин начиналась в 18 лет, а женщин – в 15, однако в 2006 г.^[541] правило стало гендерно-нейтральным и сходным с общеевропейским. Повсеместно (за редким исключением) допускается снижение брачного возраста, причем в отдельных случаях – ниже 16 и даже 14 лет^[542].

В восточных правовых системах гендерная асимметрия сохраняется (например, в Японии соответственно 18 и 16 лет, КНР – 22 и 20 лет), в мусульманских странах возрастная граница, как правило, не определена, хотя и наблюдается некоторая тенденция к ее установлению в рамках следования нормам международного права^[543] и, разумеется, практически существует (если не процветает) гендерное возрастное различие^[544].

Таким образом, хотя «приключенческая» составляющая в вопросах начала брачной правоспособности присутствует в современных законодательствах не столь ярко, как ранее, отдельные позиции свою отчетливую индивидуальность сохраняют, включая гендерную дифференциацию брачного возраста.

Адресуясь к внутреннему российскому брачному законодательству, выведем ключевые аспекты, связанные с возрастными характеристиками, нуждающимися в осмыслении и/или перекоординации.

1. «Разногласие» регионального законодательства необходимо гармонизировать общей нормой на федеральном уровне, установив нижний предел в 14 лет.

2. Индивидуализация на региональном уровне в этой связи перейдет на усмотренческую область применения общей нормы к конкретному случаю.

3. С учетом гуманитарно трактуемого права человека на семейную жизнь (в том числе основанную на брачном союзе) следует подумать о допущении в особых случаях снижения брачного возраста ниже федеральной границы, например, при рождении несовершеннолетней ребенка.

4. Такому же размысленческому режиму необходимо подвергнуть триаду идей: а) об ограничении дееспособности несовершеннолетнего супруга (14–16 лет? ниже 14 лет?) в части распоряжения недвижимостью, исполняемой судебным решением (а не через институт попечительства родителей или других лиц); б) о расширительном подходе к эмансипации: последствия решения по данному вопросу в принятом смысле (ст. 27 ГК РФ) могут быть распространены и на брачную правоспособность; в) об изменении административной подведомственности дела о снижении возраста брачной правоспособности (брачного совершеннолетия) на судебную (возможно, в рамках мировой юстиции, а, возможно, и в пределах компетенции районного суда – с учетом тенденции передачи ему споров о детях); как вариант – о дифференциации подведомственности на административную и судебную, с ориентацией последней на усмотренческое решение по особым, архиисключительным случаям (например, о снижении брачного возраста ниже 14-летней границы).

При этом в любом случае гендерная асимметрия явным образом будет отсутствовать в семейном законодательстве (кроме констатации оснований снижения брачного возраста, например беременности^[545]) и явным образом присутствовать в правоприменительной практике.

* * *

В двойном дискриминационном поле находится фактический брак. Первый аспект дискриминации гендерно нейтрален: являясь реальной разновидностью супружества и даже «большим браком», чем законный (ибо совместное проживание, создание семейной общно-

сти ему присуще имманентно – в отличие от зарегистрированного супружества, где действует принцип свободы выбора места жительства и *de facto* можно длительное время проживать раздельно или вовсе в «фактическом разводе»^[546]), не обеспечен юридическим признанием, в том числе семейно-правовой и судебной защитой интересов его участников.

Второй аспект гендерно проблемен, ибо, как правило, речь идет о незащищенности интересов женщины. Ее домашний труд ежедневный, без выходных и праздников, а часто – и «отпусков», безусловно, должен расцениваться как общественно полезный. При прекращении же фактического супружества либо в ситуации вдовства) он не учитывается при определении соответствующего имущественного статуса. Неизбежная квалификация имущественной составляющей фактического брака как разновидности отношений гражданского оборота не является справедливым решением. вектор регулирования этих отношений должен быть перенесен в пространство семейного законодательства. Обратимся за подробностями в историческом, сравнительно-правовом и доктринальном контекстах.

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)^[547]. 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»^[548].

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 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»^[549].

«Брак республиканской эпохи, – пишет Дженнаро Франчози, – был исключительно фактическим отношением, т. е. не чем иным, как продолжительным союзом между мужчиной и женщиной (парный брак в этнографии), с которым государство постепенно начинает связывать некоторые последствия»^[550]. 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»^[551].

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 брак^[552]. «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»^[553]. 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 свидетелей^[554]. 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, состояние 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 уровень детей, рожденных в браке^[555]. На конкубину не распространялось, в отличие от жены, достоинство положения мужа, и она не входила в его семью^[556].

М. Кайзер и Р. Кнутель отмечают: конкубинат есть непризнанный в качестве брака длительная общность жизни и полового сожителства мужчины и женщины. В определенных границах он 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, но и в 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 образцу 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 имущества^[557].

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)^[558].

Конкубинат (естественный, дикий брак) и *contubernium* воспринимались, по характеристике Цезаре Санфилипо, вполне толерантно – в отличие от *adulterium* (половой связи лиц, из которых 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 следовало^[559].

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.