

Н. Н. ТАРУСИНА

# РЕБЕНОК В ПРОСТРАНСТВЕ СЕМЕЙНОГО ПРАВА

МОНОГРАФИЯ

РЕБЕНОК КАК ДЕФИНИЦИЯ

РЕБЕНОК ДО ПЕРВОГО ВЗДОХА

РЕБЕНОК В ПРОСТРАНСТВЕ ЦИВИЛИСТИКИ

СЕМЕЙНАЯ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ РЕБЕНКА

РЕБЕНОК КАК «СУБЪЕКТ» И «ОБЪЕКТ» ПРАВА

ГРАЖДАНСКО-ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ  
ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ РЕБЕНКА

«ИНТЕРЕСЫ РЕБЕНКА» — КЛЮЧЕВАЯ КОНСТРУКЦИЯ  
СЕМЕЙНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА



СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

МОНОГРАФИЯ МОНОГРАФИЯ МОНОГРАФИЯ МОНОГРАФИЯ

Надежда Тарусина

**Ребенок в пространстве  
семейного права. Монография**

«Проспект»

**Тарусина Н. Н.**

Ребенок в пространстве семейного права. Монография /  
Н. Н. Тарусина — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-213775-6

В монографии рассматриваются вопросы семейно-правового и гражданско-процессуального статуса ребенка в контексте исторических и современных тенденций доктрины и законодательства. Рекомендуется научным работникам, практикующим юристам, аспирантам и студентам, обучающимся по направлениям «Юриспруденция», «Социальная работа». Выполнена при поддержке гранта РГНФ № 12-03-00521.

ISBN 978-5-39-213775-6

© Тарусина Н. Н.  
© Проспект

# Содержание

ПРЕДИСЛОВИЕ	6
ГЛАВА 1	7
ГЛАВА 2	26
Конец ознакомительного фрагмента.	32

**Н. Н. Тарусина**  
**РЕБЕНОК В ПРОСТРАНСТВЕ**  
**СЕМЕЙНОГО ПРАВА**  
**Монография**



[битая ссылка] [ebooks@prospekt.org](mailto:ebooks@prospekt.org)

## ПРЕДИСЛОВИЕ

Предлагаемая читателю работа является одним из индивидуальных результатов научных исследований кафедры социального и семейного законодательства юридического факультета ЯрГУ им. П. Г. Демидова в рамках гранта РГНФ «Ребенок в пространстве права: цивилистический аспект» (№ 12-03-00521). Первым же их итогом явился сборник научных трудов кафедры «Социально-юридическая тетрадь» (Вып. 2, 2012 г.), в котором представлены работы и приглашенных ученых – профессоров А. М. Нечаевой, О. Ю. Ильиной, О. Ю. Косовой.

В монографии рассмотрены тенденции семейного и смежного российского законодательства о статусе детей, предложены размышления о дефиниции ребенка, проблеме статуса неродившегося ребенка, семейно-правовой и гражданско-процессуальной правосубъектности детей, их субъективных семейных правах и обязанностях, содержании конструкции «интересы детей», некоторых аспектах гражданско-процессуального законодательства в сфере защиты указанных прав и интересов.

За пределами авторского внимания остались вопросы попечения над детьми, особенности разрешения отдельных категорий споров о детях, имущественно-правовые аспекты проблемы. Они станут объектами коллективного исследования кафедры и приглашенных ею ученых-семейноведов в последующих выпусках «Социально-юридической тетради» и других трудах.

*Н. Тарусина*

*Апрель, 2013 г.*

## ГЛАВА 1

# РЕБЕНОК В ПРОСТРАНСТВЕ ЦИВИЛИСТИКИ: РОССИЙСКИЕ ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ ТЕНДЕНЦИИ ДО ОКТЯБРЬСКОЙ РЕВОЛЮЦИИ

Любое человеческое существо в известный момент времени и в некой точке географически-природного и социального пространства, имеющих, впрочем, вполне определенные *de jure* и совершенно не определенные *de facto* границы, относится к особому и весьма загадочному типу, т. е. является ребенком. Ни мораль, ни право не способны охватить его (ее) полумифическое бытие, его (ее) индивидуальность как субъекта общественных отношений, как носителя необходимых (?) и достаточных (?) потребностей и как объекта охраны и защиты – в целях его (ее) выживания, развития, взросления, перехода из мира детскости в мир совершеннолетних человеческих существ, несовершеннолетних как в своем индивидуальном образе, так и обобщенном виде. И если последние суть точки (разумеется, со сложным внутренним строением и не менее сложными внешними связями) в бесконечной Вселенной, то ребенок – «зыбкое предточие», динамически вбирающее в себя азы биологических, физических и социальных законов существования в природно-общественной среде обитания.

При этом самое отдаленное от истинного положения вещей – право как система формально определенных правил поведения специфического типа. Эта система неизбежно втягивает в свое пространство особое человеческое существо – ребенка и предлагает ему (ей) хотя бы относительные ориентиры в виде субъективных прав и, возможно, юридических обязанностей в лице попечителей, призванных пополнить его (ее) неразвитое, неполное правовое бытие, в образе государственных и общественных структур, способствующих такому восполнению и контролирующим его.

Эта среда многослойна и многоструктурна. Она имеет конституционно-правовые и разнотраслевые характеристики. Из них семейно-правовая – наиболее приближена к развивающемуся (до формальной границы взрослости) ребенку. Что она ему (ей) <sup>[1]</sup> предлагала, предлагает и готовится предложить на пути преобразования совершенного несмышлениша в очевидного в своем несовершенстве смыслениша?..

\* \* \*

«В основе семьи, – писал 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 находятся в противоречии, то борьба их неравна ввиду замкнутости и психологической неувимости семейных отношений».

«Юридический элемент, – заключает Г. Ф. Шершеневич, – необходим и целесообразен в области имущественных отношений членов семьи» [2].

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, и характеристику весьма подробную (она станет объектом нашего внимания в надлежащем месте).

На зыбкость юридических возможностей в деле регулирования отношений родительства и детства обращал внимание и Д. И. Мейер. Отношения эти, писал автор, «подлежат более определению закона физиологического и закона нравственного, нежели определению 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 [3].

В физической природе, отмечает 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» [4].

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» [5].

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» [6].

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» [7].

А. И. Боровиковский, опираясь на опыт судейской практики, предлагал нам следующее размышление: «Природа некоторых правоотношений семейственных представляется действительно загадочною, подобно тому, как существуют загадочные для научной классификации организмы – не то растения, не то животные. “Право семейственное” и кодексами, и системати-



ками 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 непригодны <sup>[8]</sup>.

Как видим, классическая цивилистика внутренне противоречиво относилась к такому объекту гражданско-правового воздействия, как личные отношения 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 частно-правовых 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 негражданско-правового метода регулирования семейных отношений, в том числе отношений с детским элементом.

Классики следующего поколения «семейной цивилистики» (Е. М. Ворожейкин, В. А. Рясенцев и др.) продемонстрировали юридическому миру феномен семейных отношений, а с ним – и «блеск и нищету» идеологии и инструментария поддержания их жизнедеятельности.

«Спектральный» анализ этого феномена являл собою не менее восьми его характеристик: личный характер связей, подчиненное факультативное положение имущественных контекстов, специальный субъектный состав, доверительность, безвозмездность и длительность отношений, включенность в их содержание вкраплений этических начал и традиций, значительное присутствие публичной компоненты (в связи с необходимостью общественного контроля над развертыванием семейной истории, особенно если в ней появляются дети) <sup>[9]</sup>.

«Блеск же и нищета» семейно-правового инструментария весьма разноплановы: это и революционно-прогрессивный всплеск семейно-правовых решений о браке, разводе и детях (1917–1918 гг.), фактическом браке (1926 г.), опеке и попечительстве, и трагифарс Указа ПВС от 8 июля 1944 г., в котором положение о звании «Мать-героиня» сочеталось с юридическим запретом внебрачного отцовства и умопомрачительной процедурой расторжения брака, возрождении идеи о равенстве детей независимо от обстоятельств их рождения (1968–1969 гг.) и либерализации бракоразводного процесса (1965, 1968–1969 гг., 2005 г.), коммерциализации семейно-правовой сферы через брачный договор (с отказом от охраны и защиты интересов детей), возмездный договор об опеке по типу конструкций гражданского права...

Пройдемся, однако, по историческому семейно-правовому пространству относительно неспешным шагом.

«Как ни существенны филогенетические предпосылки родительства, – пишет И. С. Кон, – биология не объясняет специфику родительского поведения, его мотивации и институционализации у человека. Сравнительно-исторические данные, – продолжает автор, – убедительно показывают, что современные житейские представления на сей счет вовсе не являются универсальными и родительская любовь, как мы сегодня ее понимаем, – продукт длительного и весьма противоречивого исторического развития» <sup>[10]</sup>.

Есть ли у человека потребность, кроме соображений биологических и рационально-экономических, в отцовстве, материнстве, детях?.. Каковы роли и типы выбора соответствующего поведения в промискуитетную эпоху, родовую и т. д. – по возрастающей, до современных контекстов заданных вопросов? От распространенного во многих архаических обществах инфантицида (его вероятность у охотников, собирателей и рыболовов была почти в семь раз выше, чем в племенах скотоводов и земледельцев: последние убивали младенцев по качественным признакам и ритуальным соображениям) через неограниченную родительскую власть над

жизнью и смертью ребенка – к власти все более либерального толка: над телом – в смысле медицинского благополучия ребенка, над интеллектом – тренировки бытовых навыков с целью подготовки к обнаружению им адекватного места в жизни и удовлетворения познавательных потребностей, над душой – в контексте самосознания, эмоциональной и духовной самоидентификации.

Несмотря на то что эти и другие подобные вопросы и констатации могут и должны возникнуть и в головах юриспруденческих – в связи с размышлением о смысле жизни, заботой о собственных детях, обучением студентов и т. д., – профессиональные ответы на них неустанно черпаем у философов, психологов, педагогов.

Наш удел – охватить это бесконечное пространство противоречий, поисков и находок, сомнений и результатов внешними сетями юридических правил поведения, постоянно меняющихся в нашем изменчивом мире.

\* \* \*

Юридическая история российского родительства и детства ввиду отдаленности ее истоков и отсутствия систематической фиксации источников укрыта флером некоторой неопределенности и недосказанности, а в летописях – недописанности. Так, нет единства в допущении детского жертвоприношения и иного бесконтрольного распоряжения жизнью ребенка. Одни ученые, опираясь на западные и восточные аналоги, полагают возможным таковые обычаи и у нас <sup>[11]</sup>. Другие пребывают по данному вопросу в сомнении. А. И. Загоровский отмечал, что едва ли в древние времена у нас родителям принадлежало право убивать своих детей при рождении, распространенность же соответствующего обычая у других народов необходимым и достаточным доказательством не является – летописи русские о подобных примерах не сообщают <sup>[12]</sup>. А. А. Котляревский, впрочем, фиксирует языческие обычаи славян сжигать со знатным умершим его имущество, челядь и отроков <sup>[13]</sup>. Однако славянофильство А. И. Загоровского позволяет ему в целом высказываться в смягченном ключе: убийство детей при рождении вряд ли оставалось безнаказанным, славянская натура хоть и «не отличалась мягкостью, но и не была столь суровой, что было свойственно народам Востока, римлянам, германцам» <sup>[14]</sup>.

Законность происхождения ребенка первоначально определяющего значения не имела. Под родительскую заботу попадали и дети внебрачные, и приемыши (например, грамотой митрополита Киприана вдове Феодосье в 1404 г. было дано право на усыновление «примачка» Тимошки, которого она вдова «взяла за детяти место» <sup>[15]</sup>). Позора незаконнорожденным детям Русская Правда не объявляла, но к наследникам не причисляла, если рождены были от рабы (ст. 88).

Как свидетельствует Ярославский список Правды Русской, немало беспокойства проявлялось относительно наследования детей и вдовы в целом: 1) после смерти мужа детям на вдову «выделить часть, а что ей завещал муж, тому она госпожа, а наследство мужа ей не следует» (ст. 93); «Если будут дети от первой жены, то дети возьмут наследство своей матери; если муж завещал это второй жене, все равно они получают наследство своей матери» (ст. 94); «Если были у человека дети от рабы, то наследства им не иметь, но предоставить свободу им с матерью» (ст. 98); «Если будут в доме дети малые, и не смогут они сами о себе позаботиться, а мать их пойдет замуж, то тому, кто им будет близкий родственник, дать их на руки с приобретениями и с основным хозяйством, пока не смогут сами заботиться о себе...» (ст. 99); «Если жена собралась остаться вдовой, но растратит имущество и выйдет замуж, то она должна оплатить все <утраты> детям» (ст. 104); «Если отчим растратит что из имущества отца пасынков и умрет, то вернуть <утраченное> брату <сводному>, на это и люди <видетелями> станут» (ст. 105); «А мать пусть даст свое <имущество> тому сыну, который был <к ней> добр...; если

же все сыновья будут к ней плохи, то она может отдать <имущество> дочери, которая ее кормит» (ст. 106) <sup>[16]</sup>.

Как отмечает Н. С. Нижник, в связи с некоторым распространением у славян многоженства и повсеместного признания наложничества отцам предоставлялось право признать ребенка, рожденного за пределами брачного канона (например, князь Владимир, сын ключницы княгини Ольги, был зачат от Святослава, признан им и принят в княжеский род; напротив, Святополк, сын князя Владимира и жены его брата Ярополка, был объявлен незаконным как рожденный от прелюбодеяния <sup>[17]</sup>).

С принятием христианства значение законного родства постепенно заполнило юридическую нишу допустимого происхождения (впрочем, не без исключений). Соборным Уложением 1649 г. узаконение внебрачных детей запрещалось, даже и через бракосочетание родителей.

Укрепился институт родительской власти. «Необходимая помощь, – замечает Г. Ф. Шершеневич, – может быть организована в обществе двояким образом: или она подается непосредственно обществом, среди которого человек рождается, или она возлагается на его родителей»; государство держится «второго начала, возлагает на родителей обязанность вскармливания и воспитания и передает им необходимую для этой цели власть», основанием которой является автономия семьи <sup>[18]</sup>. Первоначально, подчеркивает автор, родительская власть базировалась не на общественной идее, а на идее частной – как форма собственности над детьми. В то же время М. Ф. Владимирский-Буданов уточнял, что основание ее сводилось не к частному (*domium*) и не к государственному (*imperium*), а к *potestas*; при этом последнее понятие у нас все же ближе ко второму: титул власти у россиян – государь-батюшка, государыня-матушка, поэтому право родительской власти состояло более в управлении и суде, нежели в «частной экономической эксплуатации сил детей» <sup>[19]</sup>. Заданность подобного родительско-детского режима подкреплялась традицией, нравственным строем жизни и православным канонам.

Институт родительской власти на первом этапе своего юридического становления предполагал не только беспрекословное подчинение батюшке, но нередко и матушке. Например, когда разбушевавшейся во хмелю Василий Буслаев «ворочал со своими друзьями целым Новгородом, бил и увечил мужиков десятками, когда силы религии и крестный отец, почтенный монах, не могли успокоить молодца от буйного задора, тогда мать посылает за ним девушку, и горячий богатырь покоряется ей безусловно, становится ниже травы, тише воды и безропотно отправляется в материнский дом» <sup>[20]</sup>.

В летописях находятся свидетельства о продаже детей в рабство (в голодные времена). Из Судебника Иоанна IV и других актов Московского периода следует, что лица свободные (не холопы и не чернецы) этим правом пользовались – на условии, впрочем, что родители-продавцы и сами должны были поступать в холопы. В XVI в. право отдачи в вечное холопство было заменено правом отца и матери отдавать детей в кабалу, однако при аналогичном кабалении же и самих себя. Когда в XVII в., отмечает М. Ф. Владимирский-Буданов, кабальные записи прекращаются, то взамен по Уложению царя Алексея Михайловича появляется право на отдачу детей в услужение, «в работу на урочные годы». Автор характеризует данное изменение как зачаток обязанностей родителей заботиться об образовании детей и кормлении их <sup>[21]</sup>, пусть и сторонним, иной раз тяжким по обстоятельствам детской в услужении жизни. (При этом достаточно долго удерживалось право родителей отдавать детей в заклад за долги.)

Поскольку наличие у славян обычая располагать жизнью детей (имеются некоторые сведения подобного рода относительно поморян) в целом оспаривается, акцент права родителей на жизнь ребенка <sup>[22]</sup> делается на разнообразные наказания, впрок и за провинности, в целях воспитания. Из «Домостроя», известного и достоверного источника московского обычного права, следовала неограниченность прав наказания детей: «Сына ли имаши, не дошед внити в юности, но сокруши ему ребра. Ащебо жезлом биеша его, не умрет, но здоров будет. Дщерь ли

имаши, положи на ней грозу свою» (гл. 21). Однако вменялась родителям, прежде всего отцу, и положительная забота: «Если дочь у кого родится, благоразумный отец... от всякой прибыли откладывает на дочь... так дочь растет, страху Божью и знаниям учится, а приданое ей прибывает» (гл. 20); «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. 25) [23].

Однако «Домострой» имел в виду воспитание «сокрушением ребер» отцом сыновей. Матери поднимать руку на чад – сыновей, тем более дочерей, – не полагалось. Ей отводилась иная роль. Это подтверждается и фольклором: «Дети балуются от маткиного блинца, а разумеют от баткиного дубца» [24].

Родители могли обратиться с жалобой на детей и к властям. В рамках упрощенного производства обоснованность обвинения ребенка в неблагоприятном проступке не расследовалась – довольно уже было жалобы, чтобы детей «били кнутом же нещадно, и приказати ими быти у отца и у матери во всяком послушании безо всякого прекословия, а извету их не верети» [25].

«Домострой» (отнюдь не будучи книгой – «исчадием ада» для семьи) закреплял и определенные обязанности детей перед родителями: «...любисе отца своего и мать свою, и послушайте ихъ, и повинуйтеся имъ, по Бозъ, во всемъ; и старость их чсите; и немощь ихъ, и скорбь всякую, отъ всея душа, понесите на своей вые: и благо вам будетъ, и долголѣтны будети на земли... Аще ли кто злословить, или оскорбляеть родителя своя, или кленѣтъ или лаеть: сій предъ Богомъ грѣшенъ, от народа проклятъ... Сынъ и дщерь не послушливы отцу или матери, въ пагубу имъ будетъ...» [26].

При этом, пишет Н. Л. Пушкарева, русской традиции соответствовало многочадие. В допетровской Руси оно являлось общественной необходимостью: именно оно обеспечивало сохранение и приумножение фамильной собственности, гарантировало, при многочисленных болезнях и морах, воспроизводство фамилии в частности и русского населения в целом [27].

Детей, отмечает автор, в русской иконописи X–XIII вв. было принято изображать как маленьких взрослых, со строгими, недетскими ликами. Составители правовых кодексов относились к ним без снисхождения на возраст [28].

Если в семьях родовитых дети были скорее благо – как продолжатели фамильного рода, а часто – и вовсе радость великая, то в простых семьях отношение к ним было сложное, противоречивое: лишний рот, «с ними горе, а без них вдвое», «Бог дал, Бог взял»...

Поддерживались традиции патрилокальности, определенного предпочтения сыновьям перед дочерьми («дечи отцу – чуже стяжанье», или, по В. И. Далю: «Дочь чужое сокровище», «Сын – домашний гость, а дочь в люди пойдет»). Наблюдалась и иная тенденция: «Матери более любят сыны, яко же могут помогати им, а отцы – дщерь, зане потребуют помощи от отец» [29].

Однако, как отмечает Н. Л. Пушкарева, тенденции небрежения детьми, особенно девочками, противодействовала воспитательная работа церковнослужителей, стремившихся утвердить среди прихожан идеалы «благочестивого родительства» и материнской любви [30].

В народной традиции отсутствие детей считалось горем, да и традиция церковная (при всем воспеании безбрачия и девственности) также рассматривала бездетные браки как неблагоприятные, что аналогичным же образом воспринималось и прихожанами: «Бог не дал своих родити, за мои грехи» [31].

В XVII в. произошли изменения во взглядах москвитов на материнство, что привело к возрастанию роли матери в социализации детей. Иконография отликнулась особой радостью красок в изображении деторождения. Смягчению нравов способствовала и церковная проповедь к своим «чадам», требование «не озлобяти наказуя». В письмах родителей дети именовались ласкательно: «Алешенька», «Марфушенька», «Утенька»... Рождались

новые нюансы отношений, понимание неразумности, несамостоятельности, беззащитности ребенка, что весьма трудно было отыскать в прошлые времена.

«Давно оспоренный многими западными историками, – пишет Н. Л. Пушкирева, – тезис о том, что в доиндустриальное время “дети больше работали, чем играли”, не находит подтверждения и в истории русской семьи предпетровского времени». «Хотя церковные дидактики, продолжает автор, – требовали воспитания детей в строгости, безо всяких игр и развлечений, хотя автор “Домостроя” настаивал: “не смейся к нему, игры творя” (т. е. не улыбайся, когда играешь с ребенком) – жестокосердных матерей, способных строго запретить детские игры, и детей, лишенных “матерня ласкателства”, было немного»<sup>[32]</sup>. Матери в Московии часто были также главными защитниками интересов и здоровья своих чад, о чем свидетельствуют многочисленные челобитные на имя государя (конец XVII в.)<sup>[33]</sup>.

Особую роль в «смягчении нравов» играли в русских семьях бабушки – тем более что для России было характерно длительное существование неразделенных семей, с сохранением в них значительной роли пожилых женщин («Дочернины дети милее своих», «С моей бабусей никого не боюсь: бабуса-щиток, кулачок-молоток»)<sup>[34]</sup>.

В XVIII в. (особенно в годы Просвещения, после сочинений Ж.-Ж. Руссо) в образованных кругах стали стремиться к «естественности» нравов и поведения, что оказало влияние и на семью: кормление грудью нравственно поощрялось, внимательное отношение к личности ребенка полагалось необходимым<sup>[35]</sup>.

«Природность», впрочем, проявлялась и в драматических контекстах – высокой детской смертности. М. В. Ломоносов приводил соответствующую «гиблую» статистику: ежегодно умирало по сто тысяч младенцев не свыше трех лет; матерей, «как до 10, а то и 16 детей родили, а в живых ни единого не осталось, было немало»<sup>[36]</sup>.

Показатели высочайшей смертности детей отнюдь не ограничивались данным периодом времени. Б. Н. Миронов отмечает: «Это была какая-то адская машина: дети рождались, чтоб умереть, и чем больше рождалось детей, тем больше умирало, а чем больше умирало, тем больше рождалось»<sup>[37]</sup>. По некоторым данным впервые сколько-нибудь «твердое математическое подтверждение» вопросы детской смертности получили в исследовании А. Любавского, установившего, в частности, что даже в конце 70-х гг. XIX в. в стране из всего числа рождающихся детей до 6-летнего возраста доживали лишь 54 %. В этой связи принимались различные меры профилактического и социально-обеспечительного характера: 1) волостным старшинам и сельским старостам вменялось в обязанность следить за случаями вопиюще небрежного отношения крестьян к своим детям, о чем сообщать в волостной суд; 2) организовывались и внедрялись меры медицинского характера (введение аптек и контроль за их деятельностью, фиксирование цены на лекарства и т. д.), создание в 1864 г. земской медицины; 3) формирование организационно-правовых основ по оказанию социальной помощи экстренного характера. Например, еще Указом Петра I от 16 февраля 1723 г. устанавливалось: «...дабы неимущих пропитать, и потому в местах, где окажется голод, описать у зажиточных лишний хлеб, и вычислив, сколько нужно им самим для домашнего обихода, остальной раздать неимущим, в займы с расписками». При Петре же I и Екатерине II создавались казенные хлебные магазины (в ее именном указе от 20 августа 1762 г. такие учреждения создавались по всем городам, «дабы всегда цена хлеба в моих руках была»<sup>[38]</sup>. При императоре Александре I казенным крестьянам – погорельцам разрешалось выдавать от казны пособие на обустройство соразмерно обычаю, климату и местному состоянию лесов. Все эти и многочисленные другие меры (в том числе создание системы призрения, о чем речь пойдет несколько позже) хоть как-то противостояли высокой детской смертности, бродяжничеству родителей с детьми<sup>[39]</sup>.

\* \* \*

В юридическом смысле ребенком считается лицо, не достигшее совершеннолетия по общим или исключительным (специальным) правилам. Как подчеркивает А. М. Нечаева, в древнем законодательстве этот рубеж определялся весьма неточно <sup>[40]</sup>. Если же проводить аналогии, разумеется, не прямые, с современным (не общим, а специальным) правилом о прекращении статуса ребенка в связи с вступлением в брак (от 14 до 17 лет), то ситуация с точки зрения новейшей юриспруденции существенно более неопределенна, нежели полагает указанный автор.

Так, минимальный брачный возраст согласно Кормчей книге устанавливался в 15 лет для мужчин и 12 лет для женщин. Однако браки совершались и в гораздо более раннем возрасте – соответственно в 11 и 10 лет и даже ранее: Святослав Игоревич в 1181 г. был возведен в супружество десяти лет от роду; дочь суздальского князя Всеволода Юрьевича Верхуслана в 1187 г. была выдана замуж за 14-летнего Ростислава Рюриковича «млада сущее осми лет»; Иван III был обручен («опутан») «девицею 5 лет» <sup>[41]</sup>. «Достаточно яблока и немного сахара, чтобы она оставалась спокойной», – записал свои впечатления один из немцев-опричников в середине XVI в. о княгине Марии Старицкой, 9-летней невесте 23-летнего герцога Магнуса. 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. митрополитом Фотием «венчать девицок менши пятнадцати лет». В крестьянской среде девушек старались выдавать замуж в более старшем возрасте – часто к 16–18 годам, когда они становились способными самостоятельно выполнять нелегкие домашние обязанности по уходу за скотиной, приготовлению пищи, заготовке продуктов впрок и т. п. <sup>[42]</sup>.

Между тем не только женихи бывали намного старше невест, подчас девочек, но и встречались нередко случаи (в том числе в крестьянской среде), когда невеста в годах выходила замуж за жениха-ребенка <sup>[43]</sup>. (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 многие впадают в кровосмешение, за что несколько из них... и к смерти приговорено» <sup>[44]</sup>.)

Относительно определенной устанавливалась граница между детскостью и взрослостью Соборным Уложением Алексея Михайловича: с наступлением 15 лет кончалось «малолетство», а с достижением 20 лет прекращалось несовершеннолетие.

Петр I предпринял попытку поработать с возрастной границей брака (считай – границей детства). Указом «О порядке наследования в движимых и недвижимых имуществах» от 23 марта 1714 г. было установлено: «...и дабы кадеты обоих полов каким образом не были притеснены в молодых летах, того для невольню в брак впасть ранее, мужского пола до двадцати, а женского до семнадцати лет (ст. 5)» <sup>[45]</sup>.

Впрочем, это отнюдь не предотвратило ранние («детские» и «полудетские») браки – данное петровское новшество оказалось нежизнеспособным, осталось как бы незамеченным. Синод продолжал руководствоваться Кормчей книгой и предписывал минимальный брачный возраст соответственно с 15 и 13 лет <sup>[46]</sup>. (И это при действии указанного Уложения 1649 г.!) 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 <sup>[47]</sup>. (Указом учитывались и национальные традиции: жителям Закавказья брак разрешался

соответственно с 15 и 13 лет, кочевым инородцам Восточной Сибири – с 16 и 14, жителям Финляндии – с 21 года и 15 лет<sup>[48]</sup>.)

Однако ввиду интересов казны в воспроизводстве населения (в части непривилегированных сословий) указами 1722, 1758 и 1796 гг. разрешалось определять границы взрослости (детскости, брачности) 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 сообразно своим вотчинным интересам, помещики и принимали весьма различные (как бы мы теперь назвали – «усмотренческие») решения: А. П. Волинский действовал методом «пряника» (поощрения): «Давать от двух до пяти рублей, дабы женихи таких девок лучше охотилися брать»; Н. П. Шереметев повелел посылать крепостных девок, коим минет 17 лет, «а замуж не пойдут», на жатву и молотбу казенного хлеба сверх обычных работ; в имениях А. Б. Куракина разрешалось штрафовать «девок», не вступивших в брак к 13–15 годам, из расчета до 5 рублей в год; с военной прямою А. В. Суворов самочинно понизил брачный возраст «девок» до 15 лет, невзирая на жалобы крестьян, что «все будут женаты не по любви, по неволе»<sup>[49]</sup>.

Во взаимосвязи с минимальным брачным возрастом, а также и общим неизбежным формализмом юриспруденции (дал Бог к тому разумные пределы!) детство и по действующему законодательству заканчивается в самое различное время и по самым различным соображениям (о чем и последуют размышления впереди).

\* \* \*

Если даже отношения мужчин и женщин способны, – замечает К. Кавелин, – подвергнуться регулированию обычаем и законом, то тем больше причин ко вмешательству и тем легче переносится такое вмешательство в отношения родителей и детей: неравноправность последних перед родителями вытекает из законов природы, но она же и преходяща из-за достаточно короткого предела смены поколений, но в этот короткий период времени вмешательство общества гораздо необходимее, нежели в отношения брачные, между людьми совершеннолетними<sup>[50]</sup>.

Одним из таких вмешательств является традиционное различие статуса детей, рожденных в браке и вне его. По-разному и с разным содержанием устанавливалась и родительская власть над ними. По Соборному уложению 1649 г. незаконнорожденными признавались дети, «прижитые от наложницы до законной жены или после брака, а равно и от четвертой жены»<sup>[51]</sup> (четвертый брак считался недействительным). Обозначение кого-либо «незаконнорожденным» считалось позорным, и «назвавший кого-либо таковым неправильно должен был платить за бесчестье»<sup>[52]</sup>.

Петром I также были сформулированы некоторые правила о незаконнорожденности: «Ежели холостой человек пребудет с девкою, и она от него родит, то онный для содержания матери и младенца, по состоянию его, и платы нечто имеет дать, и сверх того тюрьмою и церковным покаянием может быть наказан, разве что потом он на ней женится, и возмет ее за сущую жену, и в таком случае их не штрафовать»<sup>[53]</sup>.

Он также проявил определенную заботу об устройстве незаконнорожденных детей в специальные «гошпитали», «чтобы зазорных младенцев в непристойные места не отметывали, но приносили бык вышеозначенным гошпиталиям и клали тайно в окно через какое закрытие, дабы приносимых лиц не было видно»<sup>[54]</sup>.

При Екатерине II появилось правило: незаконнорожденные подкидыши более не закрепощались путем их закрепления за воспитателями, чьими крепостными они и становились,

а должны были поступать до совершеннолетия в ведомство приказов общественных учреждений, впоследствии становясь вольными людьми; за владельцами закреплялись только незаконнорожденные дети крепостных матерей <sup>[55]</sup>.

Законное рождение всегда связывалось с браком. Чтобы быть уверенному в законности рождения, следовало бы, отмечает К. Кавелин, иметь возможность по каким-нибудь несомненным объективным признакам доказать факт зачатия ребенка от известного лица, но именно этого-то и нельзя сделать, а потому пришлось признать законнорожденными всех детей, зачатых в браке <sup>[56]</sup>. То есть создать одну из классических презумпций: отцом ребенка является муж его матери. «Это предположение, – пишет Г. Ф. Шершеневич, – основывается на наблюдении, которое указывает, что в громадном большинстве случаев действительно так и бывает. Закон предполагает как общее правило соблюдение женою супружеской верности. Допустить противоположное значило бы признать преступное прелюбодеяние общим правилом» <sup>[57]</sup>.

Презумпция лимитируется 180 днями (с заключения брака) и лонгируется 306 днями после прекращения брака. Сроки обусловлены физиологическим наблюдением нормы и типичных вариантов отступления от нее, подчеркивает К. Кавелин. Однако, продолжает автор, «новейшие физиологические исследования делают принятые в законодательстве крайние пределы самой короткой и самой продолжительной беременности весьма сомнительными и спорными, а между тем от них зависит часто признание или непризнание законности рождения, которая сама по себе никогда не может быть доказана <sup>[58]</sup>, даже при доказанном прелюбодеянии матери, состоящей в сожительстве с законным мужем. При совершенной невозможности проникнуть в тайну зачатия и при большой шаткости и неверности соображения о законности или незаконности зачатия по периодам беременности, естественно, допускают опровержение законности рождения неохотно и с разными ограничениями. Нельзя не находить весьма правильным, что право признать или не признать законность рождения ребенка предоставлено, в сомнительных случаях, лишь мужу матери...» <sup>[59]</sup> Иные лица (например, наследники отца) могли судебно опровергать оную законность (из факта рождения свыше 306 дней после смерти) с весьма большими ограничениями <sup>[60]</sup>.

О сем и других смежных казусах немало иллюстраций приводит нам К. П. Победоносцев.

Так, вдова Васильева, умершего 26 сентября 1836 г., вступила 5 февраля 1837 г., т. е. через 4 месяца и 10 дней после смерти мужа, в брак с Аксаковым, и через 98 дней (т. е. в итоге через 7 месяцев 18 дней после смерти первого мужа) родила сына Николая, который был записан в метрической книге Аксаковым, а равно таковым же и в формулярном списке у мужа матери своей. По смерти отца Аксакова вдова его предъявила права своего сына на наследство. Это послужило поводом к судебному иску, в коем прочие Аксаковы доказывали, что Николай, по естественному закону рождения, должен почитаться сыном ее первого мужа, Васильева. Государственный совет, следуя главному началу «рождения в браке», в 1856 г. решил дело в пользу вдовы и ее сына: Николай родился в законном браке своей матери с Аксаковым, последний же самолично вытребовал на его имя метрическое свидетельство и никогда не оспаривал законности его рождения, а при том спор родственников возбужден по прошествии двух лет со смерти наследодателя <sup>[61]</sup>.

По спору о наследстве после дворянки Марии Киселевой некоторые из претендентов пытались доказать свое родство с Киселевой через М. Чемесову, давно умершую, противники же утверждали, что она Чемесова не является законной дочерью и членом рода, так как в метрической книге записи о ее рождении не оказалось, а в метрике о смерти ее в 1884 г. указано ей 93 года, следовательно, рождена она раньше брака своих родителей. Государственный совет отверг притязания, приняв во внимание, что М. Киселева при жизни своего родителя три раза показана по исповедным росписям его дочерью, хотя и с разницей в годах, и что законность



ее рождения никем не была оспорена, напротив, имеются акты (дарения, купчая и др.), в коих она означалась дочерью отца своего А. Киселева <sup>[62]</sup>.

Российское имперское законодательство располагало определенными способами узаконения детей. Будучи рожденными незамужней женщиной (1), замужней – от доказанного прелюбодеяния (2) или после смерти (развода или признания брака недействительным) позднее установленного срока пролонгированной презумпции, без надлежащего узаконения, эти дети находились за границами позитивного права: закон не признавал их связи с родителями, не предполагал права на фамилию отца и законное после него или после матери наследство. Независимо от принадлежности матери к определенному званию они приписывались до совершеннолетия к податным обществам <sup>[63]</sup>.

Узаконение вплоть до начала XX в. не являло собой процедуру обыкновенную, постоянно действующую. (К. П. Победоносцев замечает, что в народном сознании сохранилась из церковных преданий мысль о возможности привенчивания незаконнорожденных детей.) Напротив, процедура «сопричтения незаконных детей к законным» почиталась «действием чрезвычайным и милостью Монаршей, по отличным заслугам просителя или по особым обстоятельствам». При этом оная процедура Государственным Советом периодически прерывалась (граф Безухов таки успел узаконить в правах своего Пьера...). Так, в 1829 г. был закрыт путь всем просьбам. Однако они продолжали поступать. В 1858 г. статс-секретарю было «препоядано секретное наставление о предоставлении, в виде изъятия из общего закона, упомянутых просьб на Высочайшее усмотрение». С 1884 г. прошениям об узаконении придается статус вполне обыкновенных, и они начинают поступать в общем порядке государю. К. П. Победоносцев отмечает, что права узаконенных не могли быть одинаковы, так как определялись индивидуальными актами, сообразно обстоятельствам – тем более что в 1891 г. состоялось специальное решение о наиболее благоприятном для детей способе узаконения – венчальным браком их родителей <sup>[64]</sup>. Однако, уточняет Г. Ф. Шершеневич, применение этого закона сопровождалось условиями: а) рождение детей вне брака; б) отсутствие в момент зачатия прелюбодеяния у родителей, т. е. чтобы отец и мать не состояли в браке в момент зачатия, так как прелюбодеянием называется сожитие лица, состоящего в браке, с посторонним лицом; в) соответственно – вступление родителей в брак между собою; г) христианское исповедание в момент совершения брака <sup>[65]</sup>.

Высказываясь о проекте закона об улучшении правового положения (а вместе с ним – и фактического) незаконнорожденных детей, А. Л. Боровиковский писал, что уже к колыбели громадного большинства младенцев судьба их является почти готовою: «знать» и «чернь» рождаются, исключительно редко человек сам «делает» свою судьбу, во всяком случае, пока он остается «ребенком», его счастье или несчастье зависят не от него; при том, что богатство – не всегда счастье, а бедность – несчастье, главное условие благополучия ребенка – родительская к нему любовь, а незаконнорожденность – юридическое основание к ее лишению. Фактически любовь, продолжает автор, конечно, могла быть, что смягчает юридический приговор, по которому младенец – безродный сирота. «Вопиющая несправедливость! Могут быть незаконнорожденные, но не законнорожденные» <sup>[66]</sup>.

В 1902 г. новый закон принимается. Во-первых, происходит замена терминов – устаревшего и жестокого «незаконнорожденные» дети на более мягкий «внебрачные». Дело и не в названии, и в названии одновременно: «нельзя отрицать того психологического факта, что если с известным названием соединяется какое-либо позорное представление, позор названия сохраняется и тогда, когда в общественном мнении произошел переворот в представлении о позорности самого деяния» <sup>[67]</sup>. К контрапунктам данного закона относились несколько весьма важных положений: 1) без узаконения, по естественной природе, устанавливается юридическая связь между внебрачным ребенком и матерью, отчасти и с отцом; 2) ребенку присваива-

ется фамилия, одинаковая с отчеством, которое согласуется с именем восприемника, однако по согласованию между отцом и матерью ребенок может принять и ее фамилию (на практике – наиболее частый случай); 3) дается право наследования после матери, но только благоприобретенного, а не родового ее имущества. Институт признания ребенка отцом не был введен, однако предусматривалась обязанность предоставления до совершеннолетия содержания (обязанность могла прекратиться ранее – замужеством или поступлением на службу и т. п.).

Третьим способом установления родительской власти было усыновление. Под этим, пишет Г. Ф. Шершеневич, «понимается признание за посторонними лицами юридического положения законных детей». Цель его – «в удовлетворении естественных чувств и привязанности, не находящих себе исхода за отсутствием собственных детей, а также потребности в рабочей силе, способной поддерживать существование престарелых лиц» [68].

Однако этот взгляд на сущность усыновления, как признает и сам Г. Ф. Шершеневич, не отражает всего многообразия охватываемых данным институтом ситуаций.

В русском обычном праве существовали различные процедуры усыновления, в том числе обряд фиктивного рождения [69], которым в театрализованном виде создавалась как бы ситуация родов (имитация родов), причем имитировать данный акт мог и мужчина, – как правило, он впоследствии и становился усыновителем [70].

Процедура могла также сводиться к женитьбе мужчины на вдове брата, фактического приема ребенка в дом в качестве усыновленного или к составлению особого договора между усыновителями и усыновляемыми [71].

Как полагает К. П. Победоносцев, гражданско-правовые формы усыновления появились у нас при Александре I. Они различались в том числе по сложности и простоте – согласно сословиям. Например, у потомственных дворян акт усыновления дозволялся только не имеющим потомков или сродников мужского пола той же фамилии. При сем требовалось высочайшее разрешение. Личные дворяне и почетные граждане могли стать усыновителями на основе постановления губернского правления, а купцы – казенной палаты, однако в обоих случаях – с последующим утверждением данного акта Сенатом. Крестьяне и мещане производили усыновление припискою к семейству (для мещан – с утверждением казенной палаты). Законом 1891 г. были установлены однообразные формы для усыновления, прописаны условия его и последствия. Иностранцам (не русским подданным) доставлялось соответствующее право в отношении подкидышей и иных детей, не помнящих родства [72]. (Представляет интерес также правительственное постановление 1831 г., согласно которому дети в возрасте от 10 до 18 лет «должны быть воспитаны внутри России» [73].)

Усыновителями могли быть супруги или же мужчина и женщина в отдельности, «не исключая и девицы». Среди классических условий следует выделить: согласие другого супруга при усыновлении только одним из них; отсутствие собственных детей (законных или узаконенных); беременность как препятствие к усыновлению; возраст претендента – не менее 30 лет и с разницею в возрастах первого и дитяти по меньшей мере в 18 лет [74]; согласие усыновляемого старше 14-летнего возраста.

Кроме общей правоспособности усыновители должны были обладать специальными правоспособностью и дееспособностью: православные, не раскольники, не обреченные саном на безбрачие и т. п. (о дееспособности в 30 лет отметка нами только что сделана). Евреи с правом повсеместного проживания могли усыновить единоверцев с аналогичным статусом. Усыновление казаками неказачков требовало зачисления их в войско, а нижними войсковыми чинами – разрешения начальства [75]. И пр., и пр. С 1902 г. было разрешено усыновлять своих незаконнорожденных детей [76].

\* \* \*

Имея под собой различные основания, институт родительской власти также и общ, и дифференцирован. В раннеправовых системах он являл собою зрелище, сугубо отличное от того периода, который можно условно назвать просвещенческим, или тем более от эпохи развитой цивилистики, т. е. с середины XIX в. до начала века XX.

Как отмечает И. А. Покровский, от принципиального единства «власти примитивного господина» над вещами, рабами, женой и детьми общество незаметно, но неуклонно эволюционирует в сторону признания человеческой личности, что приводит к тому, что «указанная первоначально единая власть начинает дифференцироваться: оставаясь прежней по отношению к вещам, она уже несколько модифицируется по отношению к рабам и сильно изменяется по отношению к жене и детям»<sup>[77]</sup>. В большинстве правовых систем, продолжает автор, абсолютная власть домовладыки в семье, над женой и детьми, была краеугольным камнем «правового здания». Первые трещины в этом «здании абсолютизма» заключались в постепенном освобождении женщины<sup>[78]</sup>.

С аналогичной эволюцией мы встречаемся и в сфере правового регулирования отношений родителей и детей. Медленно и по частям право начинает признавать за детьми правосубъектность, ограничивать абсолютную власть отца, предписывать ему известные обязанности воспитания (хотя, как мы уже отмечали, в весьма жесткой форме), содержания и т. д. Тем самым постепенно отношения приобретают юридически двусторонний характер<sup>[79]</sup>, хотя и противоречивый.

Так, например, с одной стороны, при Петре I признавалась неограниченность родительской власти, с подтверждением права родителей принимать против непокорных детей домашние исправительные меры, при безуспешности их – отдавать детей в смиренные дома, жаловаться на них в суд<sup>[80]</sup>. С другой стороны, существовало правило: «дети освобождаются от обязанности повиноваться родителям против своей совести, особенно в том, что требует собственного их рассуждения и воли»<sup>[81]</sup>. («Хотя чада воле родительской подлежат, но не как скоты безсловеснии...»)

В контексте крепостнического права родительская власть не защищалась: например, если по Закону 1760 г. не разрешалось разлучать крепостных мужа и жену, то разъединить семью, родителей и детей, было возможно<sup>[82]</sup>.

При Екатерине II институт родительской власти усилился. Как отмечает А. И. Загоревский, даже «самые безнравственные родители, поведение которых самым развращающим образом действует на детей, страдающих морально и физически, сохраняют всю полноту своей власти, как и родители безукоризненной нравственности и вполне чадолюбивые»<sup>[83]</sup>.

Обратимся, однако, к доктрине, законодательству и практике конца XIX – начала XX в. – периоду относительно цивилизованного расцвета института родительской власти (она, как известно, вместе с институтом «почила в бозе» после Октябрьского переворота, преобразившись в нечто неопределенное: у родителей нет власти, но достаточно прав и обязанностей, у детей есть права частично декларативного толка и нет никаких юридических обязанностей перед родителями).

Действующее законодательство (XIX – начала XX в.), замечает Г. Ф. Шершеневич, об отношении родителей к детям «полно чисто нравственных положений», и лишь незначительную часть составляют соображения юридического содержания. Во-первых, родительская власть (по русскому законодательству) «принадлежит только родителям, но не вообще восходящим родственникам». Во-вторых, несмотря на обобщающий характер термина собственно

власть, принадлежит только отцу. К матери она переходит по смерти последнего или лишения его прав состояния, а также в специальных случаях (узаконения, усыновления и т. п.). Это вытекало, подчеркивает Г. Ф. Шершеневич, из права личной власти мужа над женою: «возлагаемая на нее обязанность повиновения воле мужа, главы дома, противоречит самостоятельности ее власти в семье»<sup>[84]</sup>.

Аналогичным образом доказывается это преимущество и Сенатом: 1) отец как муж есть глава семьи, в которую входит и жена; следовательно, как подвластная, она не может с мужем эту семью возглавлять; 2) одна и та же власть в одно и то же время и в одинаковой степени двум лицам принадлежать не может. Однако, замечает В. И. Синайский, данные соображения вызывают сомнения.

Во-первых, известно, что именно одна и та же власть может принадлежать не только двум лицам, но и множеству лиц, например соопекунам. Во-вторых, и «главенство мужа не означает еще непременно главенства мужа как отца, ибо супружеская власть, несомненно, отлична от власти родительской». В-третьих, главенство мужа в семье ни в чем, например, не сказывается в отношении имущества жены, которая может выступить даже и кредитором мужа<sup>[85]</sup>. Впрочем, и Сенат производит определенное отступление своих идеологических рядов и разъясняет: «Преимущественное право на воспитание детей принадлежит отцу, как главе семейства, доколе суд не решит, что в виду особых обстоятельств польза детей требует воспитания их матерью». «Таким образом, – заключает В. И. Синайский, – с помощью суда мать может оказаться непослушной отцу как главе семейства»<sup>[86]</sup>.

Тем не менее общее правило вполне однозначно: отец имеет преимущества родительства, «в случаях разногласия, например, относительно системы воспитания, голос отца имеет решающее значение»<sup>[87]</sup>.

Весьма интересным (для современников – до странности) является отсутствие прямого предела окончания родительской власти, хотя, как замечает Г. Ф. Шершеневич, с достижением совершеннолетия необходимость в ней теряется. «Такое положение становится в противоречие с жизнью, – продолжает автор, – и может привести к резким выводам, напр., к возможности требовать от совершеннолетнего сына, чтобы он жил при родителях. Однако закон не дает выхода из затруднения»<sup>[88]</sup>. Действительно, по смыслу ст. 178 Свода законов гражданских прекращение родительской власти связывалось только со смертью родителей или лишением их всех прав состояния, если дети не следовали за ними в ссылку<sup>[89]</sup>.

Еще больший интерес в значении предпосылки и для современной доктрины представляет положение о том, что воспитание (как главная общественная компонента родительства – после, конечно, исполнения долга продолжения рода человеческого) для родителей составляет вместе право и обязанность.

Впрочем, цивилистическая доктрина того периода (выражаясь новоязом) «не замораживается» теоретическими рассуждениями на этот счет, коими небезбедны наши сочинения<sup>[90]</sup> (в чем еще придется убедиться далее).

«Относительно воспитания, – пишет Г. Ф. Шершеневич, – закон дает несколько постановлений, которые частично лишены юридического характера»: 1) обязанность прививать детям начала о доброте и честности, соответствующие их общественному положению и «видам правительства»; 2) право выбирать между образованием домашним и в учебном заведении; 3) обязанность попечения об определении детей на службу или в промысел (с правом отдачи на выучку к мастеру), а дочерей в замужество; 4) обязанность попечения над имуществом детей; 5) право требовать возврата детей от третьих лиц; 6) право в отношении детей строптивых и неповинующихся употреблять домашние исправительные меры, а также требовать по суду, в особых случаях, заключения детей в тюрьму на срок от 2 до 4 месяцев. Из содержания родительской власти относительно статуса детей следует: 1) необходимость проживания детей при

родителях (если только воспитание не поручено ими другим лицам); 2) проявление к родителям почтительности, «сносить родительское увещания без ропота»; 3) обязанность отзываться о родителях уважительно, «даже и по кончине их», не свидетельствовать против них (в гражданском процессе – безусловно, в уголовном – с максимальной возможностью устранения от показаний); 4) подчинение родительской воле и претерпевание исправительных мер (если только они не переходят «в истязание и изувечение»<sup>[91]</sup>; 5) необходимость истребования согласия на брак<sup>[92]</sup>.

Из родительской власти следует также обязанность содержать своих детей. Она признается совместной – «сообразно со средствами» каждого из родителей. Срок ее – до 21 года, т. е. до совершеннолетия, однако А. И. Загоровский ссылается на решения Сената «в пользу сохранения за детьми права на получение содержания от родителей и по достижении совершеннолетия, раз они еще нуждаются в попечении...» (по болезни же и по незаужеству – до смерти). Впрочем, автор не согласен с данным расширительным толкованием, полагая, что закон вполне ясен: право за детьми на получение содержания реализуется только до совершеннолетия, «совпадающего обыкновенно с наступлением работоспособности получающего содержание»<sup>[93]</sup>.

При расторжении брака родителей или их раздельном проживании судьба детей законом не конкретизировалась. Даже подсудность дела была неясной: духовные суды обычно уклонялись от определений по этому предмету, «относя его к ведению гражданского правительства», а гражданский суд никакого положительного руководства в законе не имел. Так, по делу Лопухиных 1810 г. «О несогласиях между супругами предполагалось определить в Госуд. Совете, при ком оставить детей между разъехавшимися супругами. Состоялась Высочайшая резолюция: оставить дело сие, как семейственное и к правительству не принадлежащее, без всякого дальнейшего движения»<sup>[94]</sup>.

А. И. Загоровский отмечал определенную противоречивость судебной практики: при разводе по прелюбодеянию действовала фактическая презумпция права на ребенка невиновного супруга, хотя встречались и решения противоположного свойства; иногда суд распределял детей между родителями, в том числе по гендерному принципу (сыновья – отцу, дочери – матери)<sup>[95]</sup>. Впоследствии была предпринята попытка нормативно закрепить данную позицию: в проекте правил о разрешении раздельного жительства супругов предусматривалось, что при отсутствии родительского соглашения сыновья остаются у отца, а дочери – у матери<sup>[96]</sup>.

К. П. Победоносцев приводит немало весьма нетривиальных вариантов решений: 1) если дети находятся при матери, отдельно живущей, «требование отца взять детей у матери может быть отринуто»; 2) если дети находятся при отце, а жена самовольно оставила мужа и не желает к нему возвращаться, ее «требование также должно быть отринуто как не имеющее законной основы»<sup>[97]</sup>. И т. д.

Гораздо сообразнее традиционной трактовке родительской власти рассуждает Г. Ф. Шершеневич: 1) если власть над детьми принадлежит родителям, а один из них (жена) находится во власти другого, то, «по строгому выводу», дети должны всегда подчиняться воле отца и, при его желании, следовать за ним; 2) однако поскольку власть вручается как средство воспитания, суду необходимо принять в соображение образ жизни отца и матери и отдать ребенка лучшему, с нравственной точки зрения, воспитателю<sup>[98]</sup>.

Г. Ф. Шершеневич, размышляя в «Общей теории права» о решении дела с применением аналогии закона (вкупе с систематическим толкованием), приводит читателям пример именно из рассматриваемой нами области – о тяжбе между отдельно живущими мужем и женой по вопросу о месте проживания ребенка. С одной стороны, констатирует автор, законодательство не дает прямого ответа на данный вопрос, с другой стороны, применение по аналогии закона о статусе внебрачных детей исключается ввиду существенного различия методов пра-

вового регулирования этих двух типов отношений. Поэтому должна выстраиваться иная юридическая «цепочка»: в вопросах семейной жизни решающий голос принадлежит мужу; однако поскольку родительская власть вручается родителю в интересах государственных, и будет доказано, что эти интересы пострадают от сожительства ребенка с отцом (например, отец, пьяница и вор, может воспитать «вредного гражданина»), то преимущество в споре может быть отдано матери <sup>[99]</sup>. Именно так и рассудил в конкретном случае Сенат: «Право на воспитание детей принадлежит отцу, доколе суд не признает, что, ввиду особых обстоятельств, польза детей требует воспитания их матерью» <sup>[100]</sup>.

Принимались и совершенно не тривиальные по тому времени решения, основанные на нравственном начале и в интересах детей. Так, в деле Дмитриевых по спорам с княгиней Трубецкой было признано, что право родителей настаивать на возврате ребенка от лица, самовольно его удерживающего, не является безусловным, ибо в жизни могут быть ситуации, когда «интерес детей необходимо требует оставления их на попечении лиц посторонних» (Дмитриев отдал свою дочь на воспитание княгине Трубецкой, а по прошествии длительного времени потребовал ее возврата) <sup>[101]</sup>.

Традиционно с большим трепетом в сердце и филологически выраженной эмоциональностью о «жизнесплетениях» споров о детях размышляет А. Л. Боровиковский: действительно, жена «подвластна» мужу как главе семейства, но это не может лишить ее власти над детьми, «мало того, – продолжает автор, – мать не вправе поступаться своею властью над детьми, ибо это могло бы значить поступаться счастьем детей. ... Понятие о родительской власти, о “праве” на детей – есть капля, тонущая в бездне понятия об “обязанностях” перед детьми». Родители, за исключением возмутительных случаев противоположного свойства, продолжает автор, «спорят о том, кто из них способен лучше позаботиться о детях, доставить им больше счастья. В такой постановке вопроса – и ключ к его разрешению: надо найти такое решение, которое принесет больше пользы детям... А ргіогі можно, пожалуй, сказать, что заботы об обучении детей, достигших соответствующего возраста, более посильны отцу, чем матери. Но с такою же уверенностью нужно предположить, что в очень раннем возрасте – дитяти необходимее мать, чем отец... Житейский опыт подсказывает мне и другую презумпцию: надо предположить большую заботливость о ребенке за тою стороною, у которой он находится. Дети – могущественнейший цемент, связующий семью; даже враждующие супруги крепко скованы колыбелью дитяти. Нет той супружеской обиды, которую не был бы способен вытерпеть родитель – лишь бы не разлучиться с ребенком. Если жена оставила дом мужа, покинув там и детей, – презумпция против нее; если муж, не удержав при себе жену, отпустил с нею и детей, – презумпция против него». Поскольку семейные раздоры, продолжает автор, происходят на глазах детей, и они довольно рано склоняются своими симпатиями на ту или иную сторону, следует, если речь идет о детях такого возраста, когда выбор им стал более или менее доступен (хотя бы и инстинктивно, но с чистым сердцем), нельзя упускать его из виду, хотя и с осторожностью <sup>[102]</sup>.

А. Л. Боровиковский приводит краткое описание дела, в котором он участвовал в качестве члена Судебной палаты.

«Просительница жаловалась Окружному Суду на постановление Дворянской Опеки, коим определено: 1) приготовить и поместить в Московский кадетский корпус малолетнего N. (сына просительницы от первого брака) – предоставить опекунке, бабке малолетнего, и 2) за неисполнение требований Опеки привлечь по мировому уставу опекуншу – мать, предписав ей в срок трехдневный доставить метрику в Опеку, без каковой метрики малолетний не может быть определен в корпус. Окружной Суд оставил жалобу без последствий. На определение суда принесена жалоба Судебной Палате.

Обсудив дело, Судебная Палата находит, что приведенное постановление Опеки стесняет родительскую власть просительницы без законных к тому оснований. Если и предположить,

что бабка малолетнего имеет больше, чем мать, материальных средств к его воспитанию, то это отнюдь не оправдывает постановления Опекы, ибо родительские права принадлежат родителям независимо от того, как велики их средства, и не могут быть стесняемы в пользу других родственников, хотя бы и более богатых. В данном случае просительница не желает отдать сына в корпус, а предпочитает воспитать его в реальном училище, и на такое распоряжение воспитанием сына она имеет несомненное право. Ввиду сего первая часть постановления Дворянской Опекы представляется неправильною. Засим сама собою падает и вторая часть того постановления, ибо коль скоро Опекя не вправе была распоряжаться воспитанием малолетнего вопреки воле его матери, то и требование для этой цели метрического свидетельства не имело основания.

Согласно сему Судебная Палата, выслушав заключение Товарища Прокурора, постановляет: обжалованные определения Окружного Суда и Дворянской опеки отменить»<sup>[103]</sup>.

Комментируя данное постановление, А. Л. Боровиковский размышляет: «Осчастливило ли мальчика наше разрешение спора о нем? Едва ли бабка и мать спорили о преимуществах военного или гражданского воспитания; по всей вероятности, бабка добивалась отдачи мальчика в закрытое учебное заведение, в дальнем городе (кадетский корпус имеется и ближе, в Полтаве, а избирался московский), добивалась удаления мальчика из семь и, усматривая для него какие-либо неблагоприятные для него условия (мать за вторым мужем). Быть может, ссылка на средства была лишь благовидным предлогом, которым прикрывались другие соображения – щекотливые, неудобные для оглашения в официальных бумагах? Все это невольно приходило на мысль, но лишь в виде догадок, к проверке которых палата не имела никакой возможности.

Что в подобного рода вопросах можно вынести из бумажного производства, с которым имеют дело судебные места при разрешении жалоб на опекунские учреждения? Тут нужно раз- узнать семейную обстановку, – надо видеть мать, бабу, самого мальчика, говорить с ними...

Для таких функций суд не годится. Это – не «спор о праве гражданском»<sup>[104]</sup>. «Право семейственное» и кодексами, и систематиками, – продолжает автор, – обыкновенно приурочивается к области права гражданского. Но при этом остается несомненным, что, несмотря на такое приурочение, семейные правоотношения, по крайней мере отношения личные, особенною своей природы существенно отличаются от всех прочих гражданских правоотношений. На той степени культуры, когда семья зиждется на принципе абсолютной власти главы семейства над женою и детьми, институт семьи имеет много признаков института частного гражданского права: глава семейства – субъект права, прочие члены семьи – объекты этого права, а самое право близко схоже с правом собственности на вещи. Но юридический строй семьи христианской придает этому институту такие черты *sui generis*, которые уже вовсе не ладят с принципами, составляющими основные устои частного права...<sup>[105]</sup> Для разбирательства споров о детях – сомнительна необходимость публичности, всякого рода процессуальных формальностей и сроков... и совершенно не пригодна состязательность процесса. Тут необходима широкая инициатива “судей”: необходимы не только личные объяснения с родителями и составляющими предмет спора детьми (а для этого нужна не юриспруденция, а педагогическое умение), с друзьями семьи, – нужно войти в дом, видеть житейскую обстановку и т. д. Для таких функций судебно-гражданские установления... непригодны...<sup>[106]</sup> Будь у нас целесообразный трибунал – быть может, ему далось бы достаточно работы. Пусть его ищут – *consules*»<sup>[107]</sup>. (Мы намеренно в цитировании автора вышли за рамки проблемы родительской власти, в узком ее смысле, и сделали это по двум причинам: во-первых, рассуждения показательны в смысле сложности обнаружения справедливой компоненты в самой родительской власти; во-вторых, из размышлений А. Боровиковского-судьи следует заключение о неразвитости институтов контроля над нею и ее ограничения; в-третьих, наконец, последняя часть его суждений явится

впоследствии одной из предтеч наших размышлений о субъективных и объективных границах судебного усмотрения, процессуальной активности суда (вопреки тенденции XIX в. и новейшим тенденциям) и судебной семейной специализации, особенно при разрешении споров о детях. Пусть идеологический «мостик» начинается уже отсюда...

\* \* \*

Особая власть и обязанности развивались в совершенно отдельной области, получившей весьма приятственное с точки зрения филологии наименование «опека, попечение, призрение». Очевидно, что первейшими попечителями над детьми были родители, но указанная триада имела всегда и собственный, автономный смысл.

Как отмечает Г. Ф. Шершеневич, постановления об опеке встречаются уже в Русской Правде: забота о детях-сиротах вручалась ближним родственникам, включая и заботу об имуществе, если таковое имелось<sup>[108]</sup>. Самым обычным способом назначения опекуна было завещание отца (матери)<sup>[109]</sup>. А призрение сирот – еще ранее. Подобными богоугодными делами занимались великие князья Владимир I<sup>[110]</sup>, Ярослав Мудрый, учредивший сиротское училище, где «призревал и обучал своим иждивением 300 юношей». Обязанным в этом деле считал себя и Владимир Мономах, который в своей «Духовной детям» указывал: «Всего же паче убогих не забывайте, но елико могущее по сим кормите, снабдите сироту»<sup>[111]</sup>.

Как отмечает О. А. Федорова, «княжеская система поддержки обездоленных оценивается социологами и историками как благотворение на основе внутренних, индивидуальных мотивов и потребностей отдельных личностей в контексте христианских представлений о сущности милосердия»; «нищелюбие» князей не было связано с их государственными обязанностями («Не постись, не молись, а призри сироту»)<sup>[112]</sup>.

В Смутное время особую о том заботу проявляли Борис Годунов, Василий Шуйский и др. В середине XVII в. получила развитие опека под контролем власти гражданской – были созданы специальные приказы<sup>[113]</sup>.

Более поздние памятники вопросу об опеке, замечает Г. Ф. Шершеневич, обходят молчанием. А. И. Загоровский также подтверждает, что, пожалуй, вниманию собственно опеке начали уделять с Петра Великого – в указе о единонаследии (1714 г.) и в инструкции магистрантам. Далее вновь наступает пора неопределенности до ломки петровских начинаний. И лишь Екатерина II возродила внимание и к опеке, и к общественному призрению<sup>[114]</sup>. Так, например, Манифестом от 1 сентября 1763 г. был учрежден в Москве «Воспитательный Дом с особым гошпиталем для неимущих родильниц» (с открытием 21 апреля 1864 г.) Вводились и другие попечительские учреждения. Осиротевшие крестьянские дети поступали на воспитание или родственников, или посторонних людей вместе с наследством. Попечитель избирался обществом и должен быть известен «по своей доброй жизни, семьянин, и притом, по возможности, ближайший родственник»<sup>[115]</sup>.

Одной из первых попыток государственной помощи бедствующим матерям являлся Указ Павла I о выдаче пособия женщинам, которые не могли воспитать своих детей собственными средствами. Уже тогда, полагает О. А. Федорова, произошло «осознание того факта, что воспитание сироты в приюте или работном доме обходится государству дороже, чем оказание помощи его матери с условием воспитания ею своего младенца»<sup>[116]</sup>. (Впрочем, как отмечает А. М. Нечаева, желающих получить пособие явилось такое множество, что пришлось пойти на некоторое сокращение расходов, а позднее – и индивидуализировать их выдачу, что весьма затруднило реализацию данного вида вспомоществования, а в итоге привело к его прекращению<sup>[117]</sup>.)



XIX в. отличался разнообразием актов как о развитии общественного призрения, так и собственно опеки. Опека являлась установлением государственным (а не частноправовым, как в древнее время), включая «заботу не только об имуществе, но и об лице» <sup>[118]</sup>. С достижением ребенком возраста 17 лет она превращалась в попечительство. Запрещалось определять опекунами: 1) расточителей; 2) подвергшихся по суду ограничению прав состояния; 3) имеющих явные и гласные пороки; 4) известных суровыми своими поступками; 5) имевших ссору с родителями малолетнего; 6) несостоятельных. На практике могли не допускаться к опеке и другие лица, не подходящие по своим качествам или жизненным обстоятельствам к исполнению подобных обязанностей. Существовали три способа призвания к опекунству: по завещанию, по закону и по назначению. Назначение осуществлялось пословно (дворянская опека, сиротский суд и т. д.). Личный элемент попечения над малолетними был сопоставим с родительской властью <sup>[119]</sup>. В отличие от западного варианта (безвозмездной опеки) российские опекуны за труды свои получали вознаграждение в 5 % ежегодно из доходов малолетнего <sup>[120]</sup>.

Нововведением в области государственного призрения явились акты министра внутренних дел В. С. Кочубея, предположившего, что «воспитанники приказов по вступлении в совершеннолетние выходят из заведений без всякой подготовки к жизни и тем умножают число праздных, а иногда и вредных обществу людей», и разделившего этих воспитанников на две категории (имеющих способности к наукам и просвещению и не обладающих таковыми) – с соответствующим различием по устройству в учебные заведения или казенные («служебные») учреждения <sup>[121]</sup>. Были введены пособия губернским и уездным гимназиям для содержания собственных пансионеров. Во второй половине XX в. получила некоторое развитие земская система призрения. С 1872 г. при МВД началась работа по составлению Устава об общественном призрении. Однако подписан он был (Николаем II) лишь в 1912 г. Устав послужил децентрализации социальной защиты, появлению новых форм попечения.

В XIX в. постепенно сводится на нет практика «тайного приноса» детей, сокращается число воспитательных домов, берется ориентир на передачу детей в крестьянские семьи – для подготовки «сельского сословия». Впрочем, детские учреждения продолжают появляться, но уже в основном за счет частной благотворительности <sup>[122]</sup>.

В XIX – начале XX в. активно развертывалась именно благотворительная деятельность. Наиболее известны в этом отношении Человеколюбивое общество (основанное Александром I в 1802 г. и к концу XIX в. включавшее в свою структуру 57 учебно-воспитательных учреждений) и Ведомство учреждений императрицы Марии Федоровны (1796 г. – начало XIX в.), в рамках которого в 1806 г. в Павловске было открыто первое училище для глухонемых детей (с 1807 г. под ее покровительство перешло военно-сиротское отделение). В начале XX в. были созданы новые общероссийские благотворительные организации соответствующего целевого назначения: «Союз борьбы с детской смертностью в России», «Общество защиты детей от жестокого обращения», «Детские ясли», «Общество спасения падших девушек» и др. <sup>[123]</sup>.

## ГЛАВА 2

# РЕБЕНОК КАК «СУБЪЕКТ» И «ОБЪЕКТ» ПРАВА ПО СЕМЕЙНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ 1917–1995 ГГ

В период между Февральской и Октябрьской революциями Временным правительством не были предприняты попытки кардинального изменения брачно-семейного законодательства – устранения «неравноправия» женщины и «бесправия» внебрачных детей. За «восемь месяцев своего “правления”, – писал Г. М. Свердлов, – меньшевики и эсеры ни одной соринки не тронули в “авгиевых конюшнях” царского законодательства вообще, семейно-брачного законодательства в частности» <sup>[124]</sup>.

Как подчеркивает А. М. Нечаева, в широких кругах европейского общества было принято называть грядущее столетие «веком ребенка», но всякие иллюзии на этот счет скоро исчезли в связи с бедствиями Первой мировой войны <sup>[125]</sup>, а после нее – не возродились и тем более не укрепились путем принятия принципиально новых законов о детстве <sup>[126]</sup>. Исключение, пожалуй, составила только Россия.

Октябрьская революция, с точки зрения судьбы собственно семейного законодательства, явилась скорее благом, нежели бедой (в отличие от фактических последствий в этой области – голода, в том числе детского, резкого увеличения числа безнадзорных детей, сирот и т. п.).

Во-первых, получили плодотворное развитие размышления и сомнения цивилистов XIX в. и начала XX в. о своеобразии отношений семейственных, неприменимости к ним многих формальных гражданских установлений <sup>[127]</sup>, и из ложа классической цивилистики появилось дитя с задатками будущего автономного члена частноправовой семьи, со своими особенными целями и способами жизнедеятельности.

Во-вторых, церковное право перестало быть частью государственной правовой системы, а определенная часть семейных отношений (прежде всего из института брака) – частью предмета этого права <sup>[128]</sup>.

В-третьих, российское семейное законодательство, хотя и не имело системных теоретических предпосылок в качестве базиса изменений, на десятилетия опередило соответствующие европейские и американские доктрины, нормативно-правовые решения и практику, освободив семейно-правовое пространство от массы негативной энергии, накопившейся в имперских институтах власти мужа и отца, незаконнорожденности детей и одновременно усилив его позитивной энергетикой идей о равенстве мужчины и женщины в браке, родительстве и попечительстве, прав детей независимо от обстоятельств их рождения, зачатков уважения личности ребенка.

«Мы не оставили, – писал В. И. Ленин, – в подлинном смысле слова камня на камне из тех подлых законов о неравноправии женщин, о стеснениях развода, о гнусных формальностях, его обставляющих, о непризнании внебрачных детей, о розыске их отцов и т. п. – законов, остатки которых многочисленны во всех цивилизованных странах к позору буржуазии и капитализма. Мы имеем тысячу раз право гордиться тем, что мы сделали в этой области. Но чем чище очистили мы почву от хлама старых, буржуазных, законов и учреждений <sup>[129]</sup>, тем яснее стало для нас, что это только очистка земли для постройки, но еще не самая постройка» <sup>[130]</sup>.

В декабре 1917 г. в «Газете Временного рабочего и крестьянского правительства» были опубликованы два исторических декрета: «О гражданском браке, детях и о ведении книг актов гражданского состояния» и «О расторжении брака» <sup>[131]</sup>. Прямо (1) или косвенно (2) их принципиальные положения отражались на положении детей: 1) вместо конструкции «родительская

власть» вводилась «права и обязанности родителей», внебрачные дети статусно уравнивались с рожденными в браке; 2) закрепление идеи о свободе брака и разводе выравнивало статусы мужчины и женщины (вместе с родительской властью юридически «отменялась» и власть мужа), в том числе и в вопросах родительства.

В то же время дискутировалась судьба семьи и ее роль в жизни ребенка – в общественно-политическом «воздухе» витали идеи о «национализации» детей, их коммунистическом воспитании и содержании за счет государства<sup>[132]</sup>. А. М. Коллонтай писала, что семья, с точки зрения организации хозяйственных отношений, «должна быть признана не только беспомощной, но и вредной...»<sup>[133]</sup>. Она же предлагала в перспективе уйти от индивидуального алиментирования детей – в пользу создания «государственного алиментного фонда» (из взносов трудящегося населения)<sup>[134]</sup>. Д. И. Курский подчеркивал, что само собой разумеется: в перспективе «вопросы об алиментах отпадут, а государство (общество в целом) возьмет на себя заботу о детях и подрастающем поколении»<sup>[135]</sup>.

Напротив, например, А. В. Луначарский, размышляя о социальном воспитании, считал, что «приходится думать не о том, как отнять детей у тех, которые стараются воспитать их в семье, а как устроить тех, кто оказался за бортом семьи»<sup>[136]</sup>.

К. Н. Вентцель предложил проект Декларации прав ребенка (1918 г.), статус которой предполагался международно-правовым. Проект охватывал все стороны жизни ребенка. В этом смысле, замечает А. М. Нечаева, он может служить как бы прообразом современной Конвенции ООН «О правах ребенка» 1989 г. (хотя широкой публике и неизвестным)<sup>[137]</sup>. В проекте были представлены идеи: 1) о праве ребенка на существование с обеспечением необходимых жизненных условий, свободное развитие заложенных в нем сил, способностей, дарований; 2) о признании за ним статуса личности; 3) об учете его мнения при выборе воспитательного или образовательного учреждения; участии в составлении правил, которыми регулируется его жизнь и деятельность; 4) о праве на объединения; 5) о возложении заботы о ребенке на родителей, общество и государство. И т. д.<sup>[138]</sup> Нетрудно заметить, что все эти (и другие) идеи проекта Декларации были реализованы в российском (советском) законодательстве постепенно, в течение, пожалуй, нескольких десятилетий, к тому же с отступлением на «заранее не подготовленные позиции» (например, по Указу ПВС от 8 июля 1944 г., о котором речь впереди).

Первая кодификация семейного законодательства (точнее – рождение его как отдельного нормативно-правового комплекса) произошла уже в 1918 г. – в образе Кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве РСФСР (КЗАГС)<sup>[139]</sup>. Состоя из 246 статей (против 26 в обоих декретах), он не только включал положения декретов, но и детализировал их, а также регулировал целый пласт иных отношений с «семейным элементом». В качестве основания возникновения правоотношений родителей и детей объявлялось действительное происхождение. При отсутствии записи, ее неправильности или неполноте предусматривалось право доказывать отцовство и материнство в судебном порядке. Женщине предоставлялось право (не позднее чем за 3 месяца до родов) в рамках заявительной процедуры через орган ЗАГС указать время зачатия, имя и место жительства отца, а извещенному «названному отцу» – право возбудить иск против данного заявления (молчание расценивалось как согласие с фактом отцовства). Состояние женщины в браке с другим лицом не препятствовало подаче указанного заявления.

В процессе судебного рассмотрения дел об установлении отцовства или его оспаривании стороны обязывались говорить правду под страхом уголовной ответственности как за лжесвидетельство (ст. 142). Подобное правило было эксклюзивным для гражданского судопроизводства; по другим делам оно не предусматривалось. Как замечает М. В. Матерова, это свидетельствует о том, что закон придавал установлению отцовства особое значение<sup>[140]</sup>.

Критерием разрешения дела по существу явилось указание нормы ст. 143: если суд найдет, что отношения лица, указанного матерью в качестве отца ребенка, в соответствии с естественным ходом вещей свидетельствует об отцовстве, суд выносит решение об удовлетворении иска, одновременно постановляя об участии ответчика в расходах, связанных с беременностью, а также рождением и содержанием ребенка.

Нормы ст. 153–154 КЗАГС предписывали осуществлять родительские права и обязанности исключительно в интересах детей, развивая в них социально ориентированную личность, подготавливая к полезной деятельности. Предусматривалась возможность лишения родительских прав, однако без необходимой детализации, в декларативном контексте. При этом в активном дискуссионном поле оказался вопрос об основаниях применения данной меры. Так, органы юстиции выступили с предложением лишать родительских прав граждан, воспитывающих своих детей «в духе контрреволюции и противоречия социально-трудовым началам». В кодекс оно внесено не было, однако на практике, вероятно, имелось в виду, так как поддерживалось рядом представителей органов, ведающих охраной детства <sup>[141]</sup>.

В норме ст. 183 КЗАГС было сформулировано отрицательное отношение к институту усыновления: «С момента вступления в силу настоящего закона не допускается усыновление ни своих родных, ни чужих детей. Всякое такое усыновление, произведенное после указанного в настоящей статье момента, не порождает никаких обязанностей и прав усыновителей и усыновленных». Объяснялось это тем, что данная форма попечения, «особенно приймачество в деревне», нередко являлась «замаскированной формой эксплуатации детского труда кулаками и другими зажиточными элементами, сохранившимися еще в то время» <sup>[142]</sup> (своих же детей можно было оформлять, как уже отмечалось, либо в заявительном административном, либо в судебном порядке). Учитывая, что в это время по стране «кочевали толпы бездомных, голодных, нищенствующих детей» <sup>[143]</sup>, данный шаг законодателя квалифицируется многими семейноведами как, мягко говоря, необоснованный. (Из-за непрекращающихся с 1914 г. войн и соответственно огромного числа детей, оставшихся без родительского попечения, замечает М. В. Антокольская, «более “удачного” времени для отмены института усыновления нельзя было выбрать» <sup>[144]</sup>.)

Замещение неизбежно мыслилось посредством другой формы – опеки и попечительства. Опека (в широком смысле) учреждалась как государственно-правовой институт <sup>[145]</sup>, охватывала не только имущественную, но и личную сферу жизни ребенка. Предпосылки ее установления (ст. 192) трактовались весьма широко и, как уже отмечалось применительно к основаниям лишения родительских прав, идеологизированно: по мысли соответствующих государственных структур в опеке могли нуждаться не только бездомные дети, но и те, чьи родители воспитывают их в чужеродном духе, не на началах коммунизма, внушая детям вражду к нему и развивая в них «контрреволюционные устремления» <sup>[146]</sup>. Опекун ребенку назначался без права «назначенца» отказаться от павшего на него выбора (кроме особых случаев – тяжелой болезни, наличия четырех и более собственных малолетних детей или другого опекуинства). Разумеется, кандидат должен был отвечать и известным мировоззренческим требованиям, что нередко исключало возможность принять ребенка в семью близкими родственниками.

Первая кодификация семейного законодательства некоторыми семейноведами рассматривается отнюдь не как закономерность развития последнего. С неизбежностью «слома» имперского брачно-семейного закона согласны все. Но и только. Далее появляются элементы дискурса.

Так, М. В. Антокольская полагает, что найти вразумительное объяснение появлению в этот период кодекса, регулирующего семейные отношения автономно от гражданских, совершенно невозможно – теоретического обоснования такого решения не было. Автор видит ответ на эту «загадку» в весьма простой плоскости: в период военного коммунизма собственность

была национализирована, гражданского оборота почти не существовало, все «частные гражданские отношения, по образному замечанию А. Г. Гойхбарга, свелись к найму пастушка в деревне», гражданское право никто не собирался возрождать, семейные же отношения существовали и требовали нового регулирования. Автор усматривает подтверждение определенной ситуационности кодификации семейного законодательства и в позиции наркома юстиции Стучки, который впоследствии, при разработке первого гражданского кодекса (в период нэпа), в ряду других авторов предлагал включить нормы, регулирующие семейные отношения, в кодифицированную структуру гражданского законодательства. Однако, продолжает М. В. Антокольская, идея об их самостоятельности уже прочно укоренилась <sup>[147]</sup>. Л. Ю. Михеева с ней солидарна: принятие КЗАГС «было скорее вынужденным, нежели продуманным» целенаправленным решением <sup>[148]</sup>.

Согласиться с данной позицией мы не можем. Взгляды цивилистов конца XIX – начала XX в. свидетельствуют об осознании ими особенного характера семейных отношений и необходимости весьма тонкой, специальной методологии их регулирования, хотя и в рамках гражданского права. Высказывания такого рода нами и другими семейноведами неоднократно приводились и анализировались, в том числе частично приведены и в самом начале настоящего сочинения. Среди этих известных, авторитетных цивилистов, пожалуй, только Г. Ф. Шершеневич наиболее твердо выстраивал гражданско-правовые позиции комплекса норм с семейным элементом. Это, конечно, немало, но и не ошеломляюще много. Тем более что в них были заложены некоторые внутренние противоречия. Так, автор наряду с имущественно-семейными элементами включал в содержание гражданского права и институт личной семейной власти (вслед, впрочем, за законодателем). С одной стороны, он писал: «К семейным правам не должны быть причисляемы права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишенные санкций» <sup>[149]</sup>. С другой стороны, Г. Ф. Шершеневич и сам отнюдь не всегда последовательно критически относился к ситуациям очевидного вмешательства государства во внутренние (личные) семейные отношения и не отрицал юридического значения их нравственного склада: «Обязанность сожителства основана на праве личной власти, от которого муж не может отречься и которого не может отчуждать. Поэтому воспрещаются все акты, склоняющиеся к самовольному разлучению супругов ... <sup>[150]</sup> Брак возлагает на супругов *обязанность верности*... Нравственное общение, устанавливаемое браком, стесняет возможность *свидетельства на суде*... <sup>[151]</sup> Дети обязываются к *почтительности* <sup>[152]</sup>.

За подробностями о позициях А. И. Загоровского, К. Д. Кавелина, Д. И. Мейера, А. Л. Боровиковского и других ученых, а также об аргументации не ситуационно-случайной, а закономерной суверенности семейного законодательства и права Е. М. Ворожейкина, В. А. Рясенцова, А. М. Нечаевой, Л. М. Пчелинцевой и др. адресуем читателя к предыдущим нашим работам <sup>[153]</sup>.

Следует также заметить, что декретами и Кодексом 1918 г. решались вопросы (равенство мужчины и женщины в браке и семье, суверенность и самоценность личности ребенка, его интересов), которые по своей природе явно выходили за пределы традиционных границ цивилистики, поэтому ситуационность в виде отсутствия гражданского кодекса является лишь дополнительной предпосылкой «прорастания» на революционной почве семейного кодекса, а отражение объективной потребности в новом семейном законе – закономерностью, а, возможно, и провидением.

Вернемся, однако, к процессу кодификации, обогащения семейного законодательства новеллами, а также к различного рода экспериментам в данной области правожизнедеятельности.

В частности, в доктрине обсуждалась идея «детского права» как единой системы норм, охватывающих различные стороны жизни ребенка, его семейно-правового статуса и име-

ющей главной целью регламентацию всех отношений по «охране правильного воспитания ребенка»<sup>[154]</sup>. Идея, как известно, не была реализована<sup>[155]</sup>, хотя отдельные ее аспекты впоследствии воплотились в нескольких специальных нормативно-правовых актах.

Среди них – второй семейный кодекс (КЗоБСО) 1926 г., вступивший в действие с 1 января 1927 г.<sup>[156]</sup> Как подчеркивает Г. М. Свердлов, он оказался необходимым в связи с переходом «советской страны к мировому строительству, к новой экономической политике»<sup>[157]</sup>. Проект кодекса подвергся широчайшему общественному обсуждению на собраниях трудящихся, в различных диспутах, в печати, а также длительным и горячим дебатам на сессии ВЦИК XII созыва, на которой и был принят. Самыми дискутируемыми темами оказались проблемы брака: признания юридического значения незарегистрированного союза (фактического брака), упрощения развода (отказа от судебной процедуры), введения института совместной собственности супругов и др.<sup>[158]</sup> Названные (и нормативно закрепленные) идеи опосредованным образом касались и обеспечения, и охраны интересов детей: признание фактического брака способствовало более комфортному в нем существованию родителей и ребенка; изменение режима собственности эффективнее защищало интересы женщины<sup>[159]</sup>, а с нею – семьи и детей, как правило, при ней остававшихся после развода. Что касается введения исключительно административной процедуры развода в органах ЗАГС и разрешения последним регистрировать соглашение прекращающих брак супругов об имущественных последствиях развода и о положении детей, то от однозначно положительной оценки таких нововведений мы бы воздержались: брачный конфликт в семье с детьми, скорее всего, нуждается в юридическом осмыслении, а соглашения, особенно о детях, – в проверке на предмет законности (в первую очередь – соответствия интересам детей); компетентностная сущность органов ЗАГС не предполагает ни того ни другого<sup>[160]</sup>.

Что касается непосредственных предметов нашего исследования, то Кодекс 1926 г. либо подтвердил положения Кодекса 1918 г., либо в той или иной мере их скорректировал.

В нем появилась отдельная глава об усыновлении, которое было введено (точнее – возвращено) в нашу правовую действительность, буквально перед принятием данного кодифицированного акта, Декретом ЦИК и СНК РСФСР от 1 марта 1926 г.<sup>[161]</sup> Особое внимание вновь обращалось на фигуру кандидата в усыновители. Дополнительно к очевидным ограничениям (несовершеннолетие, лишение родительских прав) отрицательными условиями явились: лишение избирательных прав, нахождение с ребенком во враждебных отношениях (трактовавшееся, как и ранее, с государственно-идеологических позиций<sup>[162]</sup>). Были введены правила, которые далее воспринимались и последующими кодексами: усыновление допускается исключительно в интересах детей (ст. 57); возможны присвоение усыновляемому фамилии усыновителя и отчества по его имени, а также запись усыновителя в качестве родителя (ст. 60); обязательность согласия родителей, опекунов или попечителей (ст. 61), согласие супруга при усыновлении лицом, состоящим в браке (ст. 62), согласие 10-летнего ребенка на усыновление и действия, предусмотренные ст. 60; юридическое «отождествление» усыновления и родительства (ст. 64); возможность отмены усыновления (ст. 66) и присуждения ребенку после удовлетворения данного иска средств на содержание (ст. 67).

Весьма либеральной оставалась процедура фиксации или судебного установления отцовства. Обстоятельства, свидетельствующие о наличии фактического брака (совместное проживание, ведение общего хозяйства, выявление супружеских отношений перед третьими лицами, материальная поддержка, совместное проживание с ребенком и т. п.), могли приниматься в расчет и при установлении отцовства. В инструктивном письме ГКК по алиментным делам (включая иски об отцовстве), утвержденном Пленумом Верховного Суда РСФСР, подчеркивалось: 1) по делам данной категории суд должен проявлять особую инициативу, не отказыв-

вать в иске на том основании, что истица «не представила доказательств в подтверждение ее сожительств с ответчиком»; 2) судам не следует становиться на путь отыскания прямых доказательств отцовства, изучая интимную жизнь сторон, устранять унижающие их достоинство консисторские обычаи дореволюционного времени со лжесвидетельством, скандалами и т. п.; 3) необходимо опираться на ряд внешних факторов, которые более или менее косвенно связаны с основным предметом спора <sup>[163]</sup>. В то же время Суд негативно характеризовал такие мотивировки решения, как: «Хотя истица не доказала своего иска, но учитывая ее заботность и тупоумие, ответчик должен быть признан отцом ребенка»; «должен же кто-нибудь содержать ребенка» <sup>[164]</sup>.

В качестве значимого средства доказывания, особенно в случаях, когда с истицей были близки двое или несколько лиц, нередко проводилась экспертиза сходства (путем осмотра ребенка и ответчика в судебном заседании либо организации экспертного заключения врача). Обобщив соответствующую практику, Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 15 ноября 1939 г. «О судебной практике по делам о признании отцовства и о взыскании средств на содержание детей» указал: «Экспертиза сходства как доказательство, недостаточно научно обоснованное, должна быть исключена...» В то же время допускалась экспертиза групп и типов крови матери, ребенка и ответчика (ответчиков!), особенно в случаях «соучастия» на ответной стороне, когда других данных для вынесения решения было недостаточно <sup>[165]</sup>. (Разумеется, с точки зрения более поздних представлений об институте гражданско-процессуального соучастия по делам из семейных правоотношений указанный вариант невозможен.)

Произошла некоторая корректировка целей и содержания родительских правоотношений. Было изъято положение о том, что родители обязаны проявлять заботу о личности ребенка; в формулу их обязанности о подготовке детей к полезной деятельности внесено изменение: «общественно полезной деятельности». В соответствии с правилом ст. 37 объявлялось не имеющим юридического значения соглашение о принадлежности детей к той или иной религии. Предусматривалось положение о преимущественном праве родителей на воспитание своих детей перед третьими лицами (ст. 44). Интерес представляет норма ст. 45, предусматривавшая право родителей «отдавать детей на воспитание и обучение» – вплоть до заключения (с согласия детей) договоров ученичества или о поступлении на работу по найму (со ссылкой на законодательство о труде); при этом не допускалась передача детей на воспитание и обучение лицам, которые не могли по закону стать опекунами (попечителями). Вводился институт отобрания ребенка у родителей – по основаниям, сходным с содержанием и практикой применения современной нормы (ст. 73 СК РФ), с возложением на родителей обязанностей по предоставлению ему содержания (ст. 46). При этом, напротив, основания к лишению родительских прав не перечислялись – действовало лишь общее указание на неправомерность их осуществления (ст. 33). Споры о реализации родительского статуса должны были решаться родителями, а при недостижении согласия – при участии органа опеки и попечительства (ст. 38–39), вопрос же о месте проживания ребенка при одном из родителей (в том числе в случае развода) – их соглашением, далее же в судебном порядке (ст. 40).

## **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.