

Н. Н. Тарусина

**СЕМЕЙНОЕ ПРАВО:
В «ОРКЕСТРОВКЕ» СУВЕРЕННОСТИ
И СУДЕБНОГО УСМОТРЕНИЯ**

М О Н О Г Р А Ф И Я



«проспект»

Надежда Николаевна Тарусина
Семейное право:
в «оркестровке»
суверенности и судебного
усмотрения. Монография

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=21553557

Издательство "Проспект"; 2013

ISBN 9785392136872

Аннотация

Книга предназначена для исследователей в области семейного права и гражданского процесса, практикующих юристов, студентов, обучающихся по программам бакалавриата и магистратуры по направлению «Юриспруденция», и других читателей, интересующихся обозначенными в содержании проблемами.

Содержание

ВМЕСТО ВВЕДЕНИЯ	5
Глава 1	7
1.1. Немного классики	9
1.2. О контрапунктах суверенности	18
1.3. Частное и публичное: центростремительная энергетика	64
1.4. О комплексе неполноценности или комплексе полноценного?	74
Глава 2	86
Глава 3	107
3.1. Принципы, или «скромная декларация независимости»	107
3.2. Неопределенность как благо	119
Глава 4	125
4.1. Несколько вводных замечаний	125
4.2. Предположение первое: дефиниция брака	133
Конец ознакомительного фрагмента.	147

Н.Н. Тарусина
Семейное право:
в «оркестровке»
суверенности и
судебного усмотрения
Монография



[битая ссылка] ebooks@prospekt.org

ВМЕСТО ВВЕДЕНИЯ

В данном сочинении соединены размышления автора 2009–2012 гг., которые частично опубликованы в других изданиях, с изъятиями, дополнениями и изменениями, обусловленными как появлением новых литературных источников, законодательства и судебной практики, так и уточнением авторской позиции по отдельным актуальным вопросам семейно-правового блока цивилистики и гражданско-процессуального права, разумеется, в той его весьма противоречивой и дискуссионной части, которая активно взаимодействует с семейным законодательством – в контексте доктрины и правоприменительной практики.

По сложившейся традиции автор в своих исследовательских «скитаниях» периодически пересекает границы пространства общей теории права и ряда отраслевых юридических наук.

Автор искренне признателен своим учителям – профессору, доктору юридических наук Петру Федоровичу Елисейкину, профессору, доктору юридических наук Надежде Александровне Чечиной, своему старшему коллеге по «семейноведению» доктору юридических наук, профессору Александре Матвеевне Нечаевой и своим бессменным рецензентам, коллегам по перу, преподаванию и образовательному менеджменту доктору юридических наук, профессору Ли-

дии Владимировне Тумановой и доктору юридических наук, профессору Ольге Юрьевне Ильиной – за интеллектуальную, эмоциональную и просто товарищескую поддержку, а также весьма терпимое отношение к инакомыслию, изложенному в несколько нетрадиционной стилистике.

Н. Тарусина

Декабрь, 2012 г.

Глава 1

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО: ВОЗВРАЩЕНИЕ «БЛУДНОГО СЫНА» ИЛИ «ЖИВ КУРИЛКА»?

Семейное право, первоначально как неопределенная совокупность отдельных гражданско-правовых институтов, позднее – как отрасль российского законодательства, а впоследствии – и российского права, являлось и является своеобразным сооружением, состоящим из весьма различного материала (с усредненным удельным весом для непотопляемости), «новым ковчегом», на котором собрались супруги, родители, дети, близкие родственники, попечители и другие «семейственные» лица, курсирующим по глубоким (иногда – темным и неэкологичным) «водам» классической цивилистики, заходя в те или иные ее порты («кредитор», «должник», «договор», «возмездность», «имущественная ответственность» и др.) и удаляясь от них, постоянно ищет свое хотя бы относительно надежное и уютное пространство для создания автономной нормативно-правовой конструкции, дружественной другим отраслям цивилистики, в том числе и прародителю – гражданскому праву. Как

известно, это плавание и эти попытки имеют весьма интересную и непростую историю.

1.1. Немного классики

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

Так, В. А. Умов отмечал, что право определяет лишь внешние границы состояний брачности и семейственности, но не регулирует их внутренней природы, находящейся за пределами права: «Эти состояния оказывают влияние на имущественные отношения и поэтому входят в предмет права, которое определяет лишь их начало и конец»^[1].

А. И. Загоровский, констатируя постепенный отход семейного права от влияния христианской религии, для которой семья всегда была «предметом особых забот и попечения», его развитие при весьма деятельном участии государства, взявшего из рук церкви брачное право и строящего его на «началах общекультурных», а в других разделах проводя принципы равноправия и «покровительства и защиты слабейших членов семейного союза», подчеркивал и существенное отличие семейных имущественных отношений от имущественных гражданских. В основание вторых положены, продолжал автор, хозяйственно-экономические нуж-

ды, а первых – «потребности физической природы и нравственного чувства», те, вторые, порождают господство над вещью, а эти, первые, ставят «в определенную личную зависимость одного члена семейного союза от другого», создают определенное юридическое положение для них. «...В отношениях семейных мера и счет прав затруднены в силу особых свойств этих отношений, больше моральных, чем юридических. Отсюда регулирование правом отношений семейных гораздо труднее, чем отношений имущественных»^[2].

К. П. Победоносцев, подчеркивая личный (а потому непередаваемый), постоянный, бессрочный характер семейных отношений, далее писал: «Подобно общественным и государственным, семейственные отношения обнимают всего человека, а не одну какую-либо сторону его быта». Это отношения цельные, и, складываясь между частными лицами, продолжал свою мысль автор, они «сохраняют навсегда общественный характер»; в прочих гражданских мы видим отношение лица к вещи или лица к лицу по поводу вещи (проистекающее из личной воли), в семейных «личность относится к личности во всей своей целостности», тяготеет к ней не независимо от личной воли, а «вследствие необходимой природной связи, и при том так, что исключается возможность безусловного распоряжения одного лица другим»; должно также заметить, что они несравненно в меньшей степени подлежат юридическим определениям, которые не могут «спуститься в глубину совести и нравственно-

го чувства»^[3]. Соответственно К. П. Победоносцев полагал, что закон может касаться только стороны, «с которой возможны столкновения семейственной автономии с автономией государства»: государство, во-первых, вмешивается в эту сферу в интересах защиты личности (например, когда она чрезмерно подавляется властью мужа, отца семейства, родительской властью в целом); во-вторых, определяет формы и условия семейственного союза^[4] («иначе не было бы порядка и твердости семейных уз»); в-третьих, наконец, регулирует отношения по имуществу, возникающие вследствие кровной связи^[5].

Акцентируя внимание на охранительной функции, К. Д. Кавелин писал: право не регулирует семейственные отношения в ненарушенном виде, вмешиваясь в них лишь с целью охраны, «все юридическое по существу своему более разделяет, чем соединяет внешним образом то, что само по себе отделено или разделено. Юридические определения вступают в силу там, где семьи уже нет, – потому что семейные союзы и юридические определения взаимно исключают друг друга»^[6].

В этих суждениях К. Д. Кавелина, на наш взгляд, больше «экспрессии», нежели точности, ибо сам же автор в своих работах по семейному праву неизбежно писал и о других «проникновениях» закона в исследуемые отношения^[7].

Кроме того, как известно, К. Д. Кавелин существенно ина-

че видел перспективу системы права. Признавая, что гражданское право в его современном виде представляет собою «ветхую храмину», в которой гнездятся всевозможные противоречия и несообразности, он предлагал исключить из гражданского права все личные правоотношения и, наоборот, включить в оное право из других частей правовой системы все юридические отношения между лицами по имуществу, отойдя тем самым от принципа ее деления на частную и публичную составляющие. Эти его воззрения, полностью не принятые цивилистами того времени^[8], частично себя реализовали в разные периоды развития советского права и законодательства, хотя, возможно, заимствования осуществлялись и на интуитивном уровне. (Полагаем, в этом плане наибольший интерес представляет идея о суверенном лично-правовом блоке, по крайней мере, в ней есть «пикантный творческий вкус»^[9].)

Д. И. Мейер, один из самых ярких исследователей семейных правоотношений, отмечал, что брак как общественное учреждение, находящееся «под влиянием религиозных и нравственных понятий», естественно, не вошло сполна в область права, «в браке представляется множество отношений, которые ускользают от всякого внешнего определения, а устанавливаются лишь по внушению нравственного закона»^[10]. Так же обстоит дело и с отношениями родительства, подлежащими «более определенным законом физиологиче-

ческого и закона нравственного, нежели определениям права»^[11].

Д. И. Мейер, кроме того, размышлял и о движении институтов семейного права в рамках системы права. Из идеи частного права, отмечал он, следует и нахождение семейного права в праве гражданском, которое по существу своему ему чуждо, кроме собственно контекстов имущественных: институту брака место в каноническом праве, а институтам родительства и опеки (как построенным на власти и подчинении, а последнего – еще и на «попечении государства об участии лиц, которые сами не могут заботиться о себе») – в государственном праве; либо же, если иметь в виду, что отношения между родителями и детьми – прямое следствие брачного союза, то их можно рассматривать и в каноническом (церковном) праве^[12].

(Эти замечания Д. И. Мейера очень важны для нас, разумеется, не с точки зрения указанного перераспределения семейно-правовой «материи» в правовом пространстве, а в смысле констатации массива публичных элементов, с одной стороны, и личных – с другой, что должно выводить значительную часть брачных и семейственных объектов регуляции из-под эгиды гражданского права, адекватного в то время цивилистике^[13].)

В. И. Синайский, подчеркивая сложность перевода этического в юридическое, обращал внимание на необходимость

системной оценки того и другого в правореализации и правоприменении: «Естественные и нравственные отношения лишь лежат в основе юридических отношений членов семьи. Поэтому при толковании норм семейного права необходимо стремиться придать нормам юридическое значение, а не ограничиваться констатированием их нравственного характера»^[14].

Г. Ф. Шершеневич, опираясь на традиции частного права, большую протяженность его границ, включал семейное право (как имущественную, так и личную его часть) в гражданско-правовое пространство, однако подчеркивал, как и другие цивилисты, достаточно слабые возможности энергетического воздействия права на брак и семью: «Физический и нравственный склад семьи создается помимо права. Введение юридического элемента в личные отношения членов семьи представляется неудачным и не достигающим цели... Если юридические нормы совпадают с этическими, они представляются излишними^[15], если они находятся в противоречии, то борьба их неравна ввиду замкнутости и психологической неуловимости семейных отношений... К семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишённые санкции». Соответственно в круг объектов регуляции автор включал права личной семейной власти и право на содержание^[16].

Однако, во-первых, характеризуя конкретные проявления данных институтов, Г. Ф. Шершеневич и сам отнюдь не всегда критически относился именно к ситуациям очевидного вмешательства государства во внутренние семейные отношения и их нравственный склад: «Обязанность сожителства основана на праве личной власти, от которого муж не может отречься и которого не может отчуждать. Поэтому воспрещаются все акты, склоняющиеся к самовольному разлучению супругов^[17]. <...> Брак возлагает на супругов *обязанность верности*. <...> Нравственное общение, устанавливаемое браком, стесняет возможность *свидетельства на суде*^[18]. <...> Дети обязываются к *почтительности*»^[19].

Во-вторых, цивилисты того времени знали вполне определенную, еще не «взорванную» 1917 г. систему права и законодательства, не имели для своего исследования интуитивных, экспериментальных и т. п. ее образцов, каковые появились в XX в. Трудно предугадать с точностью их реакцию на эти образцы – ясно только, что она явилась бы нам в богатстве оттенков и степени выраженности суждений относительно суверенности семейного права, в том или ином охвате регулируемых им отношений.

А. Боровиковский, опираясь на судебную практику вопроса, весьма близко подошел к идее негражданско-правовой сущности исследуемого правового комплекса: «Должно ясно сознавать пределы той помощи, какую может ока-

зать суд, когда к нему обращается семейная распря^[20]. <...> Природа некоторых правоотношений семейственных «представляется действительно загадочною, подобно тому, как существуют загадочные для научной классификации организмы – не то растения, не то животные. «Право семейственное» и кодексами, и систематиками обыкновенно *приурочивается* к области права гражданского. Но при этом остается *несомненным*, что, несмотря на такое приурочение, семейные правоотношения <...> особенностью своей природы *существенно отличаются* от прочих гражданских правоотношений». Разумеется, автор делал акцент прежде всего на личных отношениях и допускал их в сферу частного права условно и временно: «На той степени культуры, когда семья зиждится 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»^[21]. Далее автор высказывал традиционное сомнение в придании им юридического характера вообще – ввиду их окрашенности религиозными и нравственными элементами. (Впрочем, подверженность брачных отношений воздействию канонического права им не рассматривалась во-

все, ибо очерк являл собою размышления судьи отнюдь не церковного суда.) Однако далее, несмотря на свои сомнения в допустимости вовлечения личных семейственных отношений в сферу права, А. Боровиковский, думая о совершенствовании закона и судебной практики, отмечал: судебные гражданские установления столь же непригодны для разрешения семейных тяжб, «как и, наоборот, установления, специально рассчитанные на эти функции, были бы непригодны для разбирательства споров о праве гражданском. <...> Будь у нас целесообразный трибунал, быть может, ему далось бы достаточно работы. Пусть же его ищут...»^[22]

1.2. О контрапунктах суверенности

Таким образом, внутри цивилистики этого периода была подготовлена почва для **суверенизации семейного права**. Однако «всходы» появились только в 1917 г.^[23] Из ушедшего в небытие канонического права и «взорванного» изнутри гражданского права первоначально в малых энергетических дозах, затем во всё возрастающих сформулировались новые нормативные представления о брачном, семейном и опекуном праве следующего поколения, а на их базе – «протоотрасль» семейного права, хотя и без системного анализа причин и задач данной правовой автономии.

По утверждению В. И. Бошко, первенство в обосновании^[24] этой идеи принадлежит А. Я. Вышинскому (1939 г.)^[25]. Однако, анализируя историю вопроса, А. М. Нечаева замечает, что определенное осознание суверенности семейного права произошло уже в 1917 г. Например, известный теоретик права П. Стучка рассматривал семейное право в качестве самостоятельного понятия, которое «охватывает все правовые отношения, связанные с семьей»^[26]. Впрочем, видимо, его позиция была не вполне твердой, так как при разработке проекта первого гражданского кодекса он, в числе других юристов, предлагал включить в этот акт и нормы, регулирующие семейные отношения^[27], а позже

в своем учебнике по гражданскому праву писал о том, что принятие самостоятельного семейного кодекса не связано с очевидной самостоятельностью семейного права как отрасли, автономной от гражданского права^[28]. В 1930-е гг. идею суверенности поддерживали Д. М. Генкин (1939 г.), М. А. Аржанов, М. М. Агарков (1940 г.) и др.^[29]

Л. Ю. Михеева, подчеркивая, что целая отрасль семейного законодательства впервые была создана именно в России, высказывает предположение, что принятие первого кодифицированного семейного акта (Кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г.) было «скорее вынужденным, нежели продуманным и целенаправленным решением»^[30]. В этом автор солидарна с позицией М. В. Антокольской, справедливо заметившей, что в период военного коммунизма «гражданское право считалось отмершим, и никто не собирался его возродить»; семейные же отношения нуждались в правовом регулировании, причем на новых началах, поэтому лакуна отсутствующего гражданского законодательства была заполнена законодательством семейным в виде отдельного кодекса^[31].

В 40-е и 50-е гг. XX в. большинство цивилистов были убеждены в его отраслевом статусе. Так, В. И. Бошко подчеркивал, что семейное право, в отличие от права гражданского, регулирующего в основном имущественные отношения, связанные с производством материальных благ и процессом

их обращения, закрепляет и развивает отношения, связанные с воспроизводством человека, воспитанием и заботой о нем в семье^[32]. Разумеется, самостоятельность семейного права, по мнению автора, опирается на суверенное семейное законодательство^[33] (республиканские кодексы были созданы независимо от гражданских кодексов и раньше последних; кроме ГК Азербайджанской ССР, принятого в 1923 г. и включавшего до 1927 г. разделы брачного, семейного и опекунского права^[34]). Границы же науки семейного права предполагалось раздвинуть за счет включения в предмет ее исследования вопросов правовой охраны детства и материнства, государственной помощи семье, пользования жильем (членами семьи) и наследования по закону^[35].

Г. М. Свердлов подчеркивал, что предмет семейного права составляют отношения брака, родительства, усыновления, принятия детей на воспитание, имущественная сторона которых хотя и имеет значение, но не является главной, определяющей основной смысл и содержание перечисленных отношений. В то же время автор полагал не только возможным, но и нормально-позитивным применение к семейным отношениям норм гражданского права по аналогии – при условии допущения таковой природою конкретного вида семейных отношений (например, алиментных), – впрочем, в качестве частных случаев, а не тенденции^[36].

В 1950-е и 60-е гг. одновременно с активными и пло-

дотворными исследованиями в области системы советского права развернулась и дискуссия о месте семейного права в этой системе, и прежде всего между Ю. К. Толстым, О. С. Иоффе, с одной стороны, и В. А. Рясенцевым, Е. М. Ворожейкиным – с другой, которых поддержали и другие цивилисты^[37].

Так, Ю. К. Толстой на основе позиции о пяти составляющих данной системы (государственном, административном, гражданском, уголовном и процессуальном праве^[38]) и квалификации остальных «игроков» на этом правовом поле как комплексных образований^[39], представляющих не систему, а систематику права, производящуюся в исследовательских и практических целях, относит к последним и семейное право (правда, в весьма достойной компании с трудовым и земельным). Перечисленные же пять «китов» обладают, по мысли автора, предметным единством и специфическим методом регулирования, в их состав не могут входить нормы других отраслей права^[40].

Возражая Ю. К. Толстому, Е. М. Ворожейкин отмечал: 1) далеко не все отношения основных отраслей обладают общим «сущностным признаком» (например, равенства субъектов нет в обязательстве из причинения вреда источником повышенной опасности); 2) если говорить о комплексных отраслях как части основной отрасли, то и они не могут содержать норм, относящихся к другим отраслям, «потому что ос-

новная отрасль, т. е. целое, таких норм не содержит»; 3) то же самое следует сказать и о смешении методов: если комплексная отрасль входит в основную, она не может иметь иного метода, нежели основная^[41].

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

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

ного права, в свою очередь, используются или имеют значение как для гражданского права, так и для более отдаленных отраслей (трудового, административного, уголовного права и др.), – это неизбежно в силу их единства как системы^[42].

Дискуссия между О. С. Иоффе и Е. М. Ворожейкиным носит более пространственный характер. Ключевым ее пунктом является собственно предмет правового регулирования. Так, соглашаясь, что предмет семейного права составляют **личные отношения и связанные с ними имущественные**, а гражданского – имущественные и связанные с ними некоторые личные отношения, О. С. Иоффе замечает, что характерное для гражданского права в целом не всегда подтверждается каждой его составной частью (например, авторским и изобретательским правом), а при охране чести и достоинства имущественные моменты и вовсе отсутствуют^[43]. «И если одного только этого факта недостаточно для исключения подобных институтов из гражданского права, то аналогичные обстоятельства не могут служить препятствием и для включения в него права семейного»^[44].

О. С. Иоффе оспаривает также эксклюзивность семейных имущественных отношений, как строящихся на невозмездных (и безэквивалентных) началах, – таковые, по его мнению, встречаются и среди гражданских. Аналогичное возражение автор выдвигает и по поводу длящегося характера семейных связей. При этом семейные отношения обладают

главным признаком гражданско-правового метода – равенством субъектов. В итоге О. С. Иоффе приходит к выводу об отсутствии необходимых и достаточных специфических черт данной группы отношений^[45], чтобы, оценив их по достоинству, разрешить им самостоятельное «плавание».

Е. М. Ворожейкин обращает наше внимание, во-первых, на особенные характеристики личных семейных правоотношений, которые проявляют себя прежде всего в его **субъектах**: участниками гражданских правоотношений могут быть любые граждане (а сверх того – еще и организации), семейных – только граждане, и притом в особом качестве супругов, родителей, детей и т. д. Во-вторых, семейные имущественные отношения нельзя рассматривать в «чистом виде» – все они **неотрывны от личных семейных отношений** и прекращаются вместе с ними^[1070]; кроме того, в них не только отсутствует возмездность и эквивалентность, они **не обладают** и четко выраженной **стоимостной формой**. В-третьих, **длящийся** характер для семейных отношений является типичным^[46], а для гражданских – возможным. Наконец, в-четвертых, **равенство** субъектов отнюдь не относится к универсальному свойству отношений в сфере семьи – его нет в принятом смысле в отношениях между родителями и детьми, дедушками, бабушками и внуками, опекуном и подопечным и т. п. Таким образом, заключает Е. М. Ворожейкин, то, что **типично для семейных отношений**, лишь

встречается в гражданских, и наоборот, а ряд черт последним и вовсе не присущ^[47].

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

XX в. существенно ослабел и не подпитывался энергетикой принципиально новой аргументации.

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

* * *

Семейный кодекс 1995 г., будучи одним из результатов изменений в социально-экономической сфере, своими диспо-

зитивно-договорными ориентирами активно поспособствовал «взрыву» такого благополучия – трансформации идеи семейно-правового суверенитета из презумпции в обычный тезис, подлежащий доказыванию по общим правилам научного познания. Тому по меньшей мере два очевидных, объективированных в печатное слово свидетельства – третья часть учебника по гражданскому праву петербургской школы и учебник по семейному праву М. В. Антокольской^[48].

По мнению инициаторов возобновления дискуссии, доводы в пользу признания семейного права самостоятельной отраслью сводились в советское время к констатации значительного присутствия в его методе **императивных** начал (вследствие общей тенденции государственного вмешательства в частные дела) и **преобладания личных отношений над имущественными** – количественно и качественно, – доводы, которые ни тогда, ни сейчас не представлялись достаточными^[49]. Соответственно возвращение семейного права в «лоно гражданского права», по их мнению, является не деградацией данного члена российской правовой системы, а закономерным развитием и первого, и второй после освобождения гражданского и семейного права от искажений, которым они подвергались в недавнем прошлом. Накопленный опыт гражданского права, полагает М. В. Антокольская, в оптимальном сочетании частного и публично-го начала позволяет, с одной стороны, ограничить произвол субъектов, а с другой – не допустить полного подавления

личной свободы, что как раз необходимо и при регулировании семейных отношений^[50].

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

1. **Оптимизация дуализма** российского права на *публичное* и *частное* и соответствующий опыт гражданского права, безусловного лидера цивилистики и «кита юриспруденции», не с очевидностью ведет к «десуверенизации» права семейного. Дуализм права не только весьма подвижен в своих границах, но и дополняется «дуализмом» (а точнее, «полиизмом») частного права на гражданское, торговое (как гипотеза), трудовое, семейное... Опыт гражданско-правовых теорий, законодательной и правоприменительной практики может и должен передаваться «детям» гражданского права, но по правилам «разумного родительства», а не «домостроя» или «абсолютизма»^[51].

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

характера соответственно к трудовым или семейным отношениям»^[52].

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

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

отрасли, в том числе и гражданского права»^[53].

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

3. Личный и личностный характер семейных отношений в теории семейного права рассматривается многоаспектно^[54].

Во-первых, как мы уже отмечали, в плане специфичности их **субъектного состава** [55]: его образуют только физические лица (ни юридические лица, ни государство в них не участвуют), и при этом в совершенно особом качестве – супругов, родителей, детей, дедушек, бабушек, внуков и других родственников, приемных родителей, фактических воспитателей и т. д. В ряде отношений к субъектам предъявляются и дополнительные требования личного порядка, например, ключевую роль может играть признак пола (брак как своеобразное договорное отношение возможен только между мужчиной и женщиной; в отношениях гражданского оборота такое деление представляет лишь социологический и психологический интерес, в юридическом же плане оно безразлично), разница в возрасте (в отношениях усыновления – не менее 16 лет), социальная характеристика лица (в спорах о расторжении брака, о детях, даже об алиментировании супруга или бывшего супруга, в отношениях усыновления и иного попечения над детьми). Все это составляет классику предмета и методологии семейного права и, как правило, абсолютно не интересно для права гражданского [56].

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

ствие на личность другой стороны»^[57].

Во-вторых, важную роль играет такая черта семейных отношений, как *доверительность*. На регулятивном (нормально развивающемся) уровне она проникает во все «уголки» семейно-правового пространства: супруги решают все семейные проблемы на основе взаимного согласия, уважения и поддержки, родители взаимно согласовывают действия по воспитанию своего ребенка, заботе о его здоровье, образовании и т. п., считаясь с его мнением по данным вопросам и т. д. «Только благодаря доверительности, – пишет Е. М. Ворожейкин, – достигается цель семейного правоотношения. <...> Утрата доверительности затрудняет реализацию прав и обязанностей в семейном правоотношении либо делает ее вообще невозможной»^[58]. Соответственно нормальное развертывание отношений трансформируется в конфликтное, подключаются охранительные рычаги воздействия на ситуацию, семейное отношение существенно изменяется либо прекращается.

В-третьих, личностный характер проявляет себя в **доминировании личных семейных отношений над имущественными**. Первые играют роль ключевых предпосылок для возникновения, изменения и прекращения вторых. Содержание личных семейных отношений предопределяет содержание имущественных: брак, как союз, основанный на лично-доверительных началах и имеющий нетипичную для отношений гражданского оборота цель – создание и под-

держание семейной общности, особым образом выстраивает наиболее оптимальные варианты становления и развития супружеских отношений – совместная собственность (брачный имущественный договор – лишь второй способ^[59] регулирования семейной экономики, который вряд ли станет паритетным с первым^[60]), презумпция согласия при распоряжении ею, а при ее разделе – возможность отступления от равенства долей по весьма необычным для гражданского права основаниям (например, в связи с необходимостью учета жизненно важных интересов несовершеннолетних детей или одного из супругов), зависимость возникновения или срока действия алиментного обязательства между супругами или бывшими супругами от характера поведения в браке управомоченной стороны (например, «недостойного поведения») и т. д.

Н. Д. Егоров, подвергаящий, как мы видим, довольно резкой критике тезисы о рассматриваемой специфичности семейного права, утверждает, что большинство его исследователей выводят свою аргументацию из положения об основном акценте на регулировании в этой социальной области именно личных отношений, отодвинутости на задний план и подчиненности отношений имущественных, что далеко от истины^[61]. Удельный вес этих отношений, пишет автор, сравнительно мал (например, в институте брака две статьи посвящены личным отношениям и 14 – имуществен-

ным^[62]), введение в них юридических элементов неуместно и не достигает цели^[63].

Однако В. А. Рясенцев, Е. М. Ворожейкин, В. Ф. Яковлев и др. ученые делают акцент не на количестве, а на **качестве личных отношений**, что дает результаты, принципиально отличные от гражданско-правовых (см. только что приведенные примеры). Имущественные отношения в семье, подчеркивает В. Ф. Яковлев, производны от личных, ибо возникают лишь при наличии последних и обслуживают их; это отношения общности имущества и безэквивалентной материальной помощи и поддержки нуждающихся членов семьи^[64]. Е. М. Ворожейкин неоднократно отмечал, что в гражданском праве личные права либо вытекают из имущественных, либо связаны с ними^[65], а в семейном – картина совершенно иная: личные права не только не вытекают из имущественных, но занимают ведущее место во всей системе правоотношений, превалируют (читай «качественно доминируют, определяют»). – *Прим. авт.*) над имущественными^[66].

Правда, в ту пору семейное законодательство не знало явления брачного договора, действующий вариант которого почти способен «перевернуть пирамиду с ног на голову», т. е. существенно отдалить отношения собственности в браке от собственно брака как специфического личного правоотношения, ибо допускает иные режимы супружеского имущества – вплоть до раздельного. Однако, как мы уже отмеча-

ли в прежних своих работах, повторимся (и еще не раз будем «бить в эту точку»): такая крайность сомнительна, не отвечает целям и началам (ст. 1 СК РФ) семейного права и законодательства, переводит их с «рельс» **социального служения**, защиты интересов слабейшего (прежде всего ребенка, иногда и супруга) на «рельсы» **коммерческого интереса**, превращает супругов (а за ними и членов их семьи, основанной на данном браке) в субъектов гражданского оборота, в коммерсантов.

Конечно, не отрицает Н. Д. Егоров, количественный недостаток личных отношений (и соответственно личных прав и обязанностей) «может быть с лихвой восполнен качественной характеристикой правового регулирования личных неимущественных отношений в семье. <...> Однако последнее также не подтверждается ни теоретическими аргументами, ни практикой опосредования семейных отношений»^[67]. Так, те и другие нередко входят, продолжает автор, в противоречие друг с другом, которое, как правило, разрешается в пользу имущественных отношений. Автор, однако, в подтверждение этого многозначительного тезиса приводит лишь один пример – с разводом: семья как экономическое явление должна быть стабильной и не зависеть от чувств супругов, семья как явление «натуральное» на них основывается; чувства утрачиваются и нередко уступают новым; принцип свободы развода, продолжает Н. Д. Егоров, казалось бы, отдает предпочтение вытекающим из естествен-

но-биологического начала семьи личным неимущественным отношениям, однако «напрашивается прямо противоположный вывод, обусловленный тем, что действительная стабильность семьи как экономической ячейки общества возможна только в случае, если она опирается на твердое естественное начало – действительную любовь супругов»^[68].

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

Представляется, что порой для достижения цели доказать желаемое уважаемый автор превратно толкует положение вещей. Например, Н. Д. Егоров утверждает: «Личные неимущественные отношения между членами семьи регулируются государством постольку, поскольку они тесно связаны с имущественными и оказывают на них определенное влияние. Так, личные <...> отношения по воспитанию детей вовлекаются в сферу правового регулирования прежде всего потому, что они тесно связаны с имущественными отношениями по содержанию и воспитанию детей, <...> затрагивают экономические интересы общества... Поэтому в семейной сфере, как и в других сферах действия гражданского права, ведущая роль отводится правовому регулированию имущественных отношений»^[69].

Во-первых, не вполне ясна «проговорка» автора: личные отношения по воспитанию связаны с имущественными отношениями.

по воспитанию. Во-вторых, полагаем, что обществу **самоденна идеология родительства и детства** в семье и сама по себе (тем более что прямые связи между успешной семейной экономикой, успешной государственной экономикой и желаемой – для общества и/или личности – идеологией брака и семьи не установлены: нередко эти связки взаимодействуют с обратно пропорциональным значением). В-третьих, наш «ученый дележ» семейно-правового «пирога» в значительной мере условен и абстрактен – на практике эти отношения имеют сложную взаимозависимость. Главное другое: может ли обеспечивать гражданско-правовой метод правового регулирования адекватное реальным семейным «материалам» регулирование, будет ли «костюмчик сидеть»?..

М. В. Антокольская и цивилисты Санкт-Петербургской школы к числу очевидно гражданско-правовых относят **алиментные обязательства**. Однако, подчеркивает А. М. Нечаева, в этой позиции также наблюдаются противоречия и отступления в пространство семейного права. Так, М. В. Антокольская, сосредоточившись на констатации гражданско-правовой сущности соглашения об уплате алиментов, «не заостряет своего внимания на алиментных обязательствах в случае их исполнения с помощью суда», а именно здесь, на взгляд А. М. Нечаевой, «трудно найти место

гражданскому праву»^[70]. По мнению Д. А. Медведева, двойственная природа алиментов (где затрагиваются как личные, так и имущественные отношения) объясняет их внешнюю близость с другими гражданско-правовыми обязательствами, впрочем, и очевидные отличия между ними (от договора ренты, дарения и др.); алиментное обязательство: имеет особый субъектный состав; строго безвозмездно – оно никак не связано с встречным предоставлением; существует и вне договорного обязательства, вытекая прямо из закона и решения суда; может изменяться и прекращаться по весьма специфическим основаниям^[71]. А. М. Нечаева замечает, что, стремясь к последовательности, указанный автор рассуждает о приоритете социально-экономического начала в данных отношениях, ибо «существование алиментных обязательств обусловлено неравномерным закреплением материальных ценностей среди отдельных лиц в семье, а также различной способностью последних извлекать доходы за свой труд и на свой капитал»^[72]. Между тем, уточняет А. М. Нечаева, материальное обеспечение родителями своих детей не связано с уровнем их материального благосостояния^[73] – налицо их абсолютный родительский долг; эта забота есть неременная черта личности; она не связана с неумением извлекать доходы за свой труд (не все обладают такой способностью, в том числе и безупречные родители); «алименты» и «капитал» по своей внутренней сути несопостави-

мы (например, «лица с большим капиталом могут всячески уклоняться от уплаты алиментов, и наоборот – родитель со скромным заработком далеко не всегда забывает о необходимости содержать своего ребенка»^[74]. (Все это, разумеется, цивилисты петербургской школы понимают, однако делают акценты, как и в других случаях, на общецивилистических ценностях, которые, с их точки зрения, пусть и в «отраженном» виде, распространяются или должны распространяться на имущественные семейные отношения.)

С. Н. Братусь, определяя круг имущественных отношений, подвластных гражданскому праву, включал в него именно отношения экономического оборота («связи, участники которых выступают по отношению друг к другу как имущественно-обособленные субъекты»). Далее автор уточнял: «Алиментные отношения имеют своим основанием родство, и поэтому данный вид имущественных отношений, регулируемых нормами семейного права, значительно отличается от имущественных отношений, опосредствующих экономический оборот...»^[75]

Потребительские свойства алиментов, полагает О.Ю. Косова, отнюдь не означают, что последние превращаются в товар, а лишь означают, что «семейно-правовой институт алиментирования легализует один из способов перераспределения материальных благ в обществе» (к другим способам, также не сводящимся к гражданско-правовым, относятся, например, социально-обеспечительные правоотноше-

ния)^[76].

Специфичность этой связи и этого способа проявляется, как мы уже отмечали, многоаспектно: **субъекты** – супруги (бывшие супруги!), родители, дети, бабушки, дедушки, внуки, братья, сестры, отчимы, мачехи, пасынки, падчерицы, фактические воспитатели и фактические воспитанники; среди **юридических фактов** возникновения связи – брак, родство, свойство, фактическое воспитание, нуждаемость, нетрудоспособность и т. д., а изменения и/или прекращения – кратковременное пребывание в браке или в отношениях фактического воспитания, недостойное поведение в браке, отсутствие заботы о лице, ставшем впоследствии обязанным субъектом, вступление в новый брак и др.; зачет, обратное взыскание, новация и пр. гражданско-правовые технологии не допускаются и т. д. и т. п. Наконец, **целью** алиментного обязательства является «исключительно жизнеобеспечение управомоченной стороны», в отличие от гражданских, где «в большинстве случаев может быть удовлетворение любого имущественного интереса сторон»^[77].

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

Наконец, личный момент присущ и многим отношениям

другой отраслевой принадлежности (трудовому праву, праву социального обеспечения и др.). Там он проявляется иначе, качественно и количественно, а главное – не создает предпосылок для всеобщего возврата в лоно гражданского права. Нельзя также забывать, что новый ГК РФ^[78], отмечает О. Ю. Косова, более последовательно по сравнению с ГК РСФСР очерчивает предмет гражданского права, отказываясь от регулирования личных неимущественных отношений, не связанных с имуществом, и оставляя их лишь в сфере защиты гражданским правом. Тем самым сферы гражданского и семейного права потенциально «разводятся» дальше друг от друга, чем это делалось на предыдущем этапе развития законодательства»^[79].

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

так и вне его (п. 2, 3 ст. 52 СК РФ)^[80].

По объективным причинам лишь условно можно говорить о равенстве в отношениях между родителями и детьми (особенно малолетними). «Уже сами по себе возрастные различия между ними, – справедливо замечает О. Ю. Косова, – степень умственного, физического развития, обладания жизненным опытом позволяют родителям осуществлять воздействие на процесс формирования личности ребенка, т. е. осуществлять их воспитание»^[81]. Да и положения о почти всеобъемлющих представительских функциях и преимущественном праве родителей на воспитание ребенка перед всеми третьими лицами усиливают их позицию в сравнении с позицией детей. Разумеется, почти то же самое можно констатировать относительно усыновления, приемного родительства, опеки и попечительства.

Возражение цивилистов о том, что подобные ситуации с участием детей возникают и в гражданско-правовой сфере (опека и попечительство) могут быть оценены двояко: во-первых, их вектор ориентирован в имущественную сферу; во-вторых, вообще вызывает сомнение решение законодателя регулировать отношения опеки и попечительства над детьми нормами гражданского права. Все личные и имущественные отношения родителей (усыновителей и т. п.) и несовершеннолетних детей вполне могли бы стать исключительными объектами семейно-правового воздействия^[82].

Федеральный закон «Об опеке и попечительстве», конечно, принят – и институт опеки над несовершеннолетними детьми, по сути, переведен на гражданско-правовые «рельсы». По справедливому мнению А. М. Нечаевой, после принятия закона «положение с устройством детей не только не улучшилось, а даже ухудшилось» – в результате очевидной коммерциализации института. «Даже если уйти от теоретического спора, – продолжает автор, – относительно принадлежности семейного права праву гражданскому или о полной независимости семейного права», бесспорно одно: семейные отношения регулируются СК РФ, «который вовсе не является продолжением» ГК РФ, что дополнительно подтверждается и нормой ст. 4 СК РФ об ограниченности сферы субсидиарного применения гражданского законодательства к семейным отношениям; дух указанного закона «противоречит семейной политике современной России» и смыслу Конвенции ООН «О правах ребенка»^[83].

Качества равенства, имущественной самостоятельности, а также автономии воли в той мере, в какой они присущи отношениям, регулируемым гражданским правом, не характеризуют, по мнению О. Ю. Косовой, и алиментные обязательства. Именно нетрудоспособность этих лиц и нуждаемость в содержании за счет членов семьи свидетельствует по крайней мере об отсутствии у них имущественной самостоятельности^[84]. Существо отношений делает бессмысленным и рассуждения о равенстве субъектов.

Ф. О. Богатырев, сторонник внутригражданского подчинения семейного права, добавляет нам в качестве примера и приснопамятный институт «мужней власти» над женой. Кроме того, автор напоминает, что «власть есть и в корпоративных отношениях», и даже идет дальше: «...и кредитор по обязательству в какой-то степени властвует над должником» (не говоря уже о власти работодателя над работником). Все эти примеры, встречающиеся и за пределами семейного права, продолжает автор, «говорят о "власти" одного субъекта над другим, хотя и не в смысле отношений власти и подчинения (публичных отношений)», ибо сторона в них не обладает, в отличие, например, от административного права, аппаратом принуждения^[85].

Во-первых, это не совсем так: и былая «мужнина власть» (в большей степени – вплоть до исков о выдворении жены к мужу), и современная «власть» родительская (в существенно меньшей степени) опиралась (опирается) на государственное содействие (например, в лице органов опеки и попечительства). Во-вторых, эта «власть» смягчена влиянием частноправовых технологий – она действительно «другая» (и по субъектному составу, и по юридическим фактам возникновения, и по целеполаганию, и по объекту регуляции). Но она есть, что, собственно, автором и не отвергается^[86]. Однако и в частноправовом смысле у «власти» коммерческой и «власти» семейной причины и качество различны.

5. Традиционно особое значение для семейной сферы имеет теснейшее **взаимодействие права и морали**, формально-юридических и нравственных начал. Однако здесь мы ограничимся констатацией данного обстоятельства, так как характеристики этого взаимодействия нами будут представлены в главе о семейно-правовых нормах.

6. Все семейные отношения регулятивного типа и часть охранительного относятся к **длящимся**^[87]. В основе данного признака для той или иной группы отношений лежат различные обстоятельства, а главное – цели: в браке – создание и поддержание семейной общности; между родителями и детьми – обеспечение надлежащего физического, интеллектуального и нравственного развития ребенка, защита его интересов перед третьими лицами; в усыновлении, опеке, попечительстве, в приемной семье – восполнение родительской заботы; в отношениях по алиментированию – материальная поддержка нуждающихся нетрудоспособных членов семьи (в том числе бывших) и т. д. Некоторые семейные отношения развиваются вне каких бы то ни было пределов времени – их судьба обусловлена иными юридически значимыми фактами: брачное, часть алиментных (с участием совершеннолетних субъектов). Другие – в строгих временных рамках, оговоренных в законе: родительство, усыновление, алиментирование несовершеннолетних детей и др. Третьи – до наступления юридического факта: алиментирование бывшего супруга до вступления его в новый брак и т. п. Чет-

вертые – в пределах срока договора (если таковой определен сторонами): брачного, алиментного, о приемной семье и т. д. Значительная часть из перечисленных разновидностей может прекращаться посредством административного или судебного акта.

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

7. Многие цивилисты традиционно обращают внимание на одно качество, характерное для **семейных имущественных отношений**. Мы уже отмечали их вторичную, производную от личных отношений природу, особый субъектный состав, обусловленность их содержания и развертывания во времени и пространстве содержанием соответствующего личного семейного отношения и т. п. Еще раз следует подчеркнуть, что имущественные отношения, составляющие предмет семейно-правового регулирования, не несут в себе эквивалентно-возмездного начала^[88]: общность имущества, нажитого в браке, презюмируется независимо от уровня доходов каждого из супругов – более того, суд вправе отступить от равенства долей с учетом интересов несовершеннолетних детей, остающихся с одним из супругов, а также в пользу последнего, если это обусловлено жизненно важными потребностями, не могущими реализовываться обычными образом; материальная поддержка членов се-

мый (добровольно ли, по решению ли суда) осуществляется без ожидания каких бы то ни было компенсаций в будущем и т. д. Правда, следует заметить, что исключения из данного правила все же имеются. Так, элементы компенсационности просматриваются, когда суд, разрешая дело, например, о разделе общесупружеского имущества, отступает от равенства долей в пользу первого супруга, если второй не приносил дохода в семью без уважительной причины или расходовал это имущество в ущерб интересам семьи, или отказывает в удовлетворении иска родителю о взыскании средств на свое содержание с совершеннолетних детей, если установит факт его уклонения от выполнения родительских обязанностей, или применяет семейно-правовые принципы раздела имущества в интересах добросовестного супруга при признании брака недействительным (ч. 1 п. 4 ст. 30, п. 2 ст. 39, п. 5 ст. 87 СК РФ). Предусмотрены, в порядке исключения, и возможности возмещения морального вреда (см., напр., ч. 2 п. 4 ст. 3 °СК РФ). Однако исключения, как известно, никогда не колеблют общего правила, а лишь оптимизируют ситуационные возможности правового регулирования. При этом сама по себе тенденция расширения начал возмездности и/или эквивалентности, если она обоснованна (например, в договорных правоотношениях приемного родительства, опеки, патроната и даже суррогатного материнства), не должна оцениваться негативно как начало нехарактерное, неправильное, разрушительное. В этом вопросе глав-

ное – соблюсти меру между лично-правовой сущностью явления и его экономическим «контрфорсом», что симпатично и по силам праву семейному и не вполне симпатично праву гражданскому.

Отвлекаясь на промежуточный итог, подчеркнем один из ключевых тезисов «классиков семейно-правовой цивилистики» (Е. М. Ворожейкина и В. А. Рясенцева): каждая специфика, взятая в отдельности, может быть характерна (или просто «промелькивать») и для институтов гражданского права, и для институтов других отраслей права, – речь идет о профессионально грамотном смешении этих специфик – «красок» – и профессиональном же нанесении их на «холст» брачности, семейственности, родительства, попечительства, с тем чтобы семейно-правовая «картина» отражала реальность бытия в его добром развитии^[89].

8. Идея «антисуверенизации» семейного права опирается также на **«полубланкетный» характер семейного договорного права**^[90]. Действительно, применение в семейно-правовой сфере гражданско-правовых обязательственных норм напрямую, субсидиарно или по аналогии – реальность.

Однако явление договора давно пересекло границы гражданского права, распространив свою конструктивную сущность не только на группы смежных областей цивилистики, но и в пространство права публичного^[91] (кроме междуна-

родного права, где договор, пусть и в специальном контексте, был признанным средством регулирования отношений со времен исключительно отдаленных). С особой энергичностью рассматриваемая конструкция проникла в среду брака и семьи в конце XX в. Это, с одной стороны, стало нормальным результатом революционного движения семейного права из пространства жесткого (хотя и относительного) регулирования в пространство регулирования диспозитивно-го. С другой стороны, действительно подвергло специфичность и суверенность семейных правоотношений серьезно-му испытанию, ввергнув их в опасный эксперимент коммерциализации, растворения в безразличных к индивидуальной личности сферах гражданского оборота. Многие цивилисты и ранее не были готовы отпустить семейно-правовые договоры (соглашения) на «вольные отраслевые хлеба» – тем более что прямое, субсидиарное или по аналогии применение гражданского закона к браку, брачному договору, договору об опеке (особенно в части общих условий их действительности, изменения и прекращения) составляло и составляет доктринальную позицию и тенденцию правоприменительной практики, а в частности, опеки – уже и законодательной.

При этом наблюдается некоторая разность подходов к явлению семейно-правового договора – в зависимости от принадлежности его к лично-правовой либо имущественной группе. В первом случае гражданско-правовая экспансия не столь явственна, во втором – вполне ощутима, вплоть до

полного поглощения суверенности. Так, А. П. Сергеев отмечает, что встречающиеся в семейном праве договоры условно делятся как бы на две категории: одни «выступают в чистом виде и совпадают во всех основных чертах и по форме с иными гражданско-правовыми договорами (брачный договор, соглашение об уплате алиментов), а другие, будучи гражданско-правовыми договорами по существу, не выражены в столь очевидной гражданско-правовой форме (заключение брака, соглашение об определении места жительства детей при раздельном проживании родителей и др.)»^[92].

Однако далее автор неизбежным образом фиксирует особенности этих договоров, которые в своей совокупности придают им достаточно обособленное от гражданско-правовой классики качество. Во-первых, пишет А. П. Сергеев, многие из них представляют собой не противоположные по направленности согласованные волеизъявления участников (как в большинстве гражданско-правовых договоров), а устремленные к одной цели соглашения – выбор супругами места проживания, согласование имени ребенка, взаимное осуществление родительских прав и т. д. Во-вторых, специфична форма договора (кроме брачного договора): одни из них совершаются в государственных органах, другие могут заключаться в любой форме. В-третьих, семейно-правовые сделки, в том числе договоры, в отличие от обычных гражданско-правовых сделок широко применяются в сфере личных неимущественных отношений и при этом не отли-

чаются стабильностью, так как чаще всего могут быть аннулированы участниками семейного правоотношения в силу изменившихся обстоятельств^[93]. Как видим, А. П. Сергеев, будучи цивилистом классической школы, тем не менее демонстрирует существенную специфику (пусть и не в полном «боекомплекте» особенных черт) семейно-правовых сделок, в том числе двусторонних.

В этот «боекомплект» необходимо включить еще несколько характеристик. Во-первых, цель семейно-правовых договоров – не только результат однородного (или «близкородного») целеполагания его участников, но и сущностно, как правило, не имеет аналогов в гражданском праве: создание супружеской (семейной) общности, совоспитание добропорядочного члена общества, вынашивание и рождение ребенка, поддержка нуждающегося члена семьи, справедливый раздел имущества, построение разумного, обеспечивающего интересы семьи имущественного режима в браке^[94], и т. д. Во-вторых, к участию в семейно-правовых договорах «прилагаются» жених и невеста, супруги, родители, дети, близкие родственники, попечитель, т. е. не обычные субъекты гражданского оборота, а граждане в особом (личном) качестве. В-третьих, возмездность в отношении является скорее эпизодом, нежели правилом. В-четвертых, за спиной участников (родителей, попечителей) договоров присутствует «ангел» в лице ребенка, имеющего право с весьма малых лет на мнение в семейных вопросах, с 10 лет дающего согласие на

совершение ряда семейно-правовых актов (ст. 57 СК РФ), а с 14 лет могущего самостоятельно защищать свои интересы, в том числе против родителей. В-пятых, на судьбу семейно-правового договора могут повлиять, в абсолютный противовес его гражданско-правовым «собратьям», этические характеристики личности: договор о приемном родителстве или опеке не заключается или расторгается в последующем, если попечитель – отрицательный персонаж с нравственной точки зрения; по этой же причине суд не должен утвердить мировое соглашение о месте проживания ребенка (ст. 24 СК РФ) и другие подобные соглашения. При этом, в-шестых, и участники, и суд должны руководствоваться такими ситуационными критериями, как «интересы ребенка», «интересы одного из супругов», «интересы семьи» и т. д.

Исследуя особенности перспективы развития конструкции семейно-правового договора, О. Н. Низамиева отмечает также, что последняя, как правило, не составляет самостоятельного юридического факта, порождающего семейные правоотношения – главным образом договор направлен на его изменение или прекращение; свобода договора в семейно-правовой сфере значительно ограничена, публичный интерес оказывает существенное влияние на автономию воли, меру усмотрения при формировании условий соглашения и т. п.; семейно-правовые сделки, в том числе договоры, широко применяются в личной сфере и не отличаются стабильностью^[95].

В результате солидарных размышлений ряда семейноведов (Е. А. Чефрановой, С. Ю. Чашковой, О. Н. Низамиевой, в том числе и автора, и др.^[96]) можно констатировать три положения. Первое: особенности семейных правоотношений в целом и означенные выше особенности семейно-правового договорного регулирования создают необходимые и достаточные предпосылки для теории семейно-правового договора. Второе: эта теория должна быть реализована в семейном законодательстве – в виде принципов, норм о порядке и условиях заключения, изменения и прекращения договоров. Третье: определенные цивилистические аксиомы, конечно же, могут быть использованы, однако в пределах, непротиворечивых началам семейного законодательства (ст. 1 СК РФ)^[97].

О. Ю. Ильина полагает, что имеющийся в СК РФ перечень возможных семейно-правовых договоров по своему содержанию является исчерпывающим, что обусловлено спецификой семейных отношений^[98]. Думается, однако, что хотя сфера их применения действительно не беспредельна и ее расширение должно осуществляться *de lege ferenda*, не исключается аналогия с гражданско-правовой конструкцией непоименованного договора. Разумеется, в рамках соответствия началам семейного законодательства (ст. 1 СК РФ).

Развитие института семейно-правового договора осуществляется по нескольким векторам. В первую очередь –

за счет расширения личноправовой сферы его применения. Так, ребенок имеет право на общение с родителями и другими близкими родственниками. Первые могут заключить по этому вопросу и соглашение (п. 1 ст. 55 СК РФ), о соответствующих возможностях вторых (соглашение между родителями и другими фигурантами) закон умалчивает. Как справедливо полагают О. Н. Низамиева и С. Ю. Чашкова^[99], никаких видимых причин к тому нет, поэтому необходимо дополнить норму п. 1 ст. 55 СК РФ: «Порядок общения с бабушкой, бабушкой, братьями, сестрами и другими родственниками может быть определен ими по соглашению с законными представителями ребенка». (Заметим лишь, что, видимо, следует расширить и круг претендентов на общение с ребенком, ибо ситуационная конкретизация его интереса может вовлечь в сферу родственных, а также свойственных контактов и иных непоименованных в законе лиц.)

Г. В. Богдановой высказано сомнение относительно природы подобных конструкций: соглашения о порядке участия в воспитании отдельно проживающего родителя (и т. п. соглашения) не являются договорами, так как не направлены на установление или изменение прав и обязанностей и имеют единственную цель – определить параметры участия в воспитании ребенка^[100]. Однако, как верно замечает М. В. Гроздина, порядок осуществления обязанности по воспитанию вполне может быть предметом договора^[101].

Соглашения также возможны между опекуном ребенка и проживающим родителем^[102], между усыновителем и родителем (или родственниками умершего родителя), с которым на основании судебного акта в соответствии с нормами п. 3–6 ст. 137 СК РФ сохранена юридическая связь. В рамках дифференциации опеки могут появляться разновидности договора об опеке типа патроната, в том числе гостевого. В связи с последними изменениями законодательства о здравоохранении в части суррогатного материнства из «полуподполья» выйдут наконец варианты соответствующих соглашений. Акцентация внимания на проблеме охраны интересов (прежде всего имущественных) фактических супругов^[103] также неизбежно приведет к специализированным договорам в этой области (по аналогии с брачным договором, соглашением о предоставлении материального содержания) и собственно к договору о партнерстве в фактическом браке (который, кстати, содержательно может охватить и только что означенные имущественные аспекты отношений). Что касается моносексуальных партнерств, их признания квазибрачными союзами или разновидностью фактических браков, равноправного обеспечения интересов этих партнеров в рамках *de lege ferenda* относительно традиционного конкубината, то мы неоднократно уже высказывались по этому поводу. И эти высказывания отнюдь не находятся в русле современной европейской тенденции^[104].

Поименованные в семейном законе договоры также нуждаются в нормативной доработке. Так, весьма скудны и неконкретны правила, касающиеся соглашений об определении долей в общесупружеском имуществе, разделе совместной собственности, порядке пользования общим имуществом или имуществом каждого (одного) из супругов^[105]. Некоторые авторы соглашение о разделе имущества и во все, вопреки указанию семейного закона (но благодаря его неопределенности), полагают видом брачного договора и настаивают на этом основании на обязательности его нотариального удостоверения^[106]. Никаких, даже скудных, правил не установлено для соглашений о месте проживания ребенка, порядке общения с ним отдельно проживающего родителя, а также родственников. Определен лишь доминирующий критерий – соответствие интересам ребенка, однако это и много, и мало одновременно: много – для стратегии, мало – для тактики согласительного процесса.

Следует заметить, что количество и качество усмотрения сторон договоров о воспитании детей не вполне точно оценивать по заведомо заниженной шкале, как это часто делается^[107]. С одной стороны, усмотренческая свобода действительно ограничена принципом приоритетной охраны и защиты прав и интересов ребенка (как, впрочем, она ограничена и в гражданском обороте принципами иного порядка, адекватного предмету договора и существу саморегулируе-

мых отношений). С другой стороны, ситуативная составляющая, заложенная в правоотношениях между каждым родителем и ребенком и между родителями, весьма значительна. Само содержание права на воспитание предполагает и воздействие словом и примером, и учет мнения ребенка, в том числе до 10 лет, и обеспечение общения с другими лицами, и реализацию мер по культурному, спортивному и другим аспектам развития ребенка, включая и актуализировавшиеся в последнее время религиозное, а при различной конфессиональной принадлежности либо в случае атеистического восприятия мира одним из воспитателей создается еще и взаимно-усмотренческая основа для дополнительных договоренностей.

Неочевидным, как мы (и др. авторы) неоднократно отмечали, является также тезис многих семейноведов об отсутствии у ребенка каких-либо семейных обязанностей (например, подчиниться воспитательному воздействию родителей) – в силу (а скорее – слабость) незрелости его самосознания^[108]. Кроме того, ряд авторов категорически утверждают, что субъективное право родителей на воспитание адресовано не к детям (Г. В. Богданова, Н. Ф. Звенигородская и др.), а к третьим лицам, второму супругу (родителю)^[109]. Однако, поскольку реализация данного права осуществляется не только в рамках родительских правоотношений (а также с третьими лицами), но и в «семейной команде: родители-дети», где ребенок – субъект, а не объект права, про-

странственно-содержательные связи прав и обязанностей богаче и сложнее. В этом плане, чисто гипотетически, не исключается постановка вопроса о правомерности соглашения самого ребенка (как автономной семейно-правовой фигуры) с родителями в целом и каждым из них (с 14 лет?..).

Оценивая разнообразные попытки диверсифицировать законодательство об обеспечении охраны семейных интересов детей, Л. Ю. Михеева критически рассматривает такую проектную новеллу, как «договор о социальном патронате», которым, по сути, «навязывается» родителям соглашение об ограничении их прав. Во-первых, замечает автор, способы воздействия на данных воспитателей предусмотрены СК РФ; во-вторых, родители, вынужденно заключившие подобный договор, всегда могут оспорить его со ссылкой на порок воли или на стечение крайне неблагоприятных жизненных обстоятельств, т. е. правовой эффект от предлагаемой конструкции будет сведен к нулю^[110].

Наконец, мы неоднократно указывали и на другую весьма актуальную проблему: российский эксперимент с универсальным брачным договором (в части выбора режимов имущества) далеко не успешен в социально-гуманитарной области, а при позиции раздельности имущества и вовсе противоречит началам семейного законодательства (ст. 1 СК РФ)^[111].

Одним из самых болезненных точек договорного права в сфере брака и семьи является вопрос о договорной приро-

де брака. С одной стороны, очевидно, что коль скоро брак основан на взаимности личных волей мужчины и женщины на создание супружеской общности и, будучи заключенным, продолжается как своеобразное партнерство семейного типа, его можно рассматривать в качестве договора. Традиционное употребление почти во всех дефинициях (XX в. и начала XXI в.) термина «союз» существа не меняет^[112], особенно в настоящее время^[113]. Более того, в новейших источниках брак определяется, как правило, именно через договор^[114]. С другой стороны, не менее очевидно, что перед нами – далеко не типичный договор. И уж тем более – не гражданско-правовой. (Впрочем, на договорных контекстах брака мы более подробно остановимся далее.)

О. Н. Низамиева отмечает неразвитость и несовершенство норм о семейно-правовой договорной ответственности. Например, решение о расторжении договора о приемной семье при виновном поведении приемных родителей принимается в одностороннем порядке органами опеки и попечительства – и это при том, что речь идет о применении достаточно суровых санкций, влекущих ограничение семейной правоспособности этих лиц в части невозможности стать приемными родителями повторно^[115].

Словом, семейно-правовые договорные конструкции, во-первых, несмотря на зрелый возраст некоторых из них, далеки от качественной зрелости. Во-вторых, нуждаются в систе-

матизации, общем понятийном аппарате, заявленном в разделе I СК РФ, принципах договорного регулирования семейных отношений, нормах о порядке заключения, изменения и прекращения семейных соглашений и т. д.^[116], где субсидиарное или по аналогии применение гражданско-правовых обязательственных норм далеко не всегда уместно и адекватно существу семейных отношений. Надеемся, что в обозримом будущем соответствующая теория будет разработана, нормы – разумно и творчески построены. Надеемся также, что экспансия гражданского права не прорвет всей «линии обороны» семейно-правовой специфики.

9. Тезис о допустимости субсидиарного или по аналогии применения к семейным отношениям (прежде всего имущественным) норм гражданского права^[117], а следовательно, и его методологии, может быть усилен констатацией активно-го использования в семейно-правовой сфере его **понятийного аппарата**. Однако, во-первых, значительная часть последнего есть результат общеправовых исследований.

Во-вторых, семейное право, для достижения целей регулирования семейных отношений активно взаимодействуя не только с гражданским, но и административным правом, а также гражданским процессом, пользуется понятийным аппаратом и этих фундаментальных отраслей. Наконец, в-третьих, «яблоко не должно упасть слишком далеко от яблони»: генетические корни семейного права совершенно очевидны. И даже если бы они были не столь глубоки, веками нарабо-

тантные понятия и технологии гражданского права – главы цивилистики и «кита» – юриспруденции пронизывают все пласты системы права (особенно в связи с триумфальным возрождением идеи частного права), в значительной степени определяя содержание общих частей законодательства членов цивилистической семьи и теоретической основы соответствующих им отраслевых наук, да и теории права в целом.

Определенная же незавершенность, недоработанность общей части^[118] отрасли семейного права и его теории объясняется сразу несколькими причинами: некоторым «иждивением» в связи с нахождением в цивилистической семье под патронажем гражданского права, нередким совмещением в одном лице исследователя гражданского и семейного права, периодическими, хоть и временными «победами» сторонников десуверенизации... Впрочем, последняя кодификация, с одной стороны, и активизация указанных сторонников – с другой, в настоящее время поощряют теорию семейного права развиваться более энергично.

10. По-разному оценивается в теории права и цивилистике факт длительной и систематической кодификации семейного законодательства. Г. К. Матвеев, например, трактует его в качестве усиливающего аргумента суверенного статуса семейного права. Н. Д. Егоров и некоторые другие цивилисты, напротив, подчеркивает его вполне рядовое значение, ибо очевидно, что кодификация законодательства, как отмечал О. С. Иоффе, не всегда совпадает с делением систе-

мы права на отрасли^[119]: в сугубо практических целях отношения гражданского оборота в сфере торгового мореплавания или социального найма жилой площади традиционно осуществляются соответственно в рамках Кодекса торгового мореплавания и Жилищного кодекса^[120]. Однако, как справедливо замечает О. Ю. Косова, хотя сомнений в том, что сам по себе факт объединения большинства норм, непосредственно регулирующих отношения в сфере брака и семьи в специальном кодексе, не является бесспорным доказательством отраслевой суверенности семейного права, четыре кодификации в течение столетия все же свидетельствуют «о проявлении в правовой действительности объективных закономерностей развития общественных отношений»... слугит признанием особого содержания и места брачно-семейных связей и норм^[121].

Дальнейшее усиление, доктринальное и практическое, концепции частного права представляется некоторыми семейноведами как возможность жестко отграничить суверенность отрасли семейного законодательства (которые, впрочем, по их мнению, «не могут быть признаны достаточными для полноценного урегулирования семейных отношений»^[122]) от автономии семейного права как части гражданского права, отождествляемого с понятием частного права^[123].

«Сегодня, – пишет Л. Ю. Михеева, – принадлежность се-

мейного права частноправовой сфере перестала подлежать сомнению для большинства цивилистов... термин "семейное право" применяется нами в том же отраслевом значении, что и, например, термины "наследственное право" или "транспортное право"... Раздельность гражданского и семейного законодательства (но не права) – свершившийся факт», что подтверждается и Конституцией РФ. В то же время объективной закономерностью развития семейного законодательства становится применение к семейным отношениям методов, имеющих отчетливые частноправовые черты»^[124].

Однако, как говорится в одной известной русской сказке «ты (частноправовая система) – прекрасна, спору нет»... И кто же отрицает то очевидное, что для семейных отношений приемлемо? Речь – о мере, о той грани, перешагнув за которую, мы начинаем терять позитивное семейное право (пусть даже и как отрасль законодательства), о чем неоднократно писали, пишут и будут писать (читайте: протестовать) многие семейноведы.

При этом отнюдь не все цивилисты, пребывая идеологически в системе частного права, столь категоричны относительно означенной судьбы одного или нескольких ее членов. Так, Е. А. Суханов (его аналогичная позиция отмечалась нами и ранее, констатируя возрастание частноправовых начал (в том числе и в связи с внедрением института брачного договора), одновременно подчеркивает: «Вместе с тем семейное право всегда характеризовалось преобладанием неиму-

ществленных элементов над имущественными и принципом минимального вмешательства государства в семейные отношения (осуществляемого главным образом с целью защиты интересов малолетних или нетрудоспособных членов семьи), а также добровольным и равноправным характером брачно-семейных связей. Поэтому следует говорить о частноправовой природе отечественного семейного права как самостоятельной правовой отрасли»^[125].

Что касается достаточно острой, означенной дискуссии о самостоятельности семейного права как отрасли российской системы права в целом, то она, разумеется, будет продолжена. Линия «аргументального огня» за суверенность и против нее из века XIX через век XX продолжена в век XXI. Всякая разумная дискуссия – благодать. В том смысле, что безусловно способствует совершенствованию дискутируемого объекта, последовательному решению принципиальных и тактических задач семейного права и законодательства, а следовательно, больших и маленьких проблем всех и каждого в столь специфической и жизненно важной области бытия. Как справедливо отмечал Р. З. Лившиц, «выбор той или иной идеи в качестве основы права носит личный, субъективный характер. Это отнюдь не недостаток, ибо позиция исследователя всегда субъективна; именно субъективность исследователей составляет основу плюрализма в подходах, без чего настоящая наука невозможна»^[126].

1.3. Частное и публичное: центростремительная энергетика

Остановимся на дихотомии частноправовых и публично-правовых начал в семейно-правовой сфере подробнее. Как член цивилистической семьи, семейное право, безусловно, относится к сфере частного права. Однако этот очевидный «диагноз» имеет теоретический и практический смысл далеко не в плоскости прямолинейных позиций римских юристов по формуле: публичное право – это то, которое имеет в виду интересы государства как целого, а частное – то, которое имеет в виду интересы индивида как такового^[127]. Подобный подход подвергся сомнению еще в конце XIX – начале XX в. Так, И. А. Покровский писал: «Разве такое или иное строение семьи, собственности или наследования безразлично для государства как целого? И тем не менее все это бесспорные институты гражданского права. Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного»^[128].

Различия – в самой материи, отмечали некоторые цивилисты, в содержании регулируемых отношений: если имуще-

ственное, то – частное (Д. Мейер и др.). Различия – в форме, или «формальном моменте»: все зависит от того, кому принадлежит инициатива защиты права; если она исходит только от лица, чье право нарушено, то мы имеем дело с частным правом, если же нарушение вызывает инициативу государства, даже против воли потерпевшего лица, то мы находимся в области публичного права (Дювернуа и др.)^[129].

Опираясь на иное очевидное различие, а именно в способах регулирования отношений (две крайние позиции пары: веление как способ, исходящий от государства, и инициатива, исходящая от индивидов и юридических лиц), И. А. Покровский подчеркивает, что первый прием, именуемый им «юридической централизацией», составляет сущность публичного права как «системы субординации», а второй – «юридическая децентрализация» – сущность права частного как «системы координации»^[130].

Разумеется, граница публичного и частного размыта. Более того, можно постоянно наблюдать конвергенцию данных систем, причем в масштабах, подвергающих подчас опасности их и так относительную автономию. И. А. Покровский, в исследовательских целях доводя такую «диффузию» до предельной степени, полагает, что по началам публичного права может быть построена чуть ли не вся область семейственных отношений: какое-нибудь государство, «задавшись целью количественного или качественного улучшения прироста населения», может прийти к мысли о предписа-

нии всем здоровым мужчинам определенного возраста вступать в брак с женщинами, указанными властью предержавшей. Притом, что история, продолжает ученый, знавала-таки подобные экзотические случаи: в государстве перуанских инков достигшая половой зрелости молодежь ежегодно собиралась на площади, где представители власти соединяли между собой наиболее, на их взгляд, подходящие пары, а брачный закон римского императора Августа устанавливал обязанность мужчин от 25 до 50 лет и женщин от 20 до 45 лет состоять в браке и иметь детей...^[131]

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

Более того, не только «экзотические» законодательные решения, но и самые обычные гражданские законы содержат в себе, как отмечает С. С. Алексеев, публично-правовые «вкрапления» по определению, ибо любой закон есть документ публичного характера, нормы которого обеспечены государственным принуждением^[132]. Общественные отноше-

ния, если они не отрегулированы иными специальными нормами, подвергаются государственному контролю (различной степени жесткости) уже потому, что «общественные». Гражданские, трудовые и семейные правоотношения существуют в комплексе с административными, уголовными и другими правовыми отношениями классического публичного порядка, которые сопровождают первые^[133]. В любой частноправовой норме-возможности есть элемент (большой или меньший) публичного должествования, причинный от общественной (государственной) значимости любого частного интереса, а в любом публичном правиле-долженствовании присутствует тот или иной частный интерес, а нередко и диспозитивное начало. «В самом деле, – писал Г. Ф. Шершеневич, – где граница между частным и общественным интересом? Нельзя ли сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются с задачами общества? Охраняя интересы отдельного лица, право имеет своей целью в то же время охранение интересов всего общества»^[134].

Высокоимперативные нормы (с сильным нормативным давлением) проявляют себя, констатирует Г. В. Мальцев, в запретах, ограничениях, санкциях и призваны обеспечивать и защищать особо значимые государственные и общественные интересы. Средняя (умеренная) степень императивности присуща классу диспозитивных норм, допускающих свободный выбор вариантов поведения в установленных зако-

ном пределах, с опорой на регулятивную силу интересов^[135].

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

В настоящее время в самом общем виде таковая, на взгляд С. С. Алексеева, может быть представлена триадой, состоящей из идеи «возрождения ценностей «чистого» частного права, призванного обеспечивать действительную свободу субъектов современного гражданского общества, идеи солидарности частного и публичного «во имя глубоких социальных начал» и идеи приобретения «правами человека как феноменами естественного права непосредственного правового действия»^[136].

В то же время, по мнению ряда ученых, наблюдается неточная оценка природы связей между публичным и частным правом, с одной стороны, и вовлеченными в их притяжение отраслями права – с другой. Как отмечает С. В. Поленина, это ведет к законодательной «экспансии» гражданского права: «Исходя из посылки, что частное право должно доминировать в правовой системе нашей страны и представлять собой своего рода конституцию гражданского общества, создатели ГК РФ^[137] постарались, во-первых, максимально оградить гражданское право от любых ограниче-

ний, налагаемых во имя публично-правовых интересов (ст. 1 ГК РФ), и во-вторых, установить иерархическую связь между нормами ГК и нормами однородных с гражданским правом и даже неоднородных с ним отраслей права»^[138] (п. 2 ст. 3 ГК РФ). По мнению автора, данная норма представляет собой «попытку поставить легальный заслон на пути специализации не в цивилистическую (т. е. не частноправовую) сторону» ряда пограничных отраслей права, особенно их комплексных институтов. При этом, если С. В. Поленина подчеркивает крайнюю опасность для устойчивости общественного развития как очередное проявление частноправовой «экспансии» коммерциализацию здравоохранения, образования, искусства, культуры, то «коммерциализация» семейного права как самостоятельной отрасли права опасений у автора не вызывает: появление брачного договора и широких возможностей заключения возмездных и безвозмездных соглашений не только между супругами, но и между любыми членами семьи находятся в рамках нормы присутствия частноправовых начал^[139] в методологии семейно-правового регулирования и не ведет к поглощению семейного права правом гражданским. (Однако опасность такая существует, как мы неоднократно отмечали, и дело здесь не в угрозе престижному отраслевому статусу, а именно в неоправданной замене одних технологий правового регулирования другими.)

Все эти размышления, сомнения и аксиомы, как, впро-

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

Итак, находясь в «заповедной зоне» частного права, отрасль семейного права – одна из «самых чувствительных областей» цивилистики^[140], где цели предельно специфичны, личный компонент доминирует над имущественным, отношения длительны, а их содержание пронизано господствующими в обществе этическими воззрениями о добре и зле, где двигателем развития является обозначенная нами ранее триада интересов, два из которых относятся к индивиду (потребность невмешательства в его личную жизнь и одновременное желание получить необходимую помощь в разрешении семейных проблем), а один – к государству и обществу (интерес в контроле своего воспроизводства), частная компонента тесно переплетена с публичной, императив – с диспозитивом.

С одной стороны, субъекты семейных отношений равнопоставлены, могут заключать между собой соглашения о браке, брачном имуществе, воспитании ребенка, материальной поддержке, приемном родительстве, суррогатном мате-

ринстве и т. д., со значительной степенью усмотрения реализовывать свои брачные, родительские, другие субъективные семейные права и обязанности.

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

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

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

В-четвертых, как мы уже отмечали, специальные требования, как правило, совершенно не типичные для частногоправового режима, предъявляются к **субъектам** отношений:

пол, разница в возрасте, отсутствие родства, не был ли ограничен в дееспособности или лишен родительских прав, достойно ли вел себя в семье и т. д.

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

В-шестых, хотелось бы подчеркнуть **своеобразие** некоторых, но весьма существенных (системообразующих) **субъективных семейных прав**. Речь идет о так называемом единстве прав и обязанностей родителей в отношении детей. Среди аргументов специфичности семейного права указанный тезис Н. Д. Егоров, в присущей ему несколько резкой манере, квалифицирует как недоразумение^[141].

Тезис действительно спорный, и идея противоречива. Ее основание, как и путь к разрешению (а может быть, к компромиссу), заложены в верном прочтении взаимодействия частных и публичных начал регулирования. Кроме того, идея не принадлежит исключительно теории семейного права, на что справедливо указывает и Н. Д. Егоров. Поэтому

как в силу спорности, так и в связи с ее «вкраплением» в другие отраслевые пространства мы не указывали ее в аргументации семейно-правовой суверенности. Однако понятно, что и она (как идея и/или как факт) есть очевидное выражение публично-правовой энергетики^[142].

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

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

1.4. О комплексе неполноценности или комплексе полноценного?

Вернемся, однако, к идее о сводимости суверенитета семейного права лишь к статусу отрасли законодательства. В качестве предпосылки для свободного сочинения на заданную тему предлагаем «пословичное» рассуждение о горшке и печке: как его ни назови, лишь бы в печку лез. Мораль сего рассуждения для нашего случая достаточно проста. За отраслевую суверенность «ломаются копыя» не по привычке следования традиции (которая когда-то явилась своей противоположностью – по сравнению с имперским гражданским правом и законодательством), не за престижный статус, не за самостоятельность учебной дисциплины по Госстандарту и т. п. Все перечисленное, разумеется, составляет некоторую приятность поверхностного толка. Дело в другом: и форма, и материал гражданско-правового «сосуда» таковы, что семейно-правовых «щей» в нем не сварить. Гражданское право (в лице его классических, по-своему изящных и эффективных методологий и технологий) принципиально не приспособлено регулировать отношения с личностным элементом, о чем и писали многие российские цивилисты империи и Страны Советов, его **нельзя слишком приближать к браку и семье** – не успеем оглянуться, как получим отношения гражданского оборота. Например, «выдавили» в 1944 г. из семей-

но-правового пространства явление фактического брака – результат: имущественные проблемы фактических супругов решаются безразлично к ведению домашнего хозяйства, уходу и иной заботе о детях, больных и/или престарелых членах семьи и т. п., т. е. по правилам гражданского закона о долях соразмерно доходам. Внедрили из гражданско-правового договорного сообщества в сообщество семейно-правовое брачный договор – результат: возможность полного отступления от начал семейного закона в части защиты интересов социально слабой стороны (во-первых, ребенка, а во-вторых, домашней хозяйки). Полагаем договор о приемном родительстве гражданско-правовым – результат: платите, приемные родители, подоходный налог с сумм, полученных от государства за «возмездное оказание услуг» в форме семейного попечения детей, оставшихся без родительской заботы. Та же участь может ожидать и новоявленный договор об опеке над детьми. Охраняются гражданским наследственным законом имущественные (жизненно важные!) интересы пережившего супруга – результат: после смерти мужа жена-пенсионерка, имеющая после приватизации $1/2$ долю однокомнатной хрущевки, вторую половину должна делить с другими наследниками первой очереди, которые обеспечены собственным жильем; спор может закончиться переездом пожилой дамы в «собачью конуру» или дом престарелых – на ее богатый и «справедливо» выстроенный выбор. Охраняются в гражданско-правовом стиле жилищные интересы ребенка и его ма-

тери-несобственника после развода – результат: известен. И т. д., и т. п.

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

* * *

Поименование семейного права комплексной отраслью также нуждается в некоторых пояснениях и рассуждениях.

Этот популярный ныне термин мы уже употребляли в связи с критическим размышлением Е. М. Ворожейкина о позиции Ю. К. Толстого^[143]. Однако с тех пор позиция последнего была уточнена. Так, по поводу двух фундаментальных идей относительно системы права (идеи его деления на публичное и частное, «а все остальное от лукавого», и идеи о многомерности системы – существовании первичных, вто-

ричных, третичных и прочих правовых образований^[144]) автор высказывается следующим образом: 1) «чистых» отраслей права не существует или почти не существует; 2) из тезиса о многомерности непреложно следует вывод, что одни и те же отношения могут входить в предмет не одной, а нескольких отраслей права; 3) взаимодействие таких отношений конкретной отрасли, «не изменяя их существа, придает им специфическую окраску, которую, разумеется, надлежит учитывать»^[145]. Например, нечто подобное и происходит с имущественными отношениями, регулируемые и гражданским, и семейным^[146], и трудовым, и экологическим правом. В последних трех эта специфика, продолжает автор, объясняется выполняемыми им **общесоциальными** и **социализаторскими** функциями. Не случайно Ю. А. Тихомиров, отмечая проникновение публично-правовых начал в частные отрасли и частноправовых в публичные, склонен пойти еще дальше – расположить между публичным и частным правом подразделения **социального** права^[147].

Одновременно Ю. К. Толстой отмечает, что в плане соотношения законодательств перечисленных отраслей разработчики ГК перехитрили тех, кто отстаивал их суверенные амбиции, включив «тихой сапой» в ст. 3 ГК «неприметное» положение, которое «широко открывает двери для применения норм Гражданского кодекса к отношениям, тяготеющим к предмету гражданского права, но урегулированным в ак-

тах иных отраслей законодательства». Да и в самом Кодексе допущено, продолжает автор, «широкое вторжение» в чужие области, например в отношения опеки и попечительства; соответственно Семейный кодекс (впрочем, к удовлетворению Ю. К. Толстого) вынужден был в этих вопросах подчиниться^[148].

«В то же время, – пишет Ю. К. Толстой, – мы не склонны отказывать ни трудовому, ни семейному, ни экологическому праву в том, что они занимают в системе права самостоятельное место, выступая в качестве комплексных правовых образований, выполняющих важные общесоциальные и социализаторские функции... Ни трудовое, ни семейное, ни экологическое, ни жилищное право с принятием части первой ГК отнюдь не поглощается ею и не утрачивает своей специфики^[149]... Так что всем хватит места под солнцем!»^[150]

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

Так, С. С. Алексеев^[151], подчеркивая, что развитые правовые системы представляют собой «сложный, спаянный жесткими закономерными связями организм, отличающийся многоуровневым характером, иерархическими зависимостями», в российской правовой системе видит комплекс профилирующих отраслей – ее ядро из пяти образова-

ний (государственное-административное-гражданское-уголовное право и процессуальные отрасли), комплекс основных отраслей^[152], функционирующих «на базе собственных видов общественных отношений» (трудовое-земельное-семейное-финансовое право и право социального обеспечения) и комплексные нормативные образования (морское-банковское-хозяйственное право и др.). Первые олицетворяют генеральные юридические режимы, отличаются «чистотой» норм, юридически первичны, имеют стройную архитектуру. Соответственно другие нормативные образования их не имеют.

Впрочем, С. С. Алексеев уточняет, что проблема комплексных образований порой вызывает полемику неоправданной остроты; между тем идея была выдвинута (В. К. Райхером) «на том уровне разработки системы права, когда только-только начало утверждаться положение о ее объективности», а толкуется и перетолковывается сейчас в разных контекстах; при этом единым знаменателем различных подходов «является мысль о многообразном и разноуровневом выражении юридических норм в различных элементах (словах) правовой действительности»^[153].

Полагая невозможным отнесение семейного права исключительно к праву частному или публичному, О. Ю. Ильина заключает, что характеристика его предмета и метода «сквозь призму интереса» дает основания говорить именно о комплексном характере отрасли семейного права, где част-

ное и публичное присутствует в определенной пропорции, нормы иных отраслей гармонично сочетаются друг с другом и обладают определенным предметным единством и единством метода^[154].

Однако в такой постановке вопроса, если доводить ее до логического предела, семейное право как отрасль права исчезает, остается, к полному удовлетворению Р. З. Лившица^[155], лишь отрасль семейного законодательства.

Как верно отмечает С. В. Поленина, в науке «распространены попытки искусственного привнесения в процесс структурирования системы права не присущего ей на уровне отраслей и подотраслей признака комплексности»^[156]. «"Комплексирование" не влечет "удвоения" отраслевой принадлежности, – пишет автор. – ... Применительно к гражданскому праву эта проблема решена четко: его нормы, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу (п. 2 ст. 3 ГК РФ). Если это требование будет соблюдаться, то не возникнет ни "удвоения бытия", ни "нерастворимого осадка" норм гражданского права»^[157].

В то же время С. В. Поленина признает существование **комплексных** («пограничных») **институтов** на стыке однородных отраслей права, где возникает «подвижная предметно-регулятивная связь». В результате образуются «зоны, регламентирующие единое по существу общественное отношение, обладающее, однако, в определенных своих частях

оттенками, модификациями, обусловленными спецификой той или иной отрасли», например, совместная собственность супругов и брачный договор. Этот «пограничный» институт может развиваться, отмечает автор, в нескольких направлениях:

1) с вектором в «материнскую» отрасль; 2) с вектором в «дочернюю» отрасль; 3) с вектором к длительному равновесию. В первых двух случаях он должен постепенно утратить комплексный характер, в третьем может произойти «мутация» и на ее основе создадутся предпосылки к появлению новой отрасли (для этого «клетки» должны достичь определенного качества и «критической массы», вызвать к жизни особые технологии, понятийный аппарат, принципы, т. е. Общую часть). Именно поэтому, подчеркивает С. В. Поленина, **признание явления комплексного института не идентично признанию комплексной отрасли**^[158]. (Нетрудно заметить, что автор представила нам в том числе изысканно срежиссированную картину появления семейного права.)

Р. З. Лившиц предложил принципиально отойти от дихотомии «отрасль права – отрасль законодательства», поскольку ни предмет, ни метод, ни правовое положение субъектов надежно не обеспечивают «чистоты» даже так называемых профилирующих отраслей права; к тому же специальные отрасли «отрезают по куску» от их плоти, их предмет приобретает остаточный характер и вовсе может исчезнуть^[159]. Ес-

ли рассматривать право не нормативистски, продолжает автор, как систему правовых норм, а как систему идей, норм, отношений, то проблема указанной дихотомии отпадает сама собой – остается лишь отрасль законодательства (система правовых норм^[160]), которая, конечно же, и будет строиться на основе «двойного мандата» (предмета и метода) и оформится либо кодифицированным актом, либо несколькими актами. При этом пересечения их пространств останутся, однако следует избегать не пересечений (они неизбежны), а противоречий между нормами разных отраслей законодательства^[161]. Формирование этих отраслей, по мысли Р. З. Лившица, может происходить различными путями, в частности, семейное законодательство родилось через накопление внутри других отраслей большого нормативного материала (что было обусловлено развитием общественных отношений) и автономной кодификации его^[162]. При этом автор не опасается избыточного числа отраслей законодательства, так как более или менее это число будет отражать подробности общественной практики^[163]. Предлагается группировать их по блокам с учетом нацеленности правового регулирования (экономика, охрана природы, общественный порядок и т. д.). В частности, семейному праву отводится место в блоке отраслей **социального развития** (вместе с трудовым, социально-обеспечительным, жилищным, образовательным, здравоохранительным и др. законодательством)^[164]. (Соот-

ветственно проблема предположения о **комплексной отрасли права** переводится в факт **комплексной отрасли законодательства** ^[165].)

Следует заметить, что «уход» от отрасли права предлагается и другими учеными. Так, С. П. Маврин подчеркивает неактуальность самой проблемы деления права на квазисамостоятельные отрасли, «поскольку ее решение не оказывает никакого практического воздействия на эффективность правотворчества и правоприменения»; нынешний российский законодатель исходя из практической целесообразности наполняет тексты нормативно-правовых актов нормами различных отраслей права, ориентируясь на такие критерии, как вид деятельности (1), объект отношений (2), их субъект (3) и др. (в результате появляются различные правовые «дивизионы», созданные отнюдь не по одному заранее определенному теории права признаку, – коммерческое право, таможенное право и др. (1); бюджетное право, налоговое право ^[166] и др. (2); профсоюзное право, предпринимательское право и др. (3); за рубежом – спортивное право, контрактное право, ювенальное право ^[167] и т. д.). Необходимо, продолжает автор, сместить и исследовательский, и практикующий аспекты в область оптимизации механизма правового регулирования ^[168].

В. Ф. Попондопуло, опираясь на идею о двух отраслях права (публичного и частного), предлагает группировать за-

конодательство по сферам деятельности^[169] и уже далее по отраслям, подотраслям, институтам права. В частности, семейному праву в этой системе, видимо^[170], отводится место в блоке «Преимущественно частноправовые акты» (2.2.1.), подблоке «Социальное законодательство» (2.2.1.2.)^[171].

Не разделяя в полной мере точек зрения данных авторов^[172] об утрате отраслью права (в ее классическом понимании) практического значения и о фактической монополизации пространства нормативно-правовой системы отраслями законодательства, полагаем необходимым отметить одно из безусловных рациональных «зерен» данного подхода – право на нормативные объединения по практически важным критериям общественной практики. В частности, центростремительной энергетикой обладают **социализаторские** отрасли (или отрасли **социального служения**^[173], где заложена значительная **«социально обязывающая сила»**^[174]). Здесь возможны такие блоки, как «детское право»^[175] (понятие о ребенке, общие начала регуляции, охраны и защиты его интересов, основные права – право на жизнь, индивидуальность, здоровье, образование, жилище, защиту и т. д., трудовая правовая статус, семейно-правовой статус, ювенально-правовые аспекты и т. д.) и др. Главная задача таких комплексов – обеспечить через научный и законодательно-практический анализ оптимальную охрану и защиту значимых для общества интересов. Соответ-

ственно социальное право (весьма большая область законодательства) должно пониматься существенно шире, нежели право социального обеспечения (отрасль права и отрасль законодательства) и по возможности исследоваться как один общий объект, включающий и только что поименованную отрасль, и законодательство о здравоохранении, образовании, труде, семье^[176] – в той части, в которой эти правовые «массивы» не просто затрагивают социальное право и интересы граждан (не как обычных субъектов экономического оборота), а через «публичных агентов» обеспечивают, охраняют и защищают данные права и интересы. В этом смысле объемы понятий «социальная политика» и «социальная защита» также шире общепринятых (и даже «диверсифицированных»)^[177]. Возможно также, что в обсуждаемый Социальный кодекс^[178] должна войти определенная часть норм семейного законодательства – та, что с публичным элементом (и прежде всего организация и контроль в сфере попечения над детьми)^[179].

Возможно. Пусть идеи рождаются, обсуждаются, отрицаются через обоснованное опровержение, учитываются частично или полностью и т. д. Дискуссионный клуб о сущности и месте семейного права и семейного законодательства продолжает свою работу.

Глава 2

СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫЕ НОРМЫ: ВКЛЮЧЕННОСТЬ В ИНЫЕ СОЦИАЛЬНЫЕ КОНТЕКСТЫ, ИЛИ ОБ «АГЕНТАХ ВЛИЯНИЯ»

Семейно-правовые нормы пребывают в дихотомии частного и публичного, диспозитивного и императивного (1), необычайно тонко взаимодействуют с нормами морали (2), весьма аккуратно, отстраненно – религии (3), предпосылают крайне мало дефинитивности (4), но предельно много ситуационности (5), не исключают бланкетности, субсидиарного применения и аналогии (6) допускают гендерно различные композиции (7), как никакие иные вбирают в себя гражданско-процессуальную энергетику (8).

Казалось бы, какая еще совокупность феноменов способна противостоять гражданско-правовой атаке, в том числе в форме экспансии методологии экономического оборота?.. Ответ должен быть оптимистическим: «рейдерский захват», системная гражданско-правовая «атака» недопустима (хотя и не невозможна). Озаботимся, однако, подробностями за-

фиксированного своеобразия.

* * *

Необходимость корректного (иногда «точечного»), но эффективного регулирования отношений супружества, родительства, детства, попечения над детьми, иных семейных отношений, обеспечения общественного интереса в приоритетной охране блага ребенка и семейных ценностей неизбежно ведет к активному проникновению в организм семейно-правовых норм, по своей природе и сущности цивилистических, публичных, императивных технологий, т. е. к неоднократно обозначенной нами дихотомии частного и публичного начал. Поскольку, однако, размышлениям о данной дихотомии нашлось место в «увертюрной» части нашего сочинения, в этой его части мы ограничимся констатацией данного аспекта и перейдем к «анданте» – теме взаимодействия внешнего формализма правовой нормы и внутреннего напряжения этики.

«Социальные нормы, – замечает Г. В. Мальцев, – можно сравнивать с нотными знаками, посредством которых записываются многообразные партитуры человеческого поведения. В зависимости от того, правильно или неправильно используются эти знаки, образуют ли они удачные или неудачные сочетания, получается гармоничный или дисгармоничный эффект, симфония либо какофония. Действующие в об-

шестве нормативно-регулятивные системы – политическая, правовая, моральная – способны выражать общие ценности. но в специфических условиях социально неоднородного общества они могут достаточно серьезно противоречить друг другу»^[180].

Этого по общему правилу не происходит при взаимодействии правовых (уточним: семейно-правовых) норм с **нормами морали**^[181]. Нравственность и правовые правила обязанностей и долга, подчеркивает Г. Л. А. Харт, имеют некоторые поразительные сходства, которых достаточно, чтобы показать, что общность их лексикона не случайна; они «задуманы для того, чтобы очертить границы поведения индивида независимо от его желания и поддерживаются серьезным общественным давлением»; «выполнение как моральных, так и правовых обязанностей считается не некой заслугой, а минимальной данью индивида, отдаваемой общественной жизни»^[182]. Наиболее знаменитая предпосылка развести право и мораль, продолжает автор, подчеркивая у первого аспект «внешнего» соответствия поведения установленным образцам (без анализа мотивации этого поведения), а у второй – аспект «внутреннего» поведения (мотивов и намерений) – верна лишь отчасти, а скорее даже ошибочна, с небольшой долей оправдания, в частности, в вопросе о характеристиках различий между моральным порицанием и правовым наказанием^[183].

Различия, полагает Г. Л. А. Харт, в основном сосредоточены в другом: во-первых, ряд нормативно-правовых предписаний обусловлены иными потребностями, например технологического характера^[184]. Во-вторых, они довольно часто устаревают, утрачивают свое социально-регулятивное основание. В-третьих, соответственно систематически изменяются, отменяются или заменяются другими, моральные же правила невозможно ни вызвать к жизни, ни изменить, ни упразднить подобным способом («с 1 января стало аморальным делать то-то и то-то»); в то же время они не обладают абсолютным иммунитетом от других форм изменения. В-четвертых, они различаются как по формам оправдания, так и по формам давления на индивида^[185]. В то же время, продолжает ученый, обязанность и долг, являясь краеугольным камнем нравственности, не составляют ее единственное содержание: существуют моральные идеалы (их реализация воспринимается уже не как само собой разумеющееся, а как свершение, заслуживающее похвалы^[186]) и добродетели (щедрость, умеренность, терпение, совесть и т. п.), которые позволяют «средним людям» идти несколько дальше, чем того требует долг^[187]. Кроме того, мораль может быть дифференцирована по стратам, классам – и в позитивном и в негативном контексте такой дифференциации^[188].

В классическом, общеправовом, значении нормы права должны быть морально обоснованы, иметь своего рода леги-

тимацию с позиций господствующей, общепринятой морали^[189], хотя и не рассматриваться в прямолинейной зависимости – всего лишь как «минимум морали», – ибо возможна и обратная связь – воздействие на процесс эволюции моральных ценностей^[190], работа правовых, в том числе семейно-правовых, норм «на опережение» (например, в области ряда запретов на вступление в брак, в репродуктивной сфере, путем расширения возможностей ребенка влиять на решение вопросов, касающихся его жизни в семье и его личного статуса)^[191].

С одной стороны, «нравственность – неиссякаемый чистый родник в грязном житейском море...», «духовная оппозиция неприглядной обывательской жизни»^[192] с той или иной степенью ясности и жесткости фиксированная в нормах морали – устных и письменных. Ни право, ни мораль не ограничиваются предметно обособленной сферой социальных отношений, хотя последняя более универсальна, всепроникающа и является «оценщиком» первого. Моральность права, подчеркивает Е. А. Лукашева, – проявление его ценностной характеристики; право – категория этическая, к нему приложимы все оценки с позиций добра, зла, справедливости и др.; моральное измерение права – его органическая необходимость^[193]. И в этом смысле их значение для правовых норм (в том числе а, может быть, и прежде всего^[194] семейных) непреходяще и благотворно^[195].

С другой стороны, правоведы опасаются «беспредела морализирующей вседозволенности», вооружения морали средствами права для «крестовых походов» и «жертвоприношения» ради будущего^[196]. Подобные опасения, впрочем, адресованы скорее «силовым» отраслям права, а не цивилистическому семейному праву^[197].

Нравственная обусловленность семейно-правовой методологии в настоящее время актуализируется неоднократно отмеченным нами излишне активным проникновением в нее гражданско-правовых компонентов, что усиливает позиции индивидуализма и потребительского интереса^[198] – в то время как «золотое правило нравственности» проистекает из учения о должном, из приоритета общественного (или группового, например, семейного) интереса, а не из комплекса прав и претензий^[199]; современное «славоправие» индивидов не является абсолютным позитивом – оно «атомизирует» общество, дезорганизует систему управления, служит не только социально слабым, но и социально сильным – и тогда, замечает А. И. Бойко, «под несменяемым флагом защиты прав и интересов частника вновь достают из пыльных сундуков старые общинные ценности, срочно монтируют национальную, а не индивидуалистическую идею»^[200]. Впрочем, очевидно, что взаимодействие частного (индивидуального) и публичного (общественного) осуществляется по сложным многоканальным схемам: эгоизм должен быть

разумен, а социальная польза не должна эксплуатироваться эгоистичными группами; гармонизацию частных и публичных начал, нравственных и нормативно-правовых (в нашем случае – в сфере возникновения, развертывания и преобразования брака, семьи, попечения над детьми), следует осуществлять на основе взвешенного взаимодействия различных интересов.

Второй вариант соотношения права и морали составляет специфику, прежде всего и именно семейно-правового регулирования: нравственные категории и нормы морали закрепляются непосредственно в семейном законодательстве, становятся содержательными элементами семейно-правовых норм. Например: семейные отношения строятся на «чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов»; родители обязаны заботиться о «духовном и нравственном развитии своих детей»; «при назначении ребенку опекуна (попечителя) учитываются нравственные и личные качества опекуна (попечителя)»; суд вправе освободить супруга от алиментной обязанности перед вторым супругом или ограничить ее определенным сроком в случае «недостойного поведения супруга, требующего выплаты алиментов», и. т. д. и. т. п. (ч. 2 п. 1 ст. 1, ч. 2 ст. 54, п. 1 ст. 63, ст. 92, п. 2 ст. 146 СК РФ).

Как справедливо отмечает Б. М. Гонгало, включение в закон подобных положений, может быть, следует даже приветствовать, однако, отдавая себе отчет в том, что «перевести на

юридический язык» такие понятия, как любовь и уважение (в семье), еще никогда не удавалось и вряд ли когда-нибудь удастся»^[201].

Ядро семейных отношений (в том числе правоотношений), пишет А. М. Нечаева, составляет их духовность, нравственные начала поведения человека; семейное право несет архиважную воспитательную нагрузку, выполняет воспитательную миссию по отношению ко всем гражданам, а поэтому тяготеет не к экономике^[202] (хотя и не может игнорировать ее, «великую и ужасную»), а к нравственным ценностям и нормам о них.

Рассуждения (и даже резкие заявления) о юридической «пустоте» означенных нами и им подобных семейно-правовых норм с точки зрения формально-нормативных канонов вроде бы основательны. Однако очевидно, что не только в рамках указанного канона право выполняет свои функции. Его «скелет» формально нормативен, но существо гораздо сложнее – тем более существование. Нормы-декларации о должном, в том числе нравственно должном, нужны обществу, а значит, и праву, его «воинствующему оружию и оружию сдерживания», так как примеры, приведенные ранее, свидетельствуют и о возможной классической юридической конкретике правил, в основе которых лежат этические конструкты.

Триаду исследуемого взаимодействия заключает тезис о существенном значении для разрешения семейного де-

ла юрисдикционным органом нравственной характеристики личности и ситуации, даже если таковые посылы непосредственно в семейном законе и не закреплены: утрата чувства любви как причина развода, аморальный образ жизни матери как основание передачи ребенка отцу, усыновителя – отмены усыновления, опекуна (попечителя) – прекращения опеки (попечительства) и т. д.

Две последние формы взаимодействия формально-юридических и нравственных начал с очевидностью выстраивают «китайскую стену» отличий норм, правоотношений и правоприменения в сферах семьи и гражданского оборота. (В этом месте мы никогда не лишаем себя удовольствия привести блестящее суждение известного российского юриста конца XIX в. А. Л. Боровиковского: «Любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный. Этот должник уплатил долг охотно. другой уплатил, проклиная кредитора, – оба случая юридически одинаковы. но далеко не празднен вопрос, благорасположены ли друг к другу МУЖ и ЖЕНА, ибо здесь любовь есть самое СОДЕРЖАНИЕ отношений...»^[203].)

Следует также заметить, что не только последний, но и все элементы триады имеют вполне конкретное значение для правореализации, в том числе и в форме правоприменения, особенно в контексте судебного и административного усмотрения, так как все они относятся к классу оценочных понятий^[204].

Предваряя констатации взаимодействия семейно-правовых и **религиозных норм**, обозначим несколько общих положений, распространяемых на право в целом. Первое: религиозные нормы являются «пращурами» правовых^[205]. Следует, видимо, и добавить: а также первичным и в большинстве случаев – последующим средоточием предписаний нравственного порядка. Первоосновой права служили законы Божьи в широком смысле этого слова, отмечает В. Г. Ярославцев, заповеди, заветы и прочее, которые незримо пронизывали человеческие законы, привнося в них дух естественного нравственного закона. Именно в религии кроются предельные основы, «конечный источник права»^[206].

Этот тезис следует также обогатить утверждением об аксиоматичности генетического партнерства религии и морали, близости их социальных функций, но и относительной автономности и различности (нравственность не имеет «штатных поводырей и пропагандистов», не фиксируется в консолидированном виде в каком-либо одном письменном памятнике, в отличие от веры, весьма часто имеющей государственную поддержку, «таким патронажем похвастаться не может»). Когда-нибудь, соединившись с лучшими образцами права и публичными технологиями управления в це-

лом, замечает А. И. Бойко, «сакрально-этические представления станут духовной сердцевиной интегрированного искусства мирной жизни», а ныне они составляют корневую основу менталитета и ряд, хотя и неполный, фундаментальных основ светской юриспруденции^[207].

Второе: никакие исторические катаклизмы не могут отменить того факта, что соотношение права и религии имеет не только глубокие исторические корни, но и постоянную непрерывающуюся связь, хотя и изменчивую во времени, на различных территориях^[208]. Третье: «сплав небесных предписаний» с юридической нормативностью в той или иной степени количества и качества можно обнаружить в самых различных цивилизациях – от восточных до христианских^[209]. Однако в различных цивилизациях он имел (и имеет) воистину различный характер: «это или государственные правовые системы (семьи), или традиционное право, в котором определяющее значение имеют религиозно-этические нормы»^[210].

Четвертое: по мере исторического развития право и религия как социальные регуляторы, все более обособляясь друг от друга, при нормальном течении общественных процессов не только не находятся в позиции противопоставления, но и в определенных ситуациях осуществляют взаимоподдержку^[211]. «И это понятно, – констатирует Е. А. Лукашева, – так как в этих системах социальной регуляции выражают-

ся целесообразные формы человеческого общения и поведения»^[212]. Исследуя правовые формы отношений государства и Русской православной церкви, О. Н. Петюкова полагает необходимым рассматривать церковное право в качестве особой исторически сложившейся религиозной правовой системы, которая должна определенным образом взаимодействовать со светской правовой системой, в том числе, в необходимых случаях, и через специальные коллизионные нормы^[213]. Пятое: разрушение религиозных основ никогда не приносило пользы правопорядку^[214].

Шестое: проблема поиска общих (или относительно общих, отнюдь не универсальных, для осей «Восток – Запад – Север – Юг»^[215]) мировоззренческих устоев для всего общества есть одновременно проблема взаимодействия различных религиозных течений и правомерности приоритета какого-либо из них перед другими на определенной государственной территории. При этом, обращаясь к проблемам взаимодействия норм религии и морали (как двух пересекающихся по объему и содержанию типов социального регулирования), многие исследователи отмечают, что, по существу, каждая из ведущих мировых религий имеет в своей основе пласт этических начал, во многом схожих между собой; это и есть общечеловеческие моральные ценности, которые, с одной стороны, «отражают и закрепляют тысячелетний опыт выживания и воспроизводства человечества, а с другой – яв-

ляются напутствием к наиболее безболезненному становлению и развитию цивилизации»^[216].

Однако это мнение разделяется далеко не в полной мере. «В современном мире, – пишет Л. Р. Сюкияйнен, – последовательно юридический подход к правам человека и их трактовка ведущими религиями в рамках своего вероучения взаимодействуют весьма противоречиво. При этом исходные начала различных религий не совпадают друг с другом по ряду принципиальных моментов, в том числе по отношению к позитивному праву и той роли, которую они сами играют в правовом развитии отдельных стран и регионов»^[217].

Религиозное (православное) «правосознание, – отмечает О. Н. Петюкова, – опирается на уровень нормативной саморегуляции религиозно-нравственного характера, заложенный нормами церковного (канонического) права. Важным признаком правосознания как специфического типа духовности является воспроизведение национальных культурных архетипов справедливости, свободы и равенства»^[218].

Западная гуманистическая мораль, подчеркивает М. Варьяс, воспринимается как эталон западноевропейской цивилизации; Россия же, несмотря на позиционирование ее как страны европейского типа^[219], «исторически, этически, географически, а самое главное, в религиозно-духовном и культурном отношении принадлежит к другой цивилизации – восточно-христианской, для которой существуют собственные

закономерности развития»^[220].

В дореволюционной России последний аспект проблемы решался однозначно: среди всех иных религий православие официально пользовалось исключительным идеологическим и правовым статусом, все остальные были лишь «терпимы»^[221].

Декретом СНК РСФСР от 23 января 1918 г. «Об отделении церкви от государства и школы от церкви» этот постулат был дезавуирован, а отношения разрушены^[222]. Только с началом коренного реформирования всего уклада российского общества – идеологии, государственности, экономики, быта – с конца 80-х гг. XX в. постулаты и практическая деятельность религии стали вновь осознаваться как социальные ценности и ее влияние на российское общество – возрастать. «Современная жизнь, – констатирует А. И. Бойко, – показывает, что духовенство лучше и оперативнее светских властей указывает и обосновывает стратегические пути развития общества, что теология переживает своеобразный Ренессанс. Все потому, что Церковь в определенном смысле надпартийна, олицетворяет надежды большинства, устойчиво служит общественному, а не частному интересу, несмотря на безопасный принцип симфонии^[223], обогревает надеждами и теплом... страждущих...»^[224]

Однако официальный приоритет Православной церкви не был и не мог быть возрожден – напротив, осуществлено кон-

ституционное (ст. 14) закрепление свободы вероисповеданий и свободы совести. Многонациональная и многоконфессиональная (и частично атеистическая) Россия иного себе позволить не может, впрочем, и ключевые конфессии – тоже.

Обратимся, однако, к светскому семейному праву России и его взаимодействию с религиозными нормами. До 1917 г. (января 1918 г.) официально доминирующей конфессией, как мы уже отмечали, признавалось православие, которое сосредоточивало свои нормативные помыслы и в религиозных источниках, и в российском церковном праве^[225], оказывая либо прямое, либо косвенное воздействие на отношения супружества, воспитание детей и образовательную деятельность. При этом «иноверцы» в своих поступках подчинялись не только светскому законодательству, но, будучи свободными от официального (православного) права, обращались к канонам своей религии, а атеисты и «раскольники» – только к светскому закону. Так, брак первых заключался при содействии духовного лица с соблюдением соответствующей процедуры (у мусульман, например, имел характер договора о создании семьи и рождении детей), а развод осуществлялся либо со значительной легкостью (например, для лиц евангельского исповедания) либо совершенно исключался (для католиков); смешанные браки имели специальную регламентацию; «нехристям» (например, раскольникам) дозволялось заключать гражданские браки (в России – с 1874 г.)^[226].

В указанный период взаимодействие канонов Русской православной церкви и светского законодательства в вопросах брака (в значительной степени) и семьи (существенно меньшей) было не только практически очевидным на бытовом уровне, но и публично признанным. Институт брака составлял значительный блок церковного права. Последнее же применялось и клириками, и юристами. А церковное право входило в образовательный стандарт правоведения, в том числе в Демидовском юридическом лицее^[227]. Следуя православной линии христианства, российское законодательство не только во времена после крещения Руси, в Средние века, но и в XIX в. – начале XX в. признавало таинство сутью супружеского союза, опираясь на определение брака из Кормчей книги как «мужеви и жене сочетание, событие во всей жизни, божественныя и человеческия правды общение»^[228]. При этом религиозные и нравственные сущности брака рассматривались многими известными цивилистами начала XIX в., как правило, в единстве. «С точки зрения религии, – отмечал Д. И. Мейер, – брак представляется учреждением, состоящим под покровительством божества; по учению же православной церкви – даже учреждением, совершаемым с его участием, – таинством. Равным образом и закон нравственный, независимо от религии, принимает в свою область учреждение брака и признает его союзом двух лиц разного пола, основанным на чувстве любви, который имеет своим назначением – восполнить личность отдельно-

го человека, неполную в самой себе, личностью лица другого пола»^[229]. Часть личных отношений (например, обязанность жены следовать за мужем, власть мужа над женой и детьми) и имущественные отношения супругов регулировались гражданским законодательством.

С 1917–1918 гг. ситуация принципиально изменилась. Отделение церкви от государства на политико-правовом уровне было сопровождено частным отрицанием действия православных канонов в отношениях брака и развода для российских граждан. Канон оставался в относительной силе для служителей церкви – относительной в том смысле, что последние должны были подчиняться и требованиям светского института брака. Переходным нормативным положением явилось признание юридической силы венчанных супружеских союзов, совершенных до 1917 г.

Разобщенность православного и законодательного представлений о браке, условиях его заключения и основаниях прекращения потеряла свою остроту в конце прошлого века и продолжает смягчаться в нынешнем столетии. Сближение, впрочем, не получило юридического значения – даже частичного.

Существенные отличия православного брачного права и светского законодательства в основном сводятся к трем. Первое: Церковь владеет определением брака^[230], закон – нет (наш законодатель и наши цивилисты до сих пор убежде-

ны в невозможности дефинировать супружеский союз)^[231]. Второе: требования действительности брака жестче и шире в церковном праве – за счет более глубокого запрета по родству и даже свойству, ограничения числа браков, условия о единоверии. Как известно, по церковному канону сомнения вызывает уже 3-й брак (он действителен лишь при определенных условиях), а 4-й брак не допускается; запрещены союзы между родственниками 4-й степени включительно, свойственниками (1-й степени; ранее – и более отдаленных степеней) и т. д. Очевидно, отмечает В. Цыпин, что священник или епископ не могут принимать решение о допустимости венчания в подобных ситуациях, более того, в отдельных случаях следует настаивать на прекращении кровосмесительного сожительства (уже зарегистрированного), сожительства с дочерью или сестрой первой жены^[232]. Установлен и возрастной предел для заключения брака – 80 лет^[233]. Третье: несравнимо либеральнее реагирует закон на основания и способы прекращения супружества (развод возможен по взаимному согласию, а при отсутствии одного – расторгается по настоянию одного из супругов, если судебные меры по примирению сторон не дали результата). Церковный же канон добровольного развода не знает и устанавливает перечень конкретных оснований к прекращению союза^[234]. Однако в связи с действием в этом вопросе светского законодательства он непосредственно может воздействовать толь-

ко на поведение служителя церкви. Расторжение венчаных браков неизбежно опирается на светские акты (административные или судебные) и практически осуществляется соответственно после «гражданского» развода^[235].

В то же время между церковной и светской ветвями брачного права есть немало общего, хотя и не тождественного. Первое сходство связано с возникновением брака: венчание в любом приходе, ведение церковной книги, выдача свидетельства о венчании – регистрация в любом органе ЗАГС России, фиксация акта в специальной книге, выдача свидетельства о заключении брака; непризнание значения фактического брака. В церковной практике считается единственно допустимым венчание только тех, чье супружество уже зарегистрировано по светскому закону. Второе сходство связано с ключевыми условиями законности брака: свобода воли, отсутствие близкого родства, моногамия, разнополость. Последние два обстоятельства весьма сближают взгляды современной Русской православной церкви и российского законодателя. Несмотря на требования разрешить многоженство – с учетом национальных традиций ряда регионов, принцип моногамии остается незыблемым, хотя соответствующие предложения групп депутатов и даже попытки косвенно внедрить многоженство в отдельных регионах делаются^[236]. При этом позиционирование России как страны европейской отнюдь не ведет к допущению, юридическому признанию однополых союзов в качестве разновидности партнерств

семейного типа (как это сделали законодатели большинства европейских стран) или даже брака (как это осуществлено, например, в Голландии)^[237]. Влияние Церкви в этом вопросе, рассматривающей такие «союзы» как греховные, а соответствующие влечения – по меньшей мере в качестве болезненного недуга – весьма велико.

Сближение позиций церковного брачного права и светского семейного законодательства возвращает к жизни идею юридического признания акта венчания – в качестве альтернативы государственной регистрации^[238] или этапа узаконения брачного союза^[239].

В то же время ввиду противоречивости церковных норм о браке, необходимости их актуализации и корректного взаимодействия с российским брачным законодательством они должны эволюционировать и по содержанию, и по форме^[240].

Интеллектуальное же взаимодействие между теологической теорией брака и цивилистическими его концепциями, активно начавшееся в конце XIX в., прерванное почти на 80 лет в XX в., возобновлено и развивается.

Влияние церкви (православной, магометанской и др.) расширяется и углубляется и на семейные отношения в целом – не на уровне прямого проникновения в содержание семейно-правовых норм, а в рамках правореализации, правоприменения (например, административного и судебного усмотр-

рения) и даже правотворчества. Дай Бог сохранить в этом и внешнюю, и внутреннюю меру.

Глава 3

СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫЕ НОРМЫ: ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ И НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ КАК БЛАГО

3.1. Принципы, или «скромная декларация независимости»

Как и в большинстве других законодательных комплексов, в семейно-правовом присутствуют нормы декларативного типа^[241], содержащие положения о целях и задачах, принципах отрасли (института) и иные заявления общерегулятивного и общеохранительного характера. Именно общие нормы (и дефинитивные, и декларативные), отмечает С. С. Алексеев, выражают «процесс интеграции правового материала»; выполняя функцию «цементирующего средства» в структуре права, они выявляют «юридическое своеобразие правовых общностей» и одновременно представляют собой реальные нормативные предписания регулятивного типа^[242]. В ином социальном контексте, подчеркивает Г. В.

Мальцев, «декларации могут иметь мало общего с целями, принципы – с дефинициями, все они – с нормами», но когда «законодатель включает их в нормативно-правовые акты, когда они проходят через этапы юридической институционализации», им придается характер властного требования о должном «к поведению людей, а также порядку вещей, устраиваемому посредством человеческих действий»^[243].

Нормы-принципы в теории права относят к «нормам всеобщего содержания», «нетипичным» или «нестандартным» нормативным предписаниям и т. д.^[244] Они не имеют традиционной классической структуры в ее чистом виде, хотя условно в них можно предположить и условия «запуска» в действие, и общее правило, и «десантированные» по отраслям права последствия несоблюдения. Уже из филологического наименования данных предписаний следует, что они воздействуют на общественные отношения традиционным образом^[245]. Однако из этого далее делается вывод о их вспомогательной роли в правовом регулировании^[246]. Это вряд ли справедливо. Поскольку среди них присутствуют легальные дефиниции, основные начала (фундаментальные идеи), постольку они играют разную роль, в том числе и ключевую, ибо «фундаментальные идеи», о чем свидетельствуют даже их филологическая «одежда», не могут находиться на периферии конструкции отрасли права. Они, конечно, обладают другой энергетикой и регулятивной технологией, неже-

ли конкретные нормы-правила поведения, но тоже служат, как и последние, в организации «механизм правового регулирования»^[247], однако на должностях топ-менеджеров^[248].

Ю. А. Тихомиров отмечает, что верное понимание принципов права составляет базовое условие для «правомерного усмотрения», их глубокое усвоение – реальный ориентир, с одной стороны, для правосознания и поведения правоприменителей, с другой – оценки их деятельности третьим лицом». С опорой на данную базовую предпосылку, продолжает автор, осуществляется и правильный выбор юридических конструкций. В качестве негативного примера Ю. А. Тихомиров приводит участвовавшие случаи заключения с работниками вместо трудовых договоров (или параллельно с ними) гражданско-правовых договоров подряда, что с очевидностью означает лишение этих работников ряда трудовых гарантий^[249]. Примерами из семейно-правовой сферы могут, с нашей точки зрения, служить злоупотребления гражданско-правовыми конструкциями в институтах брачного договора и опеки и попечительства над детьми. И иллюстрация автора, и наши иллюстрации, по существу, являются следствием весьма спорного (а скорее – неверного) толкования ключевых принципов соответствующих отраслей права и законодательства.

Среди небогатого ассортимента положений Общей части СК РФ^[250] принципы, как и должно, занимают ключевую по-

зицию. Вопрос в том, обнимают ли они собою все необходимые идеи-начала и воспроизведены ли в адекватной филологической форме.

Семейно-правовая доктрина не единодушна относительно набора и содержания принципов отрасли. Так, А. И. Пергамент полагала ее ведущими идеями полное равенство мужчины и женщины в личных и имущественных правах, охрану материнства и детства, осуществление родительских прав исключительно в интересах детей и единобрачие^[251]. Примерно аналогичную позицию занимал Г. М. Свердлов, дополняя означенное прежде всего соображениями о свободе семейного права от религиозного влияния и всесторонней охране родительских прав^[252].

В. А. Рясенцев усилил частноправовой блок принципами свободы и добровольности брака и его расторжения (под контролем государства), включил в перечень основных идей семейного законодательства принципы заботы, моральной и материальной поддержки членов семьи и коммунистического воспитания детей^[253]. Несколько позднее близкую позицию заняли В. Ф. Яковлев и Е. М. Ворожейкин^[254].

Развивая доктрину и опираясь на действующий Семейный кодекс, Л. М. Пчелинцева относит к принципам признание браком только зарегистрированного союза (1); добровольность последнего (2); равенство прав супругов в семье (3); разрешение внутрисемейных вопросов по взаимному со-

гласию (4); приоритет семейного воспитания, обеспечения и защиты прав и интересов детей (5); приоритет защиты прав и интересов нетрудоспособных членов семьи^[255].

О. Ю. Косова дополнительно вводит в разряд принципов идеи равенства правового положения детей независимо от обстоятельств их рождения, контроля государства за состоянием брачно-семейной сферы общественной жизни и двухуровневого правового регулирования семейных отношений^[256].

Опираясь на гражданско-правовой принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, Н. В. Иванов проецирует его и на дела семьи^[257]. М. В. Антокольская, являясь апологетом гражданско-правовой сущности семейного права, не акцентирует своего внимания на проблеме принципов. Видимо, по умолчанию, автор ориентирует нас на начала цивилистики, с определенной их спецификацией на брак и семью как объекты регуляции.

Н. С. Шерстнева, исходя из принятого ею за основной критерия интереса, пишет о принципах обеспечения приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних, семейного воспитания и заботы о них и принципах, обеспечивающих личные и имущественные интересы супругов и других членов семьи (добровольности, равенства, взаимного согласия)^[258].

Доктринальный ряд можно было бы продолжить, однако

уже сложившаяся, несколько эклектичная картина вполне позволяет перейти к некоторым уточнениям и сомнениям.

Соотнеся перечисленные вариации на тему принципов с версией законодателя (ст. 1 СК РФ), можно констатировать почти текстуальное совпадение, кроме нескольких позиций. Во-первых, отсутствуют идеи, фиксированные в дополнениях О. Ю. Косовой. Между тем их качество и природа различны. Если принцип двухуровневого регулирования семейных отношений является скорее техническим и не затрагивает сущности проблемы, то идея равенства детей независимо от обстоятельств их рождения – воистину из важнейших и специально семейных. Она не фиксирована в ст. 1 и обойдена молчанием в гл. 10–11 СК РФ. В то же время в истории семейного законодательства, даже XX в., наблюдались решения разного уровня гуманитарного «провала» – от возврата к явлению незаконнорожденности (по Указу ПВС СССР от 8 июля 1944 г.) до искусственных ограничений судебного установления отцовства (ст. 48 КоБС РСФСР)^[259]. Поэтому и на теоретическом, и на законодательном уровнях полагаем закрепление рассматриваемой идеи совершенно необходимым. Тем более что возможны и правоприменительные эксцессы нарушения принципа равенства детей.

Заслуживает также внимания скорректированная О. Ю. Косовой формула государственного контроля: не принцип свободы брака и развода под государственным контролем (В. А. Рясенцев, Е. М. Ворожейкин и др.), который не исчер-

пывает всей проблемы, а идея осуществления контроля государством «за состоянием брачно-семейной сферы общественной жизни». Действительно, предлагаемая рядом цивилистов идея невмешательства кого-либо в семейную жизнь в качестве одного из начал семейного законодательства, по сути, в значительной степени мифологична, ибо лишь область договорного семейно-правового регулирования относительно свободна от госконтроля, но мера этой свободы существенно меньше, нежели в гражданско-правовом договорном пространстве: алиментные соглашения ограничены по субъектам и основаниям, а по предоставлению содержания детям – еще и размером суммы, а также формой поддержки; соглашение о месте проживания ребенка является одной из альтернатив обязательного решения данного вопроса в бракоразводном процессе и контролируется судом; в договорах об опеке (в том числе о приемной семье) участвует орган опеки и попечительства – непосредственный представитель государства; содержание брачного договора ограничено и должно соответствовать началам семейного законодательства (ст. 1 СК РФ)^[260] и т. д.

За доктринальными пределами, как правило, оказываются идеи ст. 1 СК РФ о построении семейных отношений на чувствах взаимной любви, уважения и взаимопомощи. Б. М. Гонгалю, апеллируя к позиции Г. Ф. Шершеневича о неправовом характере подобных ожиданий^[261], полагает весьма сомнительной возможность реализации означенного

призыва в семейно-правовой практике. В то же время автор не только не настаивает на очевидно отрицательной оценке его законодательного закрепления, но даже не исключает, со своей стороны, приветствия этого онормативленного идеала^[262].

Одновременно Б. М. Гонгало сомневается и в обоснованности упоминания идеи о взаимопомощи членов семьи, поскольку, будучи «вмонтированной» в юридическую материю, она «трансформируется, приобретая форму обязанностей по содержанию одними членами семьи других»^[263].

Между тем, во-первых, авторитету Г. Ф. Шершеневича можно «противопоставить» (ни в коей мере не отрицая оно-го) авторитеты А. И. Загоровского, К. П. Победоносцева, А. И. Боровиковского и других цивилистов его эпохи. Так, А. И. Загоровский писал, что в основание семейных правоотношений, в отличие от классических гражданских, положены «потребности физической природы и нравственного чувства»; в отношениях семейных «мера и счет прав затруднены в силу особых свойств этих отношений, больше моральных, чем юридических»^[264].

Во-вторых, анализируемые характеристики приобретают юридическое значение при рассмотрении дел о спорном разводе, где в числе оснований фигурирует «утрата чувства любви», о воспитании детей, где любовь к ним и уважение их достоинства составляют ключевые факты-объекты судеб-

ного познания и предмета доказывания, и т. д.

В-третьих, указание Г. Ф. Шершеневича на санкцию как «лакмусовую бумажку» нормативности идеи не является универсально применимым: в ряде случаев «санкция» отстоит настолько далеко от диспозиции, что не все и не всегда ее обнаруживают^[265], т. е. возможны и исключения либо неочевидные ситуации.

В-четвертых, право отнюдь не всегда преследует сугубо прагматичные цели, его принципы нередко являются именно идеалами, которые общество полагает ценностными установками. Если законодательство, правоприменение и доктрина признают в качестве принципов идеи равноправия, справедливости и др., то почему следует отрицать за установками ст. 1 СК РФ право на нормативное закрепление и практическое воплощение? (Тем более что в проекте ГК присутствует положение о «добрых нравах».)

В то же время Б. М. Гонгало справедливо упрекает часть деклараций ст. 1 в неточности формулировок. Так, закон действительно пока не знает такого субъекта права, как семья^[266], поэтому и ответственности перед ней ее членов быть не может. Заведомо невозможным является и призыв законодателя решать все «внутрисемейные вопросы по взаимному согласию». «Конечно, – замечает автор, – можно вменить в обязанность всех членов семьи решение определенного рода вопросов (и дать их перечень) только "единогласием"; но не явится ли это произвольным вмешатель-

ством в семейные дела (то есть нарушением другого принципа), не спровоцирует ли конфликты?» И т. д.^[267]

Возможно, требует переосмысления подход к взаимодействию с религиозными нормами не только принципа свободы совести, но и свободы вероисповедания в семейной сфере^[268].

Безусловно, необходимо отказаться от принципа признания браком только зарегистрированного союза. Во-первых, это противоречит принципу поддержки и охраны семьи, так как фактический брак служит одним из ее оснований (не договором же о совместной деятельности полагать устойчивое совместное проживание мужчины и женщины по семейному типу, нередко – и с детьми). Во-вторых, право должно реагировать на общественные отношения массового характера: если они негативны – через запреты и меры ответственности, позитивны – через веления или дозволения; иного, т. е. игнорирования их, искусственной вычеркнутости, не должно быть дано. В-третьих, в западных странах и ряде стран ближнего зарубежья (например, в Украине^[269]) признание за фактическим супружеством определенных правовых последствий осуществлено еще в конце XX в., частично – в самом начале XXI в.^[270] Наконец, исторически Россия была первой страной, объявившей супружество объектом охраны и защиты – независимо от факта госрегистрации (КЗоБСО 1926 г. в период с 1926 по 1944 г.), отказавшись от своего

новаторства по явно надуманным причинам. Разумеется, в качестве компромисса в ст. 1 СК РФ можно закрепить, наряду с признанием супружества как такового, идею поощрения регистрации союза – в целях более эффективной защиты прав и интересов его участников и их несовершеннолетних детей.

Вызывает возражение и придание (Л. М. Пчелинцевой) статуса принципа положению о добровольности брачного союза. Оно было актуальным в эпоху перехода от имперского законодательства, строившегося на власти мужа и отца, к принципиально новому семейному законодательству (1917–1926 гг.). В настоящее же время идея добровольности брака растворена, и обоснованно, в идее добровольности любых соглашений, в том числе и в семейно-правовой сфере.

Принцип равенства супругов в семье (Л. М. Пчелинцева), полагаем, должен быть распространен и на ряд других субъектов семейного права: родителей (разведенных или не состоявших в браке), близких родственников (дедушки, бабушки, братьев, сестер) – в вопросе общения со своими несовершеннолетними родственниками.

Современный контекст семейно-правового статуса ребенка как относительно самостоятельного и активного субъекта семейного права (ст. 54–57 СК РФ) требует, кроме традиционных идей приоритетности семейного воспитания, обеспечения и защиты прав и интересов ребенка, охраны детства, еще и современной компоненты – в виде формулы об уваже-

нии его достоинства и мнения.

Разумеется, высказанные предположения нуждаются в обсуждении. Однако очевидно, что определенная корректировка количественных и качественных характеристик необходима. Как и сосредоточение данного нормативного блока в Общей части Семейного кодекса.

3.2. Неопределенность как благо

Право характеризуется определенностью^[271], однако мера последней столь различна, что определенность превращается в неопределенность^[272] – как со знаком «минус» (при дефектности или такой пробельности законодательства, которая не обусловлена неуклонным развитием общественных отношений), так и со знаком «плюс» (когда характер предмета правового регулирования не позволяет детализировать правило поведения). Юридическая неопределенность в этом случае, отмечают Н. А. Власенко и Т. Н. Назаренко, является способом правового регулирования, позволяющим учитывать конкретные жизненные обстоятельства^[273]. Собственно, именно нормы, «заряженные» таким составом ингредиентов, многие правоведы именуют «ситуационными», другие – «дискреционными», о чем мы уже неоднократно упоминали.

Однако их многообразие, по мнению С. С. Алексеева и других ученых, не замыкается на указанной разновидности. В действительности речь идет о паре «абсолютно определенные и относительно определенные нормы». Одни характеризуются исчерпывающей конкретностью и полнотой при сообщении исполнителю или правоприменителю об условиях своего действия, правах и обязанностях адресатов и послед-

ствиях злоупотребления первыми или неисполнения вторых. Другие, напротив, не содержат достаточно полных, исчерпывающих указаний об означенных композициях и предоставляют возможность принять решение с учетом конкретных обстоятельств^[274]. При этом С. С. Алексеев адресует ее исключительно «государственным и иным правоприменительным органам», что не совсем точно, так как выбор конкретизированного варианта поведения можно осуществлять и при обычном использовании нормы относительно определенно-го типа, заключая брачный договор, соглашение об алиментах и т. д. Хотя, разумеется, значительная их часть рассчитана на административное или судебное усмотрение.

Эти нормы также подвергаются дальнейшей классификации – в зависимости от установленных пределов усмотрения^[275]. В первую группу сосредоточиваются альтернативные нормы, где заложены два и более точно обозначенных варианта (например в соответствии с правилом ч. 1 п. 4 ст. 3 °СК РФ при признании брака недействительным добросовестный супруг вправе выбрать либо семейно-правовой, либо гражданско-правовой способ раздела нажитого в этом союзе имущества). Во вторую – факультативные нормы, в которых наряду с главным вариантом, применяемым по общему правилу, содержится дополнительный вариант – на замену первого (так, при расторжении брака супруги вправе представить суду соглашение о месте проживания ребенка и его алиментировании, однако, если оно не заключено или его со-

держание не отвечает интересам ребенка, суд обязан решить эти вопросы по своей инициативе – п. 1, 2 ст. 24 СК РФ).

Третью группу составляют нормы **ситуационного** типа, предусматривающие возможность прямого конкретизирующего регулирования актом применения отдельного казуса^[276] (например, определение размера алиментов в зависимости от материального и семейного положения). Первенство в открытии данной «маленькой америки» принадлежит известному цивилистическому процессуалисту К. И. Комиссарову. Изначально автор все нормы сводил к ситуационным, однако впоследствии обратил наше внимание на тройственную сущность предписаний относительно определенного типа, выделив альтернативные, факультативные и ситуационные^[277]. Обнаружение данной тонкости в характеристиках норм именно процессуалистом не было, на наш взгляд случайным, ибо правоприменительные нюансы на этапе активной разработки доктринальных контекстов правоприменения традиционно восходили к процессуальной науке, в большей степени цивилистической, нежели уголовной (первая априори предполагает много нюансов в императивном и диспозитивном взаимодействии права)^[278].

Если в гражданско-правовой сфере больше альтернативности и факультативности, то семейно-правовая весьма богата ситуационным контекстом неопределенности, сопровождаемым массой оценочных понятий. Это закономерно,

ибо еще цивилисты конца XIX – начала XX в., как мы уже отмечали, писали о «малой силе» права над семейственными отношениями. Так, В. А. Умов отмечал, что право определяет лишь внешние границы состояний брачности и семейственности, но не регулирует их внутренней природы^[279]. К. П. Победоносцев полагал, что закон может касаться только стороны, «с которой возможны столкновения семейственной автономии с автономией государства»: государство, во-первых, вмешивается в эту сферу в интересах защиты личности (например, когда она чрезмерно подавляется властью мужа, отца семейства, родительской властью в целом); во-вторых, определяет формы и условия семейственного союза («иначе не было бы порядка и твердости семейных уз»); в-третьих, наконец, регулирует отношения по имуществу, возникающие вследствие кровной связи^[280]. Д. И. Мейер подчеркивал: брак как общественное учреждение не входит сполна в область права, множество брачных отношений «ускользают от всякого внешнего определения»^[281]. С. В. Пахман в этой связи отмечал, что неудачи многих определений брака объясняются тем, что исследователи не довольствуются, как бы следовало, указанием на его юридические признаки, а стремятся «уловить и исчерпать самую сущность брака»^[282]. К. Д. Кавелин, доводя эту мысль до крайней точки, писал: право не регулирует семейственные отношения в ненарушенном виде, вмешиваясь в них лишь с целью охраны: «...все юри-

дическое по существу своему более разделяет, чем соединяет внешним образом то, что само по себе отделено или разделено. Юридические определения вступают в силу там, где семьи уже нет, – потому что семейные союзы и юридические определения взаимно исключают друг друга»^[283].

Эти соображения были подхвачены и обогащены последующими исследователями, прежде всего Е. М. Ворожейкиным, А. М. Нечаевой и др.^[284], – с акцентом на разумность и ограниченность нормативно-правового вмешательства в область семьи и его построения по схеме относительной неопределенности (альтернативности, ситуационности), качество которой прежде всего создается такими ключевыми оценочными понятиями, как «интересы семьи» и «интересы ребенка»^[285]. Эта неопределенность присутствует как в диспозициях, так и в санкциях семейно-правовых норм стандартного типа, а также в содержании почти всех нестандартных нормативных предписаний, содержащих принципы семейного законодательства, на что мы уже обращали внимание. Первая форма присутствия встречается чаще, что естественно для отраслей преимущественно регулятивного типа. В институте брака: ч. 1, 2 п. 1 ст. 11, п. 2 ст. 13, п. 1 ст. 22, п. 1 ст. 23, п. 2 ст. 24, п. 2 ст. 29, п. 4 ст. 30, ст. 31 и др.; в институте родительства и детства: п. 2 ст. 54, ст. 55, п. 2 ст. 56, ст. 57 и другие статьи СК РФ. Второй вариант присутствует в основном в институтах, посвященных защите интересов де-

тей: ст. 69 и 73 (о лишении или ограничении родительских прав), 141 (об основаниях отмены усыновления) и др.

Глава 4

СЕМЕЙНЫЙ КОДЕКС, ИЛИ «ЗОЛУШКА» ДЕФИНИЦИЙ

4.1. Несколько вводных замечаний

Дефинитивная составляющая нормативно-правового пространства относится к числу важнейших предпосылок эффективной правореализации, в том числе правоприменения. Когда закон, отмечает Д. А. Керимов, имеет не узкую специализацию, а обращен ко всему обществу или значительной его части, все его основные термины должны найти разъяснение в его тексте – иначе практика испытывает очевидные трудности. При этом автор в качестве негативных примеров приводит нелегалитизированные понятия как раз из семейно-правовой сферы – «многодетная семья», «родственники», «члены семьи» и др.^[286]

Общие термины, замечает Г. Л. А. Харт, были бы бесполезны для нас, если бы не было достаточно знакомых, в целом неоспоримых случаев, но и их варианты также требуют классификации в общих терминах – здесь проявляется нечто вроде кризиса коммуникации: с одной стороны, общие тер-

мины надо использовать, с другой – не достигается устойчивой договоренности о характере использования. Вершина процесса, «рай понятий» для юристов, продолжает автор, достигается, «когда общему понятию придается постоянное значение не только при каждом применении правила, но и всякий раз, когда оно возникает в любом правиле правовой системы»^[287].

В. М. Баранов, размышляя о дефиниции как общеправовом феномене, ее многополярности и полифункциональности, отмечает, что она может быть подвергнута анализу в качестве: высокозначимого приема законотворческой техники; особой разновидности юридических норм; фактора стабилизации или дезорганизации при правовой регламентации общественных отношений; социокультурного явления и горизонта гуманитарно-правовых ценностей; метода формирования и обновления правового языка; «катализатора» конкретизации закона; способа выражения его ключевой идеи; разновидности социальной памяти, самобытной познавательной лагуны; средства выражения целостности законодательства и демонстрации единства права, ведущего элемента сетевого права; и т. д. и т. п.^[288] Для того чтобы служить надежной основой решения конкретных жизненных проблем, продолжает автор, понятия должны постоянно обновляться, развиваясь и вбирая в себя опыт общественной жизни. Вместе с тем признание ценности феномена дефиниций, к сожалению, не устраняет массы изъянов и дефек-

тов, сопровождающих их бытие, – начиная от способа их размещения (в статье, разделе, вразброс) до формулирования содержания, с обоснованным или необоснованным акцентом на чьей-то доктрине^[289]. «Вкусовой подход» размещения должен быть заменен на единый и понятный порядок^[290]. В этой связи А. И. Бойко замечает, что полезность данной акции видится в: 1) инвентаризации огромного числа терминов; 2) очищении («пурификации») от лишнего, наносного терминологического материала; 3) подготовке почвы для межотраслевой терминологической гармонии в отечественном правоведении^[291].

К числу наиболее серьезных дефектов относится проблема пробельности дефиниций, причем понятные, разумные подходы к решению вопроса об их необходимости также не выработаны^[292]. Есть резон, полагает В. М. Баранов, «внедрить» в практику законотворчества экспериментальные дефиниции, дабы проверить в слишком неясных случаях качество предложенного варианта^[293]. Одним из способов снятия пробельности может быть такой технико-юридический прием, как «делегирование законодателем права на дефинирование того или иного законодательного понятия»; в значительной мере, отмечает В. М. Баранов, это связано «со слабостью института делегированного законодательства в целом, но с этого можно и нужно начинать «оживление» данного института»^[294]. Казалось бы, бланкетность и субсидиарное

применение норм, давно известные и относительно активно используемые варианты «делегирования»^[295], также не имеют под собой ни стройной теории, ни разумной и системной практики^[296]. Если же одного «младенца» пытаются делить несколько нормативно-правовых актов, то нередко последние предлагают несовпадающие определения или и вовсе придают им разный смысл^[297].

Завершая небольшой экскурс по пространству заявленной проблемы, согласимся с В. М. Барановым, В. Б. Першиным и И. В. Першиной в том, что *«любое конкретное понятие в его цельном, логически завершенном виде предстает уникальным, неповторимым мысленным образованием, структурными элементами которого являются мысли о предметах, присущих им признаках и языковой форме их выражения. Функцию материализации понятия, без которой оно не может выйти из сферы мышления и стать доступным другим людям, выполняет определение (дефиниция)»*^{[298][299]}.

Понятия – универсальные средства познания, при помощи которых постигается сущность предметов и явлений, их ключевые признаки^[300]. В них после «отшлифовки» остаются «концентраты», «сгустки» информации о том или ином фрагменте жизни^[301]. Разумеется, в «отсутствие легальной дефиниции определение термина может формироваться внутри контекста»^[302], однако определенность и си-

стемность в этом деле предпочтительнее.

Конечно, следует иметь в виду, что чем «сложнее явление, тем относительно меньше теоретико-познавательное значение, – отмечает А. А. Пионтковский, – имеет его определение». Самым испытанным приемом автор полагает первоначальное указание родового сходства или свойства, а затем видового отличия. Среди иных он констатирует достаточно большое разнообразие: простое перечисление элементов – описательное определение (1); акцент на отношения между элементами – аналитическое (2); составление понятия из похожих свойств элементов – синтетическое (3); ориентир на способ возникновения понятия – генетическое (4); включение лишь отличительных признаков – диагностическое (5) определение^[303].

При этом, разумеется, с технической стороны важное значение имеет ясное и профессионально корректное использование связующих слов и терминологии^[304], которые и создают относительно реалистичный каркас дефиниции. «Импрессионизма», впрочем, не всегда удается избежать (и не всегда избегать следует), особенно в сферах, где нормы крепко вмонтированы в жизненные ситуации, а не искусственно сконструированы для сугубо специальных целей, например, процессуальных^[305].

Дефинитивный аспект (а с ним и терминологический) семейно-правовых норм представляет собой довольно удру-

чающее зрелище. В СК РФ отсутствуют дефиниции ключевых понятий семейно-правовой сферы – брака, семьи, члена семьи, родства и свойства и многих других^[306], а те, что наличествуют, содержат неопределенности, неточности, приблизительности. В этом смысле дефинитивная пробельность и дефектность в семейно-правовой сфере проявляются весьма отчетливо. Впрочем, дефиниций всего четыре: понятие фиктивного брака (п. 1 ст. 28), брачного договора (ст. 40), ребенка (п. 1 ст. 54) и приемной семьи (ст. 152). Для сравнения: Закон Республики Казахстан «О браке и семье» предлагает 18 дефиниций в ст. 1 «Основные понятия, используемые в настоящем Законе» – о браке и фиктивном браке, семье, детстве, алиментах, семейном положении, близких родственниках, опеке и т. д. Семейный кодекс Украины содержит определения понятий «семья» (ст. 3), «ребенок», «малолетний ребенок», «несовершеннолетний» (ст. 6), «брак» (п. 1 ст. 21), «фиктивный брак» (п. 2 ст. 40), «усыновление» (п. 1 ст. 207), «приемная семья» (ст. 256-1), «приемные родители» (ст. 256-2), «приемные дети» (ст. 256-3), «детский дом семейного типа» (ст. 256-5) и др., в итоге более дюжины. В Кодексе Республики Беларусь о браке и семье дефинируются брак (ст. 12), фиктивный брак (ст. 45), суррогатное материнство (п. 1 ст. 53), семья (ст. 59), близкое родство (ст. 60), свойство (ст. 61), многодетная семья (ст. 62), неполная семья (ст. 63), усыновление (ст. 119), патронатное воспитание (ст. 175). В этих «отечествах», видимо, есть «пророк»...

Большинство российских цивилистов, в том числе семейно-ведов, либо полагают невозможным как сойтись, договориться о ключевых дефинициях (например, брака и семьи), так и фиксировать их в законодательстве^[307]. Что касается не слишком сложных, незакодированных явлений, то отсутствие их понятийного значения в тексте закона и вовсе составляет для нас загадку: не то ленимся, не то забываем, не то не подпускаем к тексту профессионалов (а и подпустив на «пионерское» расстояние, игнорируем их позицию), не то... Словом, тайна сия есть. Не убеждают нас и опыты законодателей ближнего зарубежья. При этом позиция о невозможности закрепить в законе, например, дефиницию брака сопровождается дружным и весьма родственным его дефинированием в учебниках, монографиях и статьях^[308], которое вполне сопоставимо и с дефинициями означенных зарубежных кодексов.

Относительно четырех определившихся счастливицков следует заметить, что дефиниция фиктивного брака дана вскользь, как бы между прочим, и не в надлежащем месте: «Брак признается недействительным... также в случае заключения фиктивного брака, т. е. если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью» (ст. 27 СК РФ). Понятие брачного договора содержит совершенно не ясное упоминание о «лицах, вступающих в брак»^[309] и допускает запуск его конструкции в момент

расторжения брака, что противоречит и смыслу термина, и смыслу явления, а конструирование понятия приемной семьи является техническим и не отражает ее существенных признаков. Дефиниция же понятия «ребенок» и вовсе относится к участникам «невероятных приключений дефиниций в России»: «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)». (В фильме «Доживем до понедельника» по этому поводу могли бы задать вопрос: «И это все?..» Впрочем, там он подразумевал вариант положительного, хоть и не без удивления, краткого ответа. В нашем же случае ответ не может быть таков^[310].)

4.2. Предположение первое: дефиниция брака

Солдат, не мечтающий стать генералом, видимо, в определенном смысле действительно плох. Те же предположения можно высказать и в адрес юридической дефиниции, в нашем случае – брака: если она отражает существенные контексты бытия и при этом не удостаивается ПМЖ в законодательстве, то либо дефиниция не вполне хороша, либо законодатели ошибаются в оценке ее значимости, либо вокруг нее идут непонятные игры, причем в одни ворота.

История мировой и российской доктрины предлагает нам множество вариантов определения брака: одно из семи христианских таинств, самое полное общение мужчины и женщины на основе супружеской общности; социальный договор, налагающий на мужчин и женщин обязательства супружества и родительства; супружеская общность с целью создания семьи; соглашение (договор) о создании супружеской общности; юридически оформленный союз мужчины и женщины и т. д., и т. д.

Поскольку путешествия в эту загадочную страну мы уже совершали в других своих работах, ограничимся соответствующими ссылками^[311] и сосредоточимся на вопросах о конститутивных признаках брака, возможной их формали-

зации и закрепления в семейном законодательстве (Семейном кодексе) в виде компромиссной дефиниции.

Как известно, негативное отношение к подобной потенции составляет (или, по крайней мере, составляло) своеобразную традицию доктрины и законодательной практики – от французской классической цивилистики до российско-имперской и далее – советской и постсоветской.

Так, Н. В. Орлова констатировала, что во время обсуждения Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (далее – Основ) выдвигались предложения дать в их тексте или в республиканских кодексах определения основных понятий семейного права, прежде всего брака и семьи. Предложения не были приняты. Автор полагает, что попытка их сформулировать в кодексах привела бы к расхождениям в этих базовых правовых конструкциях, которые должны быть едины во всех республиках СССР. Однако и попытка дать дефиниции в Основах была бы, по ее мнению, бесплодной ввиду комплексного характера институтов брака и семьи, сложности, многогранности этих явлений. Юридическое определение брака, пишет Н. В. Орлова, «неизбежно было бы неполным, ибо оно не могло бы охватить существенные признаки брака, лежащие за пределами права»^[312]. (С Н. В. Орловой солидарны многие цивилисты^[313]). Это подтверждается и отсутствием дефиниции брака во всех российских кодифицированных актах послеоктябрьского периода. В Своде законов Российской империи

таковая присутствовала – в рамках, однако, концепции брака-таинства.)

Эти аргументы, на наш взгляд, не могут быть приняты. Во-первых, в тот исторический момент не было нужды передавать эту функцию в кодексы – Основы как раз и предназначались для решения базисных вопросов отрасли и обеспечения одинакового к ним подхода в республиках. При этом, как показала законодательная практика, в кодексах и не наблюдалось принципиальных отличий даже там, где допускалась вариативность.

Во-вторых, ссылка на невозможность дать законную дефиницию в принципе из-за комплексного характера предмета и наличия у него признаков за границами права также неубедительна. Удовлетворять «амбиции» всех наук, исследующих то или иное явление с разных сторон, не нужно – в противном случае мы должны были бы лишиться многих определений.

При этом констатация исключительного разнообразия определений брака в цивилистике – явное преувеличение. Во-первых, если изъять различного рода «филологические» эпитеты, большинство дефиниций по существу совпадет. Во-вторых, определения брака предлагаются всеми цивилистами. Надо полагать, авторы убеждены в их правильности. . . В-третьих, в различные периоды истории цивилистики и в настоящее время всегда находились и находятся ученые, чьи определения почти текстуально совпадают, ибо они носят

формально-юридический характер.

(Любопытно, что авторы Санкт-Петербургского учебника по гражданскому праву полагают, что российское законодательство «не дает определения брака, используя этот термин как общеизвестный»^[314]. Если последнее верно, то тем больше «лукавства» в аргументации невозможности дать законную дефиницию брака...)

Так, Г. Ф. Шершеневич определял брак как «союз мужчины и женщины с целью сожителства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме»^[315]. Д. И. Мейеру брак, несмотря на последующие комментарии религиозного и этического порядка, представлялся «союзом лиц разного пола, удовлетворяющим известным юридическим условиям и дающим известные гражданские последствия»^[316].

Дефиниции до 1960-х гг. (некоторые и позже), как правило, имели налет «романтизма», где наряду с формально определенными, сугубо нормативными формулировками присутствовали утверждения совершенно иного рода – о пожизненности союза, его ориентированности на взаимную любовь и уважение, непременно – на равноправие (последнее, впрочем, вполне объяснимо, так как безусловным достижением «послеоктябрьского» права был принцип гендерного равенства, что какое-то время следовало всячески подчеркивать, в том числе в целях правового воспитания).

Например, А. И. Пергамент определяла брак как заключенный в органах ЗАГС «свободный пожизненный союз между мужчиной и женщиной, основанный на полном равноправии, на взаимной любви и уважении сторон, целью которого является образование семьи»^[317].

На признак «пожизненности» союза в свое время также указывали Е. М. Ворожейкин, А. М. Белякова, В. И. Бошко и др.^[318]. Между тем очевидно, что праву на брак соответствует право на его расторжение (притом вытекающее из принципа свободы развода), поэтому данный признак не уместен ни в юридическом, ни даже в этическом плане, ибо, когда брак мертв, продолжать его, как известно, безнравственно (за исключением чрезвычайных случаев). Недаром некоторые цивилисты, например В. А. Рясенцев, допускали оговорку «в принципе пожизненный»^[319], а Г. М. Свердлов в суперидеологизированные и жесткие 1950-е гг. вовсе не упоминал указанного признака в определении брака^[320], хотя далее, в главе о его прекращении, и писал, что брак в Советском государстве, как правило, представляет собой пожизненный союз – таким он одобряется и поощряется советским обществом и социалистической моралью, таким он видится тем, кто вступает в брак^[321]. (Впрочем, включить характеристику в дефиницию понятия и использовать ее при его толковании – не одно и то же.)

«Взаимные любовь и уважение» (О. С. Иоффе, А. И. Пер-

гамент, Н. Г. Юркевич и др.^[322]) также, безусловно, составляют основу многих браков (и должного «идеального» супружеского союза), однако столь же не обязательны, не относятся к конститутивным признакам брака. В то же время определенная логика в суждениях ученых есть. Так, среди основных начал КоБС РСФСР 1969 г. (ст. 1) закреплял принцип построения «семейных отношений на добровольном брачном союзе женщины и мужчины, на свободных от материальных расчетов чувствах взаимной любви, дружбы и уважения всех членов семьи». Почти аналогичная декларация содержится в ст. 1 Семейного кодекса РФ 1995 г., а норма п. 3 ст. 31 СК РФ предписывает супругам «строить свои отношения в семье на основе взаимоуважения и взаимопомощи». Очевидно, что принципам отрасли должны соответствовать принципы института (брака) и конкретные нормы о сущности брачного союза. Во многих случаях, как известно, «утрата чувства любви» объявляется сторонами бракоразводного процесса поводом к расторжению брака, а судьей признается доказательственным фактом невозможности сохранения семьи. Однако поскольку без любви и уважения иные браки начинаются, иные в таковые превращаются – и вопроса об их прекращении на этом основании заинтересованными лицами не ставится, т. е. «категорического императива» здесь нет, санкции не предусмотрены, постольку, видимо, данные характеристики не составляют юридической сущности брака. (Напомним, что еще Г. Ф. Шершеневич от-

мечал: «К семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишённые санкции, – право имеет дело только с внешним миром, но не с душевным»^[323].) Тем не менее приведенные нами нормы-декларации относятся к основным началам современного брачно-семейного законодательства – это факт юридической действительности, пусть и особого рода, не создающий конкретных субъективных прав и юридических обязанностей. (Думается, что методологическое влияние данных положений в науке семейного права исследовано недостаточно.) Кроме того, практически, например, в рамках судебного усмотрения при разрешении бракоразводных дел, о признании брака недействительным как фиктивного, подобные размышления вполне возможны.

Дополнительно к перечисленным А. М. Белякова, Е. М. Ворожейкин и другие авторы включают в характеристику брака цель – рождение и воспитание детей, что тем более неприемлемо: до 20 % супружеских пар бесплодны («стерильные» браки), не запрещено заключение брака между людьми пожилого возраста, да и решение иметь и воспитывать ребенка относится к сугубо личным актам каждого человека или совместного – супругов. Объективная же заинтересованность государства и общества в браках, где имеются дети (впрочем, как известно, не всегда: мировая практика знает случаи официального ограничения рождаемости),

должна проявлять себя не через соответствующие предписания брачующимся, а путем социального и экономического поощрения супругов (и несупругов) заводить потомство, усыновлять детей или принимать их в семью на основе иных форм попечения.

Имеются и дефиниции экспериментального типа. Так, Н. Г. Юркевич и М. Т. Оридорога возражают относительно термина «союз», который допускает «опасные» аналогии брака со сделкой, договором. Первый автор в качестве родовых использует два понятия («отношение» и «общение»): брак – правовое отношение, содержание которого составляют права и обязанности, «опосредствующие в установленных законом пределах общение сторон в интересах их самих, детей (если таковые имеются) и общества»^[324].

Второй автор, чтобы избежать указанной аналогии (или даже тождества) с гражданско-правовой сделкой, определяет исследуемое явление как юридически признанную духовную и физическую общность мужчины и женщины^[325]. Однако, как верно заметила Н. В. Орлова, М. Т. Оридорога в своей позиции таким образом «просто обходит вопрос о том, что же служит основанием возникновения этой общности»^[326].

Замена термина «союз» на предложенные не только не отрицает, что в основу таковых заложено некое соглашение о вступлении в «отношение-общение» или «общность», но и вводит в оборот понятия, также нуждающиеся в дефиниции,

к тому же являющиеся для теории юриспруденции «новозамами» (впрочем, запрета на это нет, если «изобретение» обосновано). Кроме того, эти термины вполне сопоставимы с термином «партнерство», что и приближает брак к явлениям договоров специального вида, чего данные авторы пытаются как раз избежать.

Многими цивилистами вводятся также такие характеристики, как «равноправие» (Г. М. Свердлов, В. А. Рясенцев, Н. В. Орлова, А. М. Нечаева, Г. К. Матвеев, О. А. Хазова и др.^[327]), «добровольность», как вариант – «свободный союз» (Г. М. Свердлов, В. А. Рясенцев, Н. В. Орлова, А. М. Нечаева, Г. К. Матвеев, О. А. Хазова^[328], А. М. Белякова, Е. М. Ворожейкин^[329], Л. М. Пчелинцева^[330] и др.). Имеются указания в определении брака и на условие о моногамности^[331].

Полагаем, что при конкретизации конститутивных признаков брака данные характеристики и их комментариев возможны и даже необходимы. Однако в строго нормативном определении не нужны, так как эти положения закреплены в Конституции РФ и общих началах СК РФ применительно ко всем правоотношениям соответствующего типа и распространяются на каждую их разновидность «по умолчанию» (не употребляем же мы, например, в определении договора эпитеты «добровольный», «свободный», «равноправный»).

Сохранение всех перечисленных атрибутов при дефинировании брачного союза, на наш взгляд, есть скорее дань традиции, сложившейся в первые годы после Октябрьской революции – традиции борьбы за женское равноправие, против принуждения к браку со стороны родителей и т. п. факторов.

В. П. Шахматов и Б. Л. Хаскельберг справедливо отмечают, что признание добровольности, равноправности и пожизненности союза «не дают ответа на вопрос, что такое брак, а лишь характеризуют такие свойства брака, которые отвечают на вопрос, каким является (или должен являться) брак»^[332].

В современных работах, посвященных браку, наметилась благосклонность к нормативной «карьер» его дефиниции. Этому, на наш взгляд, среди прочего поспособствовали и законодатели ближнего зарубежья. В этой связи Н. А. Матвеева весьма справедливо замечает, что сам факт наличия в близкородственных законодательствах определения брака (несмотря на некоторые замечания по содержанию) является весьма положительным и должен подвигнуть к тому же и законодателя российского. Появление данной дефиниции, продолжает автор, способствовало бы пониманию сути брачных правоотношений, более точной квалификации недействительности брака, стало бы надежной правовой преградой попыткам нарушения принципа моногамии и идеи о бисексуальной природе брачного союза^[333].

Несколько противоречивую позицию занимает И. А. Тро-

фимец (Косарева). Так, автор, справедливо обращая наше внимание на то, что законодатель, используя термин «брак» в СК РФ 174 раза, видимо, должен хотя бы раз зафиксировать его содержание, высказывает следующее предположение: «Брак – это взаимный и добровольный, в принципе пожизненный, союз мужчины и женщины, достигших брачного возраста, зарегистрированный в органах записи актов гражданского состояния, при отсутствии препятствующих заключению брака обстоятельств, порождающий правоотношения супружества как личного, так и имущественного характера, заключаемый с целью создания семьи (совместного проживания и ведения общего хозяйства, а также рождения и воспитания детей)»^[334]. В докторской же диссертации автор видоизменяет дефиницию: «Брак – это договор мужчины и женщины, достигших брачного возраста, основанный на чувствах взаимной любви и уважения, зарегистрированный в органах записи актов гражданского состояния, при отсутствии препятствующих браку обстоятельств, порождающий правоотношения супружества, как личного, так и имущественного характера, заключаемый бессрочно с целью создания семьи (совместного проживания, ведения общего хозяйства, рождения и воспитания детей)»^[335].

Как видим, в более позднем определении появился тот самый эмоционально-этический контекст («любовь и уважение»), о котором ранее автор писала как о юридически без-

различном, хотя и выражала о том сожаление^[336].

Однако мы склонны упрекнуть И. А. Трофимец отнюдь не в изменчивости позиции (это нормально и часто полезнее позиции застывшей). Наши упреки скорее могут быть квалифицированы как принципиальное несогласие с технологией авторского дефинирования и использованного ею набора элементов.

Так, оба определения явно обросли излишними констатациями. В первом есть указания на взаимность и добровольность союза, что очевидно по умолчанию (недаром, заменив во второй формулировке термин «союз» на «договор», автор от них отказалась, видимо, сочтя требования взаимности и добровольности сторон именно очевидными).

На наш взгляд, нет необходимости включать и условие о достижении брачного возраста. С одной стороны, для характеристики других цивилистических соглашений (договоров), в том числе и семейно-правовых, мы не упоминаем ни о возрасте, ни о дееспособности, с ним связанной, ибо они фиксированы в специальной норме – универсально и с необходимыми исключениями. С другой стороны, если И. А. Трофимец настаивает на возрасте как условии законности брачного союза, то надо идти до логического конца и включать положения об отсутствии другого зарегистрированного брака, близкого родства и т. д. Однако автор объединяет их под «знаменем» «препятствующих заключению брака обстоятельств», придавая им, видимо, качество условий второ-

го сорта. Утяжеляет дефиницию и дифференциация супружеских правоотношений на личные и имущественные – тем более что нормы, долженствующие следовать за предлагаемой новеллой, этот юридический потенциал супружества подробно раскрывают. Совершенно излишним, не имеющим юридического значения и даже дискриминационным представляется указание на одну из целей брака как семейной общности – рождение и воспитание детей: как мы уже отмечали, немалое число пар страдают бесплодием, а родительство (в том числе и с использованием репродуктивных технологий) – явление сугубо диспозитивное, хотя и зело государством поощряемое. Наконец, автором, по сути, предпринята при дефинировании брака попытка дать и определение семьи – путем расшифровки ее сущности в скобках. Это, во-первых, явно не соответствует традициям законодательной техники; во-вторых, обедняет представление о семье, которая, как известно, строится не только на основе супружества; в-третьих, как, впрочем, и брак, не сводится к рождению и воспитанию детей. Следует также помнить о норме ст. 31 СК РФ, декларирующей свободу выбора супругами места жительства и рода занятий, реализация которой не исключает и раздельного проживания, весьма долгого, хотя и по уважительной причине^[337]. Иными словами, определение семьи следует конструировать основательно и в автономном нормативном предписании^[338], с учетом как универсальности, так и индивидуальности данного явления.

Использование в дефиниции брака термина «договор» стало «фишкой» новейшего времени. Впрочем, справедливости ради следует согласиться, что основания к этому имеются. «Изюминка» – в другом: в обнаружении действительной природы данного союза – гражданско-правовой либо семейно-правовой. Так, М. В. Антокольская отмечает: «В той части, в которой брачные отношения регулируются правом, – это гражданско-правовые отношения. В другой своей части, которая лежит в религиозно-этической сфере, брак может рассматриваться как таинство, как мистический союз, предполагающий наиболее полное общение, или даже как средство достижения определенных выгод – все это лежит за границами права»^[339]. Само заключение брака как соглашение и юридический факт не предназначено, продолжает автор, для конкретизации прав и обязанностей супругов – оно лишь порождает статус супружества; это соглашение ничем не отличается от гражданского договора^[340]. (Впрочем, еще Г. Ф. Шершеневич писал, что в основании брака лежит соглашение между сочетающимися, предполагающее, как и всякий договор, свободу воли и сознание^[341]

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.