

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

Н.Н. Тарусина

Брак по российскому семейному праву

Учебное пособие

Рекомендовано

Учебно-методическим объединением по юридическому образованию высших учебных заведений в качестве учебного пособия для студентов высших учебных заведений, обучающихся по направлению "Юриспруденция" и специальности "Юриспруденция"

Ярославль 2007

УДК 347.6(о75.8)
ББК Х 624я73
Т 22

*Рекомендовано
Редакционно-издательским советом университета
в качестве учебного издания. План 2007 года*

Рецензенты:

Л.В. Туманова, доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ;
А.М. Лушников, доктор исторических наук,
доктор юридических наук, профессор.

**Тарусина, Н.Н. Брак по российскому семейному
Т 22 праву: учеб. пособие / Н.Н. Тарусина; Яросл. гос. ун-т. –
Ярославль: ЯрГУ, 2007. – 255 с.
ISBN 978-5-8397-0542-5**

В учебном пособии рассматриваются вопросы истории брачного права, понятия брака, условий его заключения, недействительности и прекращения брака.

Пособие предназначено для студентов, обучающихся по специальности 030501 Юриспруденция (дисциплина «Семейное право», блок ОПД), очной и очно-заочной форм обучения, а также для УИРС и НИРС, подготовки курсовых, выпускных квалификационных работ и магистерских диссертаций.

УДК 347.6(о75.8)
ББК Х 624я73

© Ярославский
государственный
университет, 2007
ISBN 978-5-8397-0542-5 © Н.Н. Тарусина, 2007

Оглавление

Предисловие	4
Глава I. Брачное право России. История вопроса	4
§ 1. Брачные отношения в X – XVII вв.	5
§ 2. Брачное законодательство XVIII в.	21
§ 3. Брачный закон в XIX в. Сущность и доктринальное толкование.....	31
§ 4. Брачное право XX в.	46
Глава II. Сущность брака. Цивилистические концепции	64
§1. Брак – таинство.....	65
§ 2. Брак – договор.....	70
§3. Брак – институт особого рода.....	76
§4. Понятие брака: взгляды советских и российских цивилистов.....	81
§5. Фактический брак	150
Глава III. Недействительность брака.....	184
§ 1. Основания, процедура и правовые последствия недействительности брака	184
§ 2. Фиктивность в брачно-правовой сфере.....	189
Глава IV. Прекращение брака	201
§ 1. Право на расторжение брака и подведомственность бракоразводных дел.....	201
§ 2. Административный развод	211
§ 3. Расторжение брака в суде	213
Вопросы к главам.....	233
Литература	237
Приложения.....	252

Посвящается
моей дочери Марии и ее детям
Владимиру, Анне и Николаю

Предисловие

Брачное право как совокупность семейно-правовых норм, регулирующих отношения между супругами (в определенной степени взаимодействия с гражданским правом, правом социального обеспечения и др.), и брак как договор и правоотношение (в его рождении, развитии и прекращении) всегда представляли, представляют и будут представлять собой объекты внимательного научного и живого обыденного интересов, так как все мы: и ученые, и практики, и студенты, и другие члены социума, представители любых стратов общества — живем в брачно-правовом (и семейно-правовом в целом) пространстве, охвачены многочисленными связями в исследуемой в пособии области.

Актуальность темы, кроме того, что она объективно непреходяща, усиливается возобновлением прежних дискуссий (о суверенности семейного права, браке как договоре, оптимальных способах его прекращения, фактическом браке и др.) и появлением новых вопросов, связанных с субъектным составом брачного союза, квазобрачными партнерствами, гендерной проблематикой.

Всему этому в пособии уделяется внимание, по каждому из данных вопросов дается характеристика позиций, аналитика законодательства и высказывается авторская точка зрения.

Автор

Глава I. Брачное право России.

История вопроса

§ 1. Брачные отношения в X – XVII вв.

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

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

Третьим способом заключения брака (у полян) было приведение: не жених похищает или покупает невесту, а ее приводят к

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

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

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

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

нему в дом с приданым⁵: «Поляне ... брачные обычаи имяху: не хожаше зять по невесту, но приводяху вечер, а завтра приношаху по ней, что владуче»⁶.

Содержание личных отношений, как полагают исследователи данного вопроса, в значительной степени зависело от способов возникновения (заключения) брачного союза: при похищении жена становилась собственностью мужа, при покупке и совершении брака с приданым власть мужа была несколько ограничена. При этом на Руси муж мог распоряжаться свободой жены, но не имел права ее жизни и смерти. Развод производился относительно свободно, в браке с приданым – даже по инициативе женщин⁷.

После принятия на Руси в 988 г. христианства брак устанавливается постепенно в течение столетий, представляя, как пишет М.Ф. Владимирский-Буданов, смешанный результат действий русского обычного права, рецепции византийских светских законов и церковного права⁸. Начинает действовать Номоканон – собрание норм византийского семейного права, впоследствии дополненное постановлениями русских князей и получившее известное название Кормчей книги. Брак стал рассматриваться как таинство – «мужеви и жене сочетание и бытие во всей жизни божественная же человеческая правда общения», целью которого являлось продолжение рода человеческого⁹. Под влиянием византийского права, отмечал Г.Ф. Шершеневич, церковь православная ввела церковную форму брака, установила пределы свободы расторжения брачных уз, устранила многоженство¹⁰.

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

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

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

⁷ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 44-45; Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. СПб., 2006. С. 12.

⁸ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 407.

⁹ Подробнее об этом см. далее.

¹⁰ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 588.

венным и юридическим бытом крестьянства, обычным правом¹¹. Церковное венчание, введенное в XI веке, практиковалось только в высших слоях общества, остальное население совершало браки по традиционным обрядам. По мнению исследователей народного обычного брачного права, брак был союзом гражданским, светским, первостепенное значение придавалось его общественному признанию (пока не отпразднована свадьба, пусть и отложенная, супружеских прав и обязанностей могло не возникнуть) и второстепенное значение – признанию религиозному, церковному венчанию¹².

Максимальный брачный возраст, согласно Кормчей книге, устанавливался в 15 лет для мужчин и 12 лет для женщин. Однако браки совершались и в гораздо более раннем возрасте – соответственно в 11 и 10 лет и даже ранее: Святослав Игоревич в 1181 г. был возведен в супружество 10-ти лет от роду; дочь суздальского князя Всеволода Юрьевича Верхуслава в 1187 г. была выдана замуж за 14-летнего Ростислава Рюриковича «млада суще осьми лет»; Иван III был обручен («опутан») «девицею 5 лет»¹³. «Достаточно яблока и немного сахара, чтобы она оставалась спокойной», – записал свои впечатления один из немцев-опричников в середине XVI в. о 9-летней невесте княгине Марии Старицкой 23-летнего герцога Магнуса¹⁴. В народной пословице говорилось: «Невеста родится – жених на коня садится». Правда, такие ранние браки, особенно со стороны девической, совершались в основном в княжеской среде. Подобные казусы не прекратились вовсе даже после запрета в XV в. Митрополита Фотия «венчать девочек менши пятнадцати лет». В крестьянской среде девушек старались выдавать замуж в несколько более старшем возрасте –

¹¹ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 45; Нижник Н.С. Указ. соч. С. 15–16; Левшин Э.М. Становление и развитие брачно-семейного законодательства в дореволюционной России: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2003. С. 12.

¹² См.: Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. М., 2003. С. 394. (Труды 1877 и 1879 гг.)

¹³ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 16–17.

¹⁴ См.: Пушкарева Н.Л. Частная жизнь русской женщины: невеста, жена, любовница (X – начало XIX в.). М., 1997. С. 22.

часто к 16 – 18 годам, когда они становились способными самостоятельно выполнять нелегкие домашние обязанности по уходу за скотиной, готовке пищи и заготовке продуктов впрок¹⁵.

Верхний возрастной предел, а также разница в возрасте жениха и невесты формально не предусматривались. Священникам по этому вопросу давались лишь общие рекомендации. В инструкции поповским старостам 26 декабря 1697 г. патриарха Адриана приказывается писать в венечной памяти, чтобы попы «о женихах и невестах разыскивали, вдовцы мужи и жены не в престарелых ли летах»¹⁶. (Указание, как видим, напрямую касалось только вдовиц и вдовцов.) Обращалось также внимание на то, чтобы между вступающими в брак не было «великой разницы в летах»¹⁷. Между тем не только женихи бывали намного старше невест, но нередко были случаи (в том числе в крестьянской среде), когда невеста в летах выходила замуж за жениха-ребенка¹⁸. (Так, например, даже в XVIII в. между однодворцами Белгородской и Воронежской епархий встречался «непотребный обычай, что они малолетних своих сыновей, лет 8, 10, 12 женят и берут за них девок по 20 и более, с которыми свекры их многие впадают в кровосмешение, за что несколько из них ... и к смерти приговорено»¹⁹.)

К числу классических церковных условий заключения брака относилось отсутствие определенных степеней родства и свойства: первое – до седьмой степени включительно, второе – до шестой (это, впрочем, не всегда можно было установить, так как многие свойственники не поддерживали контактов между собой и могли не знать о браках друг друга). Имело значение и духовное родство. Крестный отец долженствовал крестника «к благочестию наставляти ... и большей есть, нежели отец родивый его по плоти...». Духовное родство ставилось выше, чем родство через брак: «Понеже сродство по духу есть важнее союза по телу» (Кормчая книга, гл. 50). Запрещались браки между участниками отношений усы-

¹⁵ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 21.

¹⁶ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 410.

¹⁷ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 18.

¹⁸ См.: Пахман С. В. Указ. соч. С. 398.

¹⁹ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 411.

новления. На практике в разные времена глубина запретов несколько менялась, однако, судя по всему, не принципиально²⁰.

По общему правилу, обязательным условием объявлялось непременное участие воли родителей (кроме случаев их нахождения не в здравом уме или в плену) или опекунов. В случае беспричинного сопротивления браку дети могли обратиться к гражданской власти, «вено» которой могло заменить согласие отца. В отдельные времена согласия не требовалось для эмансипированных детей (эмансипация дочери наступала в 25 лет). Свобода воли самих детей была желательна. Церковь боролась с родительским принуждением, однако на практике таких браков было немало²¹. Сложившееся положение постоянно осуждалось высшим духовенством. Так, патриарх Адриан в 1693 г. указывал: «... чтоб отныне к венчанию приходящих жениха и невесту священником поособно истязовывати и накрепко допрашивати, по любви ли и согласию ... супружествуются, а не от насилия ли или неволи...»²².

С другой стороны, источники свидетельствуют и об обратной тенденции. Так, договоры о помолвке (XII в.) включали условие о неустойке, если свадьба расстроится по вине ветреника-мужчины. С XVI в. появилась и формула о штрафе с родственников несогласной на брак невесты. Близкие родственники невесты, разумеется, старались не допустить таких инцидентов. Однако были и дошедшие до нас исключения: богатая бабушка Марфа (начало 1560-х гг.), любя внуку Авдотью, продала два села, чтобы выплатить штраф ее жениху, за которого, влюбившись в другого, внучка отказалась идти замуж. В «Повести о семи мудрецах» сказывалось: «Рече ей мати: "Кого хочеши любить?" – Она же отвеща: "Попа". – Мати же рече: "Лутчи ... дворянина, ино менши греха". – Она же рече: "Попа хочу"²³. Больше возможности свободного волеизъявления имели дети, а также женщины, выходившие замуж не в первый раз. Новгородка Ульяница

²⁰ Нижник Н.С. Указ. соч. С. 18.

²¹ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 413–414.

²² См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 27.

²³ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 14–15.

(XIV в.) писала возлюбленному Миките: «Поиди за мене. Яз тебе хочу, а ты мене. А на то послухо Игнато...»²⁴

Поскольку на Руси, как мы уже отмечали, брак являлся с древних пор институтом не только личным и церковным, но и публичным, общественным, в той или иной форме и степени обязательности требовалось позволение начальства. Первоначально, отмечает М.Ф. Владимирский-Буданов, оно имело применение как для служилых, так и для неслужилых лиц: одобрение или прямое устройство брака князем; подарок, выкуп за девицу, получаемый местной властью «за потерю лица в обществе»²⁵. Впоследствии это условие стало применяться к людям «служилым» военного и гражданского ведомств²⁶.

В христианскую же эпоху русского семейного права образовалось и правило о «единоженстве», или отсутствии другого не расторгнутого брака. В языческую пору господствовало многоженство, впрочем, не безграничное. В летописях сказывалось о самых нецивилизованных из славянских племен (радимичах, вятичах, северянах): «имяху же *по две и по три* жены». Князья эту норму могли превышать – у князя Владимира в язычестве было 6 жен и 800 наложниц (300 – в Вышгороде, 300 – в Белгороде, 200 – в сельце Берестовом)²⁷. Следы многоженства обнаруживались и в христианскую эпоху. Подтверждением тому, в частности, назидательные тексты из устава Ярослава: «Если две жены кто водит, по епископу 40 грив, а которая подлегла, ту взять в церковный дом, а первую держать по закону...»²⁸.

Регулировалась и повторность браков, а точнее – их последовательное количество. Лишь первый брак церковь признавала таинством, он получал венчание, а второй и третий – только благословение. Церковь признавала только гражданские последствия следующих браков. В Правилах Василия Великого указывалось:

²⁴ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 15.

²⁵ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 415–416.

²⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 597.

²⁷ См.: Российское законодательство X – XX веков / Под общей ред. О.И. Чистякова. М., 1984. Т. 1. С. 152.

²⁸ Там же. С. 190.

«На троебрачие нет закона: посему третий брак не составляется по закону. На таковые дела взираем, как на нечистоты в церкви: но всенародному осуждению оных не подвергаем, как лучшие, нежели распутное любодеяние»²⁹. Четвертый брак признавался недействительным. Вслед за Кормчей книгой в Стоглаве (1551 г.) объявлялось: «Первый брак – закон, второй – прощение, третий – законопреступление, четвертый – нечестие, понеже свинское есть житие» (гл. 23)³⁰. Однако жизнь противилась этому строгому канону, допуская и 4, 5, 6, 7-й браки (пример Ивана Грозного) и даже 10-й (у вятчан)³¹. Часто терпимость к подобным союзам объяснялась необходимостью иметь потомство. Но в былинах и повестях приводились и иные мотивы: «...смотрячи на красоту ея, с умом смешался, и забыл свой первый брак, и взял ее за руку за правую, и целовал в уста сахарныя, и прижимал ее к сердцу ретивому...». Мотивация смены жен в этом тексте, отмечает Н.Л. Пушкарева, «настолько напоминает сегодняшний день, что не требует комментариев»³². Первым светским законом, лишившим силы четвертые браки, стало Соборное Уложение царя Алексея Михайловича (1649 г.) и Указ «О недействительности четвертого брака» от 27 июня 1651 г.: вдова после четвертого брака и ее дети не получали наследства после смерти мужа и отца; Уложение запрещало жениться на четвертой жене, а указ – выходить замуж за четвертого мужа. Сила этого правила подтверждалась и последующими указами³³.

Для вдовиц устанавливался также траурный год – из понятных физиологических причин (для различения отца)³⁴.

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

²⁹ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 417.

³⁰ См.: Российское законодательство... М., 1985. Т. 2. С. 289.

³¹ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 421.

³² Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 15–16.

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

³⁴ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 420.

а с мирских людей предписывалось взимание штрафа, «если замуж пошла нечиста»³⁵. Тем не менее несоблюдение целомудрия почти повсюду обставлялось более или менее позорными для невесты и ее родных последствиями³⁶.

В этой связи следует упомянуть и о «теремном» бытии девиц (а также и жен). Как отмечает Н.Л. Пушкарева, в русских источниках понятие «женского терема» можно найти уже в былинах киевского цикла, но отличительной чертой жизни знатных московиток оно стало не ранее середины XVI в. «Среди причин возникновения такого специфического затворничества, – продолжает автор, – называют распространение вместе с православием византийской феминифобии с ее представлением о женщине как о "сосуде греха", который следует держать взаперти во избежание соблазна»³⁷. Другая причина, видимо, коренится в том, что к середине XVI в. знатные девицы-московитки превратились в род весьма дорогого «товара», которым торговали родители, заключая династические союзы: сохранение целомудрия боярских и княжеских дочерей в недоступных взору и тем более общению теремах стало формой «семейно-матримониальной политики». («Держи деньги в темноте, а девку в тесноте», «В клетках птицы – в теремах девицы».) «Не эта ли лишенность "самых нежных чувств" заставляла княжон и боярынь мастерской Софьи Палеолог вышивать по краю церковной пелены шелковую вязь: "Да молчит всякая плоть..." (1499 г.)?»³⁸...

Формы совершения брака существенным образом зависели (и зависят) от различия понятий о самом браке. По римскому и византийскому праву брак есть договор. Соответственно форма его совершения была сродни форме совершения прочих гражданских сделок. Поскольку церковь полагала брак таинством, а не договором, единственной формой для совершения его явилось церковное венчание. Впрочем, исследователи полагают, что на практике это требование стало соблюдаться весьма постепенно и отнюдь

³⁵ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 29.

³⁶ См.: Пахман С. В. Указ. соч. С. 392.

³⁷ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 45.

³⁸ Там же. С. 45, 51.

не повсеместно и постратно. Так, правила митрополита Иоанна в XII в., отмечает М.Ф. Владимирский-Буданов, «засвидетельствовали, что в то время, то есть два века спустя после принятия христианства, не было на простых людях благословенного венчания, но бояре только и князья венчались. ... Строгие поучения духовенства против невенчаных браков доказывают, что в обычном праве такие браки были в употреблении не только в XII в., но и в XV и XVI»³⁹. Нет сомнения, соглашается с ним К.П. Победоносцев, «что правила церковной формы брака, принесенные к нам восточною православною церковью, надолго еще оставались мертвою буквой для массы населения, продолжавшего заключать браки в диком, бесформенном виде»⁴⁰.

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

Венчание предварялось обручением (сговором родителей жениха и невесты о браке и приданом). Оно оформлялось сговорной записью; на случай нарушения обещания устанавливалась неустойка – заряд. После вставал вопрос о смотринах невесты. Иногда такое разрешение не давалось – «от гордости» или от того, «что невеста была дурна собою». Чаще же разрешение следовало – и в дом смотрительницей являлась мать или родственница жениха. (Впрочем, и тогда не было гарантии «качества товара»: девицу могли подменить сестрой, служанкой.) Сам жених, как правило, видеть невесту до брака права не имел. Отрицательный результат смотрин мог вести к расстройству брака⁴¹. Знатным женихам делались исключения: на «общенародный смотр» вели-

³⁹ Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 422–423.

⁴⁰ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 57.

⁴¹ См.: Подробнее об этом см.: Костомаров Н.И. Исторические монографии и исследования. Кн. 2. Т. 19. Очерк домашней жизни и нравов великорусского народа и старинные земские соборы. СПб., 1906. С. 128–129.

кому князю Василию Ивановичу собрали 1 500 девиц⁴²; Ивану Грозному дворяне и дети боярские свозили своих дочерей отовсюду (нерасторопные отцы подвергались опале и казни); для выбора невесты к повторному браку царя Алексея Михайловича из знатного числа девиц были им (через окошко потаенной комнаты) выбраны три кандидатки, коих душевные и телесные достоинства освидетельствовали смотрительницы⁴³.

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

Личные супружеские отношения в духе христианского учения строились на триаде – единой фамилии, общем месте жительства и принятии женой социального статуса мужа. Как правило, жена следовала за мужем. Однако в московском праве не было такого строгого императива – место жительства могло определяться и домицилием жены (в этом случае в некотором смысле муж как бы менялся ролью с женой – приносил ей приданое и т.д.)⁴⁴.

Социальный статус жены определялся социальным статусом мужа. Это следовало из Церковного устава Ярослава, Судебника Ивана IV, Уложения царя Алексея Михайловича и других актов⁴⁵. Так, Судебник 1550 г. исходным размером за бесчестье жены оп-

⁴² См.: Забелин И. Домашний быт русских цариц в XVI и XVII ст. М., 1907. С. 208.

⁴³ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 32.

⁴⁴ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 436.

⁴⁵ См.: Неволин К.А. История российских гражданских законов. Ч. 1. М., 2005. С. 234–242.

ределял сумму, двукратную от предусмотренной за бесчестье мужа (ст. 26): «... а торговым гостем болшим пятьдесят рублей, а женам их вдвое против их бесчестна; ... а христианину пашенному и непашенному бесчестна рубль, а жене его бесчестна два рубля...»⁴⁶. Дочь посадского, выйдя замуж за вольного человека, переставала находиться в черной слободе, и муж ее в тягло не записывался (ст. 21 Соборного Уложения 1649 г.); напротив, выходя замуж за старинного холопа, или кабального, или бобыля, она определялась с мужем к его владельцу (ст. 37). Однако бывали и исключения: например, вдова посадского записывала второго (вольного) мужа в посад (ст. 22)⁴⁷. Кстати, и в церковном, и в светском плане, отмечает Н.Л. Пушкарева, к мезальянсам также было отношение негативное. Церковные деятели устрашали женихов тезисом о том, что «жена от раб ведома есть зла и неистова». Мезальянс в виде женитьбы на рабыне как источник похолопления упомянут в «Русской Правде». Случаи благополучной семейной жизни князя и простолюдинки почти не нашли отображения⁴⁸.

Однако основательной правовой регуляции личных отношений в эту эпоху не было. В древний период русской истории, отмечает Г.Ф. Шершеневич, семья, как и всюду, пользовалась автономией, законодательных определений о личных и имущественных отношениях супругов не было, указания на семейные права бедны⁴⁹. Семья в тот период напоминала маленькое государство со своим главой и собственной публичной властью в лице мужа и отца⁵⁰. Власть мужа трактовалась как закон: «жене глава муж, мужу – князь, а князю – Бог». Права (без права, однако, на жизнь жены) власти осуществлялись непосредственным принуждением без помощи иска или обращения к публичным властям⁵¹.

⁴⁶ Российское законодательство X – XX веков. Т. 2. С. 101.

⁴⁷ Там же. Т. 3. М., 1985. С. 205, 214.

⁴⁸ Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 17.

⁴⁹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 612.

⁵⁰ См.: Петражицкий Л.И. Теории права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1910. Т. 2. С. 713.

⁵¹ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 48.

Своеобразным социальным регулятором семейных, в том числе супружеских, отношений был Домострой (XVI в.) как один из самых известных назидательных сборников. Первая его редакция была составлена в Новгороде в конце XV – начале XVI в., вторая – значительно переработана новгородцем, впоследствии влиятельным советником молодого Ивана IV, протопопом Сильвестром. Этот «кодекс» состоял из трех частей – «духовного строения» (религиозные наставления в гл. 1 – 15), «мирского строения» (о семейных отношениях – в гл. 16 – 29) и «домовного строения» (хозяйственные рекомендации – в гл. 30 – 63)⁵². С одной стороны, в Домострое показаны принижение женщины в домашнем быту, жесткость воспитания, личная несвобода человека с другой – он значительно мягче в своих рекомендациях по отношению к женщине наставлений прежних лет, что соответствовало ее реальному положению в обществе данного времени⁵³. И.Е. Забелин писал: «Женщина поставлена здесь на видном месте, ее деятельность обширна ... мы не имеем никакого права упрекать Домострой в жестокости к женщине: у него нет приличных невинных удовольствий, которые бы он мог предложить ей, и потому он принужден отказать ей во всяком удовольствии, принужден требовать, чтобы она не имела минуты свободной, которая может породить в ней желание удовольствия неприличного или, что еще хуже, желание развлекать себя хмелем. Сколько женщин по доброй воле могло приближаться к идеалу, начертанному Домостроем, скольких надобно было заставлять приближаться к нему силою, сколько женщин предавалось названным неприличным удовольствиям? На этот вопрос мы отвечать не решимся»⁵⁴.

Церковные мотивы – взгляд на женщину как потенциальную пособницу дьявола – сохраняются. Но женщина – и хозяйка дома. «Права и обязанности хозяина и хозяйки, – отмечает В.В. Колесов, – находятся как бы в дополнительном распределении ... только совместно муж и жена составляют "дом". Без жены мужчина не яв-

⁵² См.: Домострой. М., 1990. Вступительная статья В.В. Колесова. С. 10.

⁵³ Там же. С. 13–14.

⁵⁴ Забелин И.Е. Домашний быт русских цариц. М., 1869. С. 48.

ляется социально полноправным членом общества, он остается при другом (отцовском) "доме"... Другое дело – идеальные качества, которых требовал от женщины Домострой. В отличие от мужчин (он должен быть строг, справедлив и честен) от женщины требовались чистота и послушание. Такая специализация нравственного чувства также понятна в эпоху патриархального общества; в полной мере действует правило, упоминаемое еще Владимиром Мономахом: "Любите жену свою, но не дайте ей над собою власти"⁵⁵.

Так, в гл. 16 указывается: «Каждый день и каждый вечер, исправив духовные обязанности, и утром, по колокольному звону встав, и после молитвы, мужу с женою советоваться о домашнем хозяйстве, а на ком какая обязанность и кому какое дело велено вести...». Из гл. 18: «... Господину же о всяких делах домашних советоваться с женой...»; гл. 20: «Если дочь у кого родится, благо-разумный отец... от всякой прибыли откладывает на дочь ... так дочь растет, страху божью и знаниям учится, а приданое ей все прибывает»; гл. 21: «... Не жалей младенца бия: если жезлом накажешь его, не умрет, но здоровее будет, ибо ты, казня его тело, душу его избавляешь от смерти»; гл. 22: «Чада, ... любите отца своего и мать свою и слушайтесь их, и повинуйтесь им божески во всем, и старость их чтите, и немощь их и страдание всякое от всей души на себя возложите, и благо вам будет...»; гл. 23: «Если подарит кому-то Бог жену хорошую – дороже это камня многоценного. Такой жены и при пущей выгоде грех лишиться: наладит мужу своему благополучную жизнь... Жена добрая, трудолюбивая, молчаливая – венец своему мужу...»; гл. 25: «Следует тебе самому, господину, жену и детей, и домочадцев учить не красть, не блудить, не лгать, не клеветать, не завидовать, не обижать ..., не бражничать...»; гл. 33: « ... Да и сама хозяйка ни в коем случае и никогда, разве что занедужит или по просьбе мужа, без дела бы не сидела...»; гл. 39: «... а в гости ходить и к себе приглашать и пересылаться только с кем разрешит муж»; гл. 40: «А у жены решительно никогда никоим образом хмельного питья бы не было...»⁵⁶.

⁵⁵ Домострой. С. 14–15.

⁵⁶ Там же. С. 131–153.

Имущественные отношения супругов, в отличие от личных, строились на основе признания некоторой самостоятельности замужней женщины. Еще в дохристианский период жены на Руси имели свое имущество, то есть существовал принцип раздельной собственности. В подтверждение этого тезиса исследователи обычно ссылаются на пример княгини Ольги, коей принадлежал город Вышгород, село Ольжичи, звериные и птичьи ловли. Однако, по мнению М.Ф. Владимирского-Буданова и Г.Ф. Шершеневича, случай этот нетипичный: 1) из княжеского права, который не является источником частно-правовых норм; 2) Ольга в то время была без мужа. Ссылки на «Русскую Правду» также не вполне основательны, так как все ее указания на этот счет сводятся к правам наследования, то есть к правам жены после прекращения брака, нисколько не проясняя вопроса об отношениях мужа к имуществу жены в период брака; но после смерти мужа жена или остается распорядительницей общесемейного имущества, или получает выдел наравне с сыновьями⁵⁷. Тем не менее свидетельства определенной самостоятельности женщин имеются: 1) признавались имуществом жены движимые вещи из приданого (одежды, украшения) и вещи, приобретенные ее личным трудом (не без участия, однако, прав мужа)⁵⁸; 2) содержание жены в то время обеспечивалось дарением ей мужем или свекром имущества для обеспечения на случай вдовства⁵⁹; 3) значительной могла быть роль жены при управлении хозяйством дома и поместьем (постоянные «отлучки мужа на "государеву службу" объективно вынуждали "жен дворянских" подолгу выполнять функции управительниц поместий, показывая себя властными и расчетливыми домодержимицами»⁶⁰.)

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

⁵⁷ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 440–441; Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 613.

⁵⁸ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 441–442.

⁵⁹ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 50.

⁶⁰ Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 34.

общесемейного имущества; 2) с середины XVI до середины XVII в. наступает эпоха юридических ограничений соответствующих прав, запретов дворянкам владеть поместьями, вотчинникам – наследовать родовую собственность (с целью усиления государственного контроля за землями)⁶¹.

По учению церкви супружество прекращается только физической смертью – и то не вполне, ибо только этим, по мнению М.Ф. Владимирского-Буданова, можно объяснить ее сопротивление допустить повторение брака⁶². В Древней Руси развод был либо письменным договором между супругами, представленным светскому или духовному суду, либо односторонним актом – отпуском мужа жене. В Московском государстве постепенно утвердилось иное – развод давался епархиальной властью.

Однако между «автоматическим» прекращением брака смертью одного из супругов и расторжением оного издавна находилась процедура уничтожения незаконного союза – с установлением последствий, которые еще в римском праве именовались двусторонней реституцией. Так, нормы ст. 9, 17, 27 Устава князя Ярослава гласили: «Аще муж оженится иною женою, а с старою не роспустится, митрополиту вина, молодую пояти в дом церковный, а с старою жити. (Ст. 9.) ... Аще кто иметь две жены водити, митрополиту 20 гривен, а которая подлегла, тую пояти в дом церковный, а первую жену держати по закону. Иметь ли лихо ею держати, казнью казнити». (Ст. 9.) ... Аще два брата с единою женою, митрополиту 30 гривен, а женку пояти в дом церковный». (Ст. 27)⁶³.

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

⁶¹ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 54–55.

⁶² См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 427.

⁶³ См.: Устав князя Ярослава. Пространная редакция // Российское законодательство X – XX вв. Т. 1. С. 19–191.

свойства⁶⁴. Высказывались также предположения о таких основаниях, как заключение брака «по насилию или в сумасшествии»... Однако основательных сведений на этот счет не обнаружено⁶⁵.

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

В эпоху Устава князя Ярослава церковною практикой (на основе Кормчей книги) развод допускался: при недонесении женой или мужем о государственном заговоре, покушении на жизнь другого супруга, посещении женой корчмы, игрищ или домов посторонних людей без согласия мужа, неспособности супруга к брачному сожитию, длящейся три года, безвестном отсутствии в течение пяти лет, при совершении прелюбодеяния или в случае необоснованного обвинения жены в прелюбодеянии⁶⁶.

При этом основным поводом с древнейших времен считалось именно прелюбодеяние, но определялось оно гендерно различно. Муж считался изменником, если имел на стороне наложницу и детей от нее или длительную связь с женою другого. Жена полагалась «прелюбодеицей», если она только решалась на связь с другим мужчиной, на «чюжеложество» – с такой вероломной супругой муж был не только вправе, но и обязан развестись; прощение же жене греха измены рекомендовалось наказывать штрафом в пользу церкви⁶⁷. Встречалось, видимо, хотя и крайне редко, и не в течение всего исследуемого периода, в качестве «разводных» оснований: а) бездетность брака, в том числе импотенция мужчины (XII в.): «аще муж не лазит на жену свою, про то их разлучити»; б) невозможность главы семьи «держати» (материально содержать жену и детей); в) постриг в монастырь⁶⁸;

⁶⁴ См.: Цатурова М.К. Русское семейное право XVI – XVIII вв. М., 1991. С. 90.

⁶⁵ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 75.

⁶⁶ См.: Там же. С. 77.

⁶⁷ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 24.

⁶⁸ Там же. С. 25.

Постриг мог быть и принудительным: известным фактом является история с Соломонией Сабуровой, женой великого князя Василия III

г) потеря невестой невинности до брака; д) различие вероисповеданий супругов (крещение на Руси при Владимире не было общерусским явлением)⁶⁹; е) обоюдное согласие супругов⁷⁰. При этом разнообразию применения поводов к разводу во времени в известной мере соответствовало и разнообразие их применения по месту: источники брачного права отличались разнородностью, ходили в списках, решения принимались епископами, обладавшими большой самостоятельностью⁷¹.

§ 2. Брачное законодательство XVIII в.

Реформаторская деятельность Петра I существенно затронула и брачное законодательство.

Венчальный брак окончательно стал основной формой заключения супружеских уз, хотя нецерковные замужества и браки «убегом» не исчезли вовсе (особенно в среде «простецов» из отдаленных губерний)⁷². Как и ранее, при выборе спутника жизни большое значение имела воля родителей.

Брак без родительского благословения (и прежде всего – материнского), особенно в крестьянской среде, не считался добропорядочным. При этом матери, наставляя дочерей, призывали их повиноваться воле мужей: «Ты уж не от меня будешь зависеть, а от мужа и от свекрови, которым ты должна беспредельным повиновением и истинною любовью...»⁷³. Дела о браках без согласия родных оставались подсудны духовным судам (в различное время различным). Позже они стали влечь не столько церковные взыскания, сколько высокую конфликтность «молодых» со «старыми», превращая «радужные перспективы» влюбленных в «надгробный памятник» браку ослушников традиций⁷⁴.

(1526 г.), кою «не хотящу и не мыслящу о том», из-за «неплодия» ударив бичом, заставили принять постриг.

⁶⁹ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 81, 89.

⁷⁰ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. Одесса, 1909. С. 138.

⁷¹ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 110.

⁷² См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 148.

⁷³ Там же. С. 150.

⁷⁴ Там же. С. 150.

И все же обычай приоритета родительского решения вступил в Петровскую эпоху в противоречие с прогрессивными социальными побуждениями. Это привело к замене сговора о браке между родителями жениха и невесты обручением за шесть недель, с правом отказа жениха или невесты от брачного союза при обнаружении у нее (него) физических недостатков или плохого здоровья⁷⁵. Обручение способствовало сближению жениха и невесты, давало им возможность узнать друг друга. Впрочем, последнюю функцию в крестьянской среде обеспечивал общий, нередко совместный труд, а в купеческой и дворянской среде с 1718 г. – ассамблеи и прочие увеселения. С декабря 1701 г. просторные наряды княгинь и боярынь, предполагавшие «полную свободу раздаваться в толщину» сменились на «немецкие женские портища», то есть платья с корсетом и юбками до щиколоток, дамам предписывалось в обязательном порядке в оных одеждах европейского кроя участвовать в «собраниях не только для забавы, но и для дела, куда всем кому вольно прийти, как мужскому полу, так и женскому», оставаться на балах до утра и танцевать «без разбору»; любой мог пригласить на танец и знатную даму, и государыню, и царевен Анну и Елизавету⁷⁶. По словам М.Ф. Владимирского-Буданова, в XVIII в., после Петра, «общество впало в противоположную крайность – дошло до общественной распущенности; уже нечего было заботиться, что молодые люди до брака могут не знать друг друга в лицо»⁷⁷.

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

Брак свершался только в приходской церкви и при личном присутствии жениха и невесты – с соответствующей записью в метрическую книгу (впрочем, последние, как прежде, велись не всегда и не вполне аккуратно). Исключение из этого правила было сделано в 1796 г. для особ императорского дома при заключе-

⁷⁵ См.: Законодательство Петра I. М., 1997. С. 718.

⁷⁶ См.: Пушкарева Н.П. Указ. соч. С. 144–145.

⁷⁷ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 409.

нии их брака с иностранными принцессами. В таких случаях осуществлялось представительство доверенного лица⁷⁸.

В XVIII в. появились три своеобразные формы гражданского (светского) брака, без церковного венчания – супружеские союзы православной с христианином другой конфессии, браки раскольников и супружество нехристиан⁷⁹.

Брачный возраст Указом о единонаследии («О порядке наследования в движимых и недвижимых имуществах» от 23 марта 1714 г.) был определен в 20 и 17 лет: «и дабы кадеты обоих полов каким образом не были притеснены в молодых летах, того для невольню в брак вступать ранее, мужского пола до дватцати, а женского до семнатцати лет» (ст. 5)⁸⁰.

Впрочем, это отнюдь не предотвратило ранние браки – петровское новшество оказалось нежизнеспособным, осталось как бы незамеченным. Синод продолжал руководствоваться Кормчей книгой и предписывал брачный возраст соответственно с 15 и 13 лет⁸¹. Лишь в 1830 г. Указом Синода, чтобы не допустить, по возможности, вредные последствия браков между несовершеннолетними, принято было за благо определить возрастной ценз в 18 и 16 лет⁸². (Указом учитывались и национальные традиции: жителям Закавказья брак разрешался соответственно с 15 и 13 лет, для кочевых инородцев Восточной Сибири – с 16 и 14, для жителей Финляндии – с 21 и 15 лет⁸³.)

Интересы государственной казны в воспроизводстве населения (в части непривилегированных сословий) заключены были в указах 1722, 1758 и 1796 гг., которыми брачная жизнь крепостных регулировалась на основе лишь рациональных соображений. В частности, помещики обязывались выдавать крепостных девушек

⁷⁸ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 116.

⁷⁹ Подробнее об этом см. в гл. II.

⁸⁰ Российское законодательство X – XX веков. Т. 4. М., 1986. С. 297.

⁸¹ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 121.

⁸² Полное собрание законов Российской империи. Собрание 2-е. СПб., 1830 – 1884. Т. 5. № 3807; Суворов Н. Учебник церковного права. Т. 2. Ярославль, 1890. С. 270.

⁸³ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 122; Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 590–591.

замуж пораньше, чтобы не «засиживались в девках до 20 лет». Конкретизируя официальное законодательство применительно к своим вотчинным правам, помещики поступали различным образом: А.П. Волынский действовал методом поощрения («давать от двух до пяти рублей, дабы женихи таких девок лучше охотилися брать»); Н.П. Шереметев указал посылать крепостных девок, коим минет 17 лет, «а замуж не пойдут», на жнитво и молотьбу казенного хлеба сверх обычных работ; в имениях А.Б. Куракина разрешалось штрафовать «девок», не вступивших в брак к 13 – 15 годам – из расчета до 5 рублей в год; с военной прямоотой решал этот вопрос А.В. Суворов, самочинно понизив брачный возраст «девок» до 15 лет, невзирая на жалобы крестьян, что «все будут женаты не по любви, а по неволе». (Разумеется, подобная практика принималась за норму не всеми: ее осуждали А.Н. Радищев, М.В. Ломоносов («Где любви нет – ненадежно и плодородие»)⁸⁴.)

Верхний возрастной предел («перезрелости») был определен лишь постановлением 1844 г. Поводами для дискуссий по данному вопросу более всего послужили браки Никиты Зотова, учителя Петра I, который на 70-м году жизни женился на вдове капитана Стремоухова и 82-летнего действительного статского советника Григория Ергольского и вдовы Прасковьи Десятой. Если первый супружеский союз был-таки заключен, да еще при содействии Петра, то второй – признан Синодом недействительным («... брак установлен... для умножения рода человеческого, чего от имеющего за 80 лет надеяться весьма отчаянно». Был сделан также вывод, что вдова склонила старца «не для сожития и призрения... но видя его в крайней старости, желая конца его и получить имение»)⁸⁵. По вопросам о пропорциональности лет жениха и невесты узаконений установлено не было, хотя правительство и обращало на это внимание в 1758, 1765 и 1766 гг.⁸⁶

Была предпринята и попытка обеспечения свободы воли при вступлении в брак. Петр I запретил специальными указами (1700,

⁸⁴ См.: Пушкарева Н.П. Указ. соч. С. 152–153.

⁸⁵ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 411; Нижник Н.С. Указ. соч. С. 123–124.

⁸⁶ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 411.

1702 и 1724 гг.) насильственную выдачу замуж и женитьбу. Н.Л. Пушкарева предполагает, что к такому решению побудил Петра его «собственный "фальстарт" – неудачный первый брак с Евдокией Лопухиной, навязанный будущему императору родственниками». Формирование «свободной воли» в определенной степени обеспечивалось и не менее чем шестинедельным сроком обручения, о котором уже упоминалось: ежели «жених невесты взять не похочет или невеста за жениха замуж идти не похочет же: и в том быть свободе...»⁸⁷. В действительность своих распоряжений о ненасильственности брака император не слишком верил. Незадолго до смерти (1724 г.) Петр дополнил церемонию бракосочетания новой формальностью – клятвенным подтверждением родителей, что выдают свою дочь замуж не по «неволею». Однако вскоре после смерти императора решение о «тяжком штрафовании» за оное принуждение забылось и «неволесвободные» браки продолжали оставаться весьма распространенными во всех сословиях⁸⁸.

Добрые предположения и законодательные попытки о свободе воли жениха и невесты весьма сложно было соотносить с каноническими условиями о согласии на брак родителей жениха и невесты. Если священник узнавал об отсутствии благословения, то он должен был увещевать желающего вступить в брак покориться родительской воле сначала сам, а затем при содействии благочинного; при безуспешности же увещевания испросить разрешения епархиального архиерея⁸⁹.

Вторая предпосылка свободного брачного волеизъявления и «нормальности» брака заключалась в запрете «дуракам» жениться. Указом от 6 апреля 1722 г. «О свидетельствовании дураков в Сенате» повелено: «... и буде по свидетельству явятся таковые, которые ни в науку, ни в службу не годились, и впредь не годятся, отнюдь жениться и замуж идти не допускать и венечных па-

⁸⁷ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 151. См.: также: Законодательство Петра I. С. 718.

⁸⁸ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 151 – 152.

⁸⁹ См.: Суворов Н. Учебник церковного права. М., 1908. С. 334; Загоровский А.И. Курс семейного права. С 17.

мостей не давать»⁹⁰. («Этот указ, – отмечает К.А. Неволин, – был непрямо подтвержден Высочайшим указом 1762 апреля 20». Действие его «относится собственно к людям, не имеющим здравого рассудка с самого их рождения»⁹¹.)

Отсутствие между брачующимися родства и свойства по-прежнему относилось к важным условиям его действительности, однако глубина запрета определялась не светским, а церковным правом. При этом безусловная строгость в данном вопросе (до восьмой степени родства) постепенно смягчалась (до четвертой степени и менее). Смягчение это особенно наблюдалось по отношению к родству духовному⁹².

Разумеется, обязательным условием было единобрачие, которое, впрочем, продолжало нарушаться. Одной из причин, полагает Н.С. Нижник, являлись неустойчивые формы совершения и расторжения брака. В 1767 г. Синод констатировал: «В епархиях обыватели многие от живых жен, а жены от живых мужей в брак вступают»⁹³.

Значимыми оставались ограничения по количеству браков (четвертый – преступление) и разности вероисповедания. В последнем вопросе при Петре I произошли важные изменения. Поводом стало обращение военнопленных шведов, направленных на горные промыслы Сибири, о разрешении жениться на православных, не меняя своей религии, а «своей веры жен достать там не можно». По представлению Берг-коллегии указом Святейшего Синода (от 16 августа 1720 г.) последовало соответствующее решение: «... шведским пленникам, которые имеют искусство в рудных делах и в торгах, и в службу государеву идти пожелают: и таким в женитьбе оной на русских девках, без перемены их закона позволение дать надлежит: понеже в чужих краях в рудных делах гораздо искусных людей достать трудно...». Обязательным условием жениху повелевалось «взять сказку за рукою под штра-

⁹⁰ Полное собрание законодательства. Т. 6. № 3949.

⁹¹ См.: Неволин К.А. Указ. соч. С. 313. (Издание по Т. 3. сочинений автора 1857 г.)

⁹² См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 422.

⁹³ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 172.

фом жестокого истязания, что ему, по сочетании брака, жену свою во всю свою жизнь ни прельщением, ни угрозами, и никакими видами в веру своего исповедания не приводить... И от которых будут родиться дети мужеска и женска пола, и их крестить в православную веру российского исповедания»⁹⁴.

Специальным условием бракосочетания оставалось разрешение на брак гражданским и военным чиновникам от их начальства. Толковалось это и необходимостью подчинить личные интересы подданных служебным, и опекой над служилым людом, возможность которого содержать семью – жену и детей – возникала не сразу, а с определенного возраста и должностного положения. Первоначально ограничения касались воинских чинов: с 1722 г. – гардемарин (в 1765 г. оно было дополнено возрастным цензом в 25 лет), поэтапно в течение XVIII в. условие о согласии начальства распространялось на всех военнослужащих⁹⁵.

Петром I была сделана попытка ввести также брачный образовательный ценз для дворян: перед венчанием предписывалось предъявление архиерею свидетельства о знании арифметики и геометрии и других предметов; попытка окончилась неудачей – внедрена в церковную практику не была, оставшись лишь оригинальным фактом истории⁹⁶.

Личные супружеские правоотношения строились в целом по прежней схеме. Муж, как и в допетровские времена, «сообщал» жене свое состояние. Это основательно обеспечивалось «равными» браками. Несмотря на то, что сам Петр I женился на неразведенной жене шведского солдата, женщине с сомнительным прошлым, все его указы 1702 – 1723 гг. преследовали цель привязать подданных к своим сословиям. Это обеспечивало, по крайней мере, в дворянской среде относительное имущественное равенство супругов. Неравные браки приобретали законную силу лишь в исключительных случаях. Союзы, подобные браку графа Шереметева со своей крепостной актрисой Прасковьей Ковалевой-Жемчуговой, были редкостью. Обратная ситуация – женитьба

⁹⁴ См.: Законодательство Петра I. С. 719–722.

⁹⁵ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 132.

⁹⁶ См.: Там же. С. 134.

дворянина небольшого чина и небогатого на обладательнице большого состояния (да еще красавице) – встречалась еще реже. Дворянка, выйдя замуж за простолюдина, теряла свой статус (это правило отменила лишь Екатерина II, уточнив, правда, что дворянство не могло быть передано ни мужу, ни детям). Брак дворянина с представительницей купеческого сословия также почитался мезальянсом; в 1742 г. был издан даже запрещающий указ. (Президент двух академий княгиня Е.Р. Дашкова крайне тяжело переживала брак своего сына с купеческой дочкой.) В городовом положении Екатерины II было прямо указано, что мещанин общает мещанское состояние жене своей, буде она породы равной или низшей. То же касалось и положения «свободных сельских обывателей»⁹⁷. Крепостное состояние сообщалось от жены к мужу, однако за правило принималось, что в случае приобретения мужем свободы она приобретается и для жены⁹⁸. При этом крестьянские девушки, как правило, выдавались замуж за женихов из семей, равных по достатку и статусу⁹⁹.

Семья оставалась «государством в государстве». Власть по-прежнему принадлежала мужу как господину жены и детей. При Екатерине II Уставом благочиния предписывалось: «Жена да пребывает в любви, почтении и послушании к своему мужу»¹⁰⁰. Место жительства супругов определялось местом жительства мужа. Исключения делались для жен ссыльных и солдаток. Жена получала право требовать судебного разлучения в случае жестокого с ней обращения¹⁰¹. И наоборот, были распространены случаи водворения жен к мужьям. Так, в 1766 г. коллежский ассессор Ф. Шахов подал в московскую консисторию прошение о доставке ему жены Матрены «под караулом... для отдачи ему в супружество». Купец-раскольник Монин добился в Синоде возврата сбегавшей к любовнику жены, хотя по раскольническому обычаю

⁹⁷ См.: Неволин К.А. Указ. соч. С. 236.

⁹⁸ Там же. С. 238.

⁹⁹ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 164 – 167.

¹⁰⁰ См.: Законодательство Екатерины II / Под. ред. О.И. Чистяковой, Т.Е. Новицкой. М., 2007. С. 445 – 446.

¹⁰¹ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 136–139.

этот брак не был венчан («не пет») в церкви¹⁰². Женщины пользовались некоторыми правами в строгом соответствии с рангами и чинами мужей: даже выезд позволялся жене по статусу мужа, экипаж не по рангу влек для тщеславной дамы штраф¹⁰³.

Приданое жены стало рассматриваться как ее раздельное имущество¹⁰⁴. По мнению М.Ф. Владимирского-Буданова, в полном смысле понятие об отдельном имуществе жены установилось указом от 17 марта 1731 г., что, впрочем, не вело к ее бесспорному праву оным имуществом распоряжаться при жизни мужа без его согласия. Лишь в 1753 г. сенатом этот вопрос был разрешен положительно – путем создания прецедента по делу Головиной. Дискутировался также принцип свободы сделок между супругами, который восторжествовал в первой трети XVIII в. (государь написал резолюцию: «...быть по мнению большинства членов сената»)¹⁰⁵.

Смерть одного из супругов вела, как, впрочем, и во все иные времена, к прекращению брака. С XVIII веком связаны существенные изменения в институте вдовства. С 1714 г. ликвидировались все различия в землевладениях, вдовы получили право на часть недвижимости, что не исключало «вдовьего пенсионера». Во времена Анны Иоанновны вдов стали принимать в монастыри без вклада – при определенных условиях: «не ниже 50 лет, или увечные, или собственного пропитания не имеют»¹⁰⁶.

Меняется процедура расторжения брака. С Петра Великого, отмечал А.И. Загоровский, «замечается явственно новое течение в области нашего бракоразводного права. Это течение вызвано было мерами этого государя, направленными на поднятие значения личности русской женщины в обществе и в особенности в семье...»¹⁰⁷.

С 1722 г. дела о расторжении брака стали подведомственны Синоду – для окончательного вердикта, а с 1744 г. разводы

¹⁰² См.: Законодательство Екатерины II. С. 455.

¹⁰³ См.: Там же. С. 456 (автор главы 5.2. – П.Л. Полянский).

¹⁰⁴ См.: Российское законодательство X – XX веков. Т. 4. С. 298, 306.

¹⁰⁵ См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 447–448.

¹⁰⁶ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 235.

¹⁰⁷ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 139.

«знатных персон» восходили «на Высочайшее усмотрение». В XVIII в. русские государи, и в особенности – государыни, принимали самое энергичное участие в разрешении брачных дел. Бракоразводный процесс «незнатных персон» был руководим судами духовных консисторий и имел смешанный состязательно-розыскной характер¹⁰⁸.

Поводом к разводу оставался уход в монастырь. Однако в XVIII в. он стал рассматриваться как посягательство на святость супружеских уз; вводятся ограничения: возрастной ценз 50 – 60 лет, совершеннолетие детей, разрешение Синода. «Опасения в том, что за пострижением людей, "не вошедших в возраст" старости, – отмечает Н.Л. Пушкарева, – стоят какие-то расчеты, причем (как правило) расчеты мужчин в ущерб интересам женщин, – были нередко справедливы». Дабы избежать злоупотреблений на этой почве, ввели запрет на женитьбу (замужество) оставшегося в миру супруга, но исполнялся он не всеми – специальным разрешением Синода его можно было обойти. Тем не менее число монастырей в XVIII в. сократилось, а пострижение туда юной девицы стало редким исключением¹⁰⁹.

Иностранцы, прибывавшие в Россию в начале XVIII в. из католических стран, где развод был категорически запрещен, с удивлением писали, что последнее в России – дело обыкновенное¹¹⁰. Это было, конечно, явным преувеличением, хотя и с их католической точки зрения извинительным.

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

¹⁰⁸ См.: Нижник Н.С. Указ. соч. С. 160–163.

¹⁰⁹ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 235–236.

¹¹⁰ Там же. С. 237.

историкам и мемуаристам XVIII в. писать о «повреждении нравов в России»¹¹¹.

Поводами к разводу были двоебрачие (А.И. Загоровский приводит казус с неким Иваном Филатовым, который в течение одного года последовательно женился на пяти женах¹¹²), неспособность к брачному сожитию мужа или жены, безвестное отсутствие не менее 5 лет, каторга или ссылка за преступление, принятие монашества (о чем уже писалось), близкое родство и некоторые другие. Бывали и разводы по обоюдному согласию: «некоторые люди с женами своими, не ходя к правильному суду, самовольно между собою разводятся и к таким разводным прикладывают руки их духовные отцы...»¹¹³.

Н.Л. Пушкарева отмечает, что бракоразводные реалии в недворянских сословиях с трудом прослеживаются по источникам XVIII – начала XIX в. «Вне сомнения, – подчеркивает автор, – крестьянский уклад жизни предполагал большую строгость, однако и там – в том случае, когда к разводу была основательная причина... – крестьянский мир разрешал супругам жить врозь». Брак считался прекращенным, и бывшие супруги могли «начинать жизнь сначала». Впрочем, подобные случаи все же не были типичными¹¹⁴.

§ 3. Брачный закон в XIX в.

Сущность и доктринальное толкование

Брачное законодательство XIX в. не отличалось реформаторством – преемственность с установлениями XVIII в. была значительной. Однако с середины XIX в., а особенно в конце его, начала активно развиваться цивилистическая наука и, следовательно, появилась системная аналитика сущности супружеского союза и подходов законодателя к его регулированию – от возникновения

¹¹¹ Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 240.

¹¹² См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 139.

¹¹³ Там же. С. 139–141.

¹¹⁴ См.: Пушкарева Н.Л. Указ. соч. С. 243–244.

до прекращения. (Поскольку понятию брака посвящается отдельный параграф, в данном разделе остановимся на характеристике условий его заключения, статуса супругов и начал их супружеских отношений.)

К. Кавелин отмечал, что по свойству и характеру элементов, определяющих брак как общественное, гражданское учреждение, все условия, как положительные, так и отрицательные, вступления в этот союз классифицируются в три группы: 1) физиологические; 2) психические или нравственные, духовные; 3) гражданские (общественные). К первым относятся пол, возраст, родство и свойство, неспособность к брачному сожителству, сумасшествие. Ко вторым – ограничения по количеству браков, духовное родство, обет священства и монашества, различия вероисповеданий, единобрачие. К третьим – взаимное согласие на брак, дозволение третьих лиц, гражданское родство (усыновление) или отношения опеки, совершение некоторых преступлений, траурный срок¹¹⁵.

Несмотря на то, что большинство цивилистов XIX в. начинали исследование вопроса с условия о свободе воли (взаимном согласии) брачующихся, «алгоритм» К. Кавелина вполне приемлем по содержанию, а по объему – исчерпывающ, поэтому полагаем возможным ему следовать.

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

Из цели брака и договорного его характера, подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, обнаруживается также необходимость брачного возраста, «в который приобретается и не утрачивается еще половая способность и сознание совершаемого акта». В начале XIX в., отмечал автор, были весьма нередки случаи браков взрослых мужчин с девочками, продолжавшими и в замужестве играть в куклы, и взрослых женщин с мальчиками; полагая такое явление ненормальным в 1830 г. был установлен начальный возраст супружества в 18 лет для мужчин и 16 лет для женщин, что не совпадало с общегражданским совершеннолетием (21 год). Впро-

¹¹⁵ См.: Кавелин К. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. СПб., 1884. С. 12–29.

чем, эта норма могла бы быть с успехом повышена, если не ввиду неполного физического развития, «то нравственного уяснения столь важного акта»¹¹⁶. Епархиальным архиереям было предоставлено право разрешать более ранние браки (на полгода моложе установленного)¹¹⁷.

Д.И. Мейер, не соглашаясь с Г.Ф. Шершеневичем, полагал, что брачный возраст вполне достаточен и для физического, и для умственного развития брачующихся, чтобы «они могли составить понятие о важности заключения союза, тем более что все мы вырастаем в понятиях уважения к этому союзу, в сознании его силы и крепости». Для значительного большинства российского народонаселения, особенно сельского, отмечал автор, «весьма важно рано вступать в брак, чтобы иметь помощницу в хозяйстве и к зрелым летам воспитать помощников в лице детей»¹¹⁸. Это подтверждалось и исследованиями в области обычного гражданского права С.В. Пахмана¹¹⁹.

Для жителей Закавказья, «ввиду раннего наступления зрелости», норма понижена на 3 года¹²⁰. Однако вопросом, который вытекал из такого решения логически и «по умолчанию», – о более ранней умственной и нравственной зрелости этих нравов – никто из авторов не задается, норма принимается как данность.

Значение имели и преклонные лета. Старше 80 лет в брак вступать не дозволялось (запрет гендерно симметричен). Это положение, считал Д.И. Мейер, явилось как бы отражением античного воззрения на супружество как учреждение, имеющее целью рождение детей¹²¹. Впрочем, как верно отмечал Н.С. Суворов, данный мотив не оправдывал и разрешение брака 80-летнему; кроме того, цель брака «состоит не только в умножении рода человеческого, но и в том, чтобы соединять сочетавшихся в нераз-

¹¹⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 590–591.

¹¹⁷ См., например: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 37.

¹¹⁸ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. С. 351. (По изданию 1902 г.).

¹¹⁹ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 397–398. (По изданию 1877 – 1879 гг.).

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

¹²¹ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 351.

рывный союз любви, дружества и взаимной помощи, а также устранить опасность греха блудодеяния»¹²².

Продолжая свои размышления о недопущении брака с престарелым, Д.И. Мейер подчеркивал: если даже цель брака видеть в дополнении себя личностью другого, то и здесь нет взаимности, ибо лицо старческого возраста, нуждаясь в заботе и попечении, само уже не в состоянии составить опору другой личности, «а без такой взаимности и брак не соответствует своей идее»; при этом ближайшим поводом для ограничения послужили различные злоупотребления, например стремление лица молодых лет воспользоваться именем старого супруга при жизни его или после смерти¹²³.

По церковным законам наибольший возраст для брака был установлен в 60 лет, посему, как отмечал К.П. Победоносцев, «когда вступают в брак позже 60 лет, то, хотя это не противно гражданскому закону, для венчания требуется разрешение архиерея»¹²⁴.

Российское законодательство не восприняло западную норму об установлении известного соотношения в возрасте жениха и невесты, исходившую из предположения, что большая разница между ними также противоречит идее брака (хотя имело достаточно оснований в синодских указах прошлого столетия)¹²⁵. Таким образом, возможен был брак между 79-летним и 16-летней. В низших слоях общества «возрастные мезальянсы» встречались редко: крестьянин вступал в брак в молодых летах и брал молодую жену, а если в зрелых, то и жену более или менее зрелого возраста; напротив, в средних и высших кругах сие являлось делом обыкновенным¹²⁶.

Законное кровное родство до четвертой степени оставалось основанием запрещения брака. Законодательство не давало ответа на вопрос о близком родстве, вытекающем из внебрачных ро-

¹²² См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 324. (По изданию 1908 г.)

¹²³ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 351–352.

¹²⁴ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 37. См.: также: Законы гражданские. Кн. Первая / Сост. И.М. Тютрюмов. М., 2004. С. 76.

¹²⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 591.

¹²⁶ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 352–353.

ждений¹²⁷. Тем не менее, как полагал К. Кавелин, по всем вероятностям не мог быть допущен брак между матерью и ее незаконнорожденным сыном, между последним и его сестрами и, напротив, не было препятствий по линии «отец и незаконнорожденная», «хотя бы он был всем известен и сам не отрицал своей кровной связи». Таким образом, продолжал автор, «полное игнорирование естественной семьи может повлечь за собою полное и очевидное нарушение по существу закона, установленного церковью и государством в видах поддержания породы, и предупреждения ухудшения ее через браки в ближайшем круге родства»¹²⁸.

Запрет браков между близкими свойственниками физиологическими причинами объяснен быть не мог — он восходил к церковным традициям¹²⁹.

Неспособность к супружескому сожитию являлась одним из оснований расторжения брака, однако последняя могла стать и препятствием к браку: для лица, разведенного судом по этой причине, начинал действовать запрет к вступлению в новый брак. Физическая неспособность понималась как неспособность к совокуплению, а не к деторождению, и притом как неспособность добрачная, а не возникшая во время брака¹³⁰.

Запрет брака с «безумными и сумасшедшими», по мысли К. Кавелина, относится к условиям и физиологическим (нездоровье, наследственная болезнь), и гражданским (невозможность «разумного и сознательного вступления в брак»)¹³¹.

Правило об ограничении количества браков православных верующих осталось прежним. Безусловно одобрительным являлся только первый брак, заключение второго и третьего допуска-

¹²⁷ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 595.

¹²⁸ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 15.

¹²⁹ См.: Там же. Подробнее о запрете по свойству см.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 36.

¹³⁰ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 324. (По изданию 1908 г.); Кавелин К. Указ. соч. С. 16; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 38.

¹³¹ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 16–17; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 24; Мейер Д.И. Указ. соч. С. 350.

лось из снисхождения к слабости человеческой природы (хотя на вступающего в третий брак налагалась епитимия – по указу Синода от 5 апреля 1871 г.¹³²). В счет полагались лишь браки, заключенные по принятии христианства¹³³. При этом церковь не допускала повторения брака для лиц, облеченных в священнослужительский сан, ибо, по крайней мере, им должно сохранять идею брака как таинства во всей ее чистоте¹³⁴.

Духовное родство, образованное «через восприятие от крещения», являлось препятствием к браку лишь в первой своей степени (крестный – крестница)¹³⁵.

Отрицательным условием являлось монашество и духовный сан – иерейский и дьяконский (на период пребывания в нем)¹³⁶.

Безусловно запрещались браки с нехристианами, правоверных с раскольниками – не иначе, как по возвращении их к правоверию; разрешая брак православных с христианами-иноверцами, закон обязывал последних не укорять своих супругов за православие, не склонять к перемене веры и воспитывать детей в православии¹³⁷ (как мы уже отмечали, прецедент был создан при Петре I – в отношении браков военнопленных шведов с россиянками).

Существенным условием брака являлась его исключительность: брак – союз одного мужа и одной жены, свободных от иных брачных уз (двоеженство квалифицировалось как преступление и, разумеется, основанием признания второго брака недействительным)¹³⁸. Полигамия допускалась для магометан. К. Кавелин и Д.И. Мейер отмечали, что единобрачие, возникшее еще в Греции и Риме, находится не только и не столько в теснейшей связи с различием вероучений, сколько с развитием культуры рода человеческого, при котором преобладание половых инстинктов и унижен-

¹³² См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 593.

¹³³ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 33.

¹³⁴ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 357–358.

¹³⁵ Подробнее см.: Кавелин К. Указ. соч. С. 18; Суворов Н.С. Указ. соч. С. 331–332.

¹³⁶ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. С. 335.

¹³⁷ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 17–18.

¹³⁸ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 30–31.

ное положение женщины мало-помалу заменяются «общением всего быта и жизни и признанием личности женщины»¹³⁹.

Д.И. Мейер также утверждал, что из отрицательного в полигамии следует говорить не только о перевесе чувственного над духовной природой, – рабское положение женщины губительно для всего общества, деморализует его; да и народонаселение возрастает медленнее, нежели при моногамии, хотя могло бы казаться наоборот. (Кстати, по его сведениям, например, в Казани в многотысячном магометанском обществе лишь немногие магометане имели по две и три жены¹⁴⁰.)

К важнейшим условиям законного брака относилось со времен Петра I свободное согласие обеих сторон. «Условие, само по себе простое, – писал К.П. Победоносцев, – но, глядя по состоянию общественного и семейного быта, оно усложняется. Понятие о принуждении, как всякое человеческое понятие, относительно». «Где воля подвластного безмолвствует и не протестует даже внутренне, – продолжал автор, – там невозможно видеть и насилие, ибо насилие и принуждение предполагается там, где есть противодействующая или способная к противодействию среда»¹⁴¹. В отношениях крепостного права бывало ранее, а в отношениях семейных и продолжало часто быть, что помещик выбирал своему крепостному, а отец – сыну своему невесту. В общем смысле здесь предполагается принуждение воли; в частном смысле могло и не быть насилия чужой воле, а, напротив, могло быть естественное, согласное с условиями быта явление. В толковании принуждения, отмечал К. Кавелин, следует быть весьма осторожным, относя к таковому только ситуации, имеющие все признаки насилия; «в противном случае, принуждением может показаться всякое нравственное влияние, всякое убеждение, всякая уступка чужому авторитету...»¹⁴². К значимому принуждению автор относил обман, физическое насилие, устрашение, по-

¹³⁹ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 19. См. также: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 358.

¹⁴⁰ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 358.

¹⁴¹ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 20–21.

¹⁴² См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 20.

хищение, реальную угрозу (принуждение к браку под страхом лишения пищи, изгнания из дома)¹⁴³.

В крестьянской среде, где выбор невесты определялся прежде всего материальными соображениями (жена – помощница по хозяйству), свобода выбора по нравственной склонности была чаще всего общественно безразлична, хотя согласие брачующихся на союз испрашивалось¹⁴⁴.

Иски о принуждении могли быть начаты не позже 6 месяцев с того времени, как появлялась возможность подать жалобу заинтересованному лицу, при этом насилие подлежало гражданскому суду, а суждение о действительности брака – церковному¹⁴⁵.

По своду законов, при общей свободе брачного выбора, требовались различные «дозволения» на супружеский союз, обусловленные соображениями общественного, административного и политического характера¹⁴⁶. В первую очередь – это согласие родителей (или опекунов, попечителей), которое вытекало из права родительской власти. Оно, впрочем, относилось к препятствиям, не «разрывающим» брак, то есть не влекущим его недействительности. Обвенчавшиеся без родительского благословления могли быть подвергнуты ответственности по Уложению о наказаниях (заклучению в тюрьме или монастыре от 4 до 8 месяцев и лишению наследства, позже – аресту), а священник – дисциплинарной ответственности, если знал о родительском запрещении. При этом письменного оформления дозволения не требовалось. Браки членов императорской фамилии должны были совершаться с высочайшего соизволения царствующего императора – иначе союзы признавались незаконными, то есть данное препятствие имело «разрывающую» силу¹⁴⁷.

Дозволение начальства оставалось условием заключения брака (из числа «неразрывающих») и в XIX в. было конкретизи-

¹⁴³ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 20–21.

¹⁴⁴ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 402–404.

¹⁴⁵ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 24.

¹⁴⁶ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 23.

¹⁴⁷ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 334. (По изданию 1908 г.).

ровано и расширено: а) разрешение на брак дипломатического чиновника с иностранкой (с подпиской невесты о продаже имения в чужих краях, дабы чиновник не был связан материальными соображениями со страной, где он представляет российскую сторону)¹⁴⁸; б) офицеры могли вступать в брак не ранее 23 лет, с 23 до 28 лет – еще и с имущественным обеспечением (в виде недвижимости, процентных бумаг – с чистым доходом не менее 250 рублей в год), нижним чинам браки не дозволялись¹⁴⁹. Разрешение на брак чиновникам различных гражданских ведомств также требовалось, но было, по мнению Д.И. Мейера, чисто формальным и, разумеется, недействительности союза не влекло (чиновник, правда, наказывался выговором со внесением в послужной список¹⁵⁰.)

Правоотношения усыновления полагались гражданским родством и, казалось бы, должны были служить препятствием к браку. Однако это имело значение только для лиц римско-католического и протестантского исповедания¹⁵¹.

Существовали ограничения, связанные с различными правонарушениями, в том числе преступлениями: а) двоеженство; б) нахождение в арестантских ротах, в ссылке, на каторге¹⁵². Траурный срок для вдовы по российскому закону, в отличие от прусского и французского, установлен не был¹⁵³.

Личные отношения супругов строились по традиционной схеме, главные начала которой составляла триада: муж и жена – одно тело; муж – глава жены; жена от мужа не отлучается¹⁵⁴.

При этом, как вполне основательно отмечал Д.И. Мейер, данные отношения «в такой степени подчинены влиянию религиозных и нравственных правил, что юридическим определениям тут уже очень мало места. ... Если по закону религиозному суп-

¹⁴⁸ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 25–26.

¹⁴⁹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 597–598.

¹⁵⁰ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 354–355.

¹⁵¹ См.: Законы гражданские. С. 84; Кавелин К. Указ. соч. С. 27.

¹⁵² См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 28–29.

¹⁵³ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 30–31.

¹⁵⁴ Там же. С. 110.

руги должны быть едины духом, плотью, а по закону нравственному жена должна быть подругой мужа, его советницей и помощницей, то странно говорить о каком-либо праве мужа по отношению к жене, и наоборот». Применение юридических начал в брачном деле указывает на упадок семейного быта; «горе тому обществу, в котором мужья во имя закона требуют от жен исполнения их обязанностей». Но поскольку «болезненные случаи» все же встречаются, юриспруденции приходится подключать свои ресурсы¹⁵⁵.

Размышляя о судебной власти, наиболее основательной и формализованной разновидности таковых ресурсов, А. Боровиковский писал: «Всякому понятно, что суд, вооруженный только силою внешнего принуждения, не может претендовать на роль охранителя и восстановителя семейного мира. Мир семьи зиждется на любовном единодушии и сознании долга; внешний авторитет здесь бессилён. ... Исполнительный лист не явится в семью "веткой мира"; напротив, он закрепит вражду казенною печатью»¹⁵⁶.

Тем не менее, по смыслу закона, власть мужа над женой ставилась выше родительской власти и предполагала обязанность жены подчиняться мужу, жить с ним совместно, следовать за ним по его указанию, хранить верность (впрочем, формально данная обязанность, в отличие от ряда европейских законодательств, была гендерно симметрична), выдача жене паспорта осуществлялась с его разрешения, допускались и удовлетворялись судебные иски о выдворении жен к мужьям¹⁵⁷. (На практике, правда, они приводили нередко к весьма своеобразным результатам. А. Боровиковский описывал как забавный анекдот процедуру исполнения решений по таким искам: ответчица, объект иска, являлась с судебным приставом в дом мужа; пристав делал на исполнительном листе надпись, что решение исполнено, и уходил; и вслед за ним уходила и ответчица; муж снова обращался к судебному приставу, но тот отвечал, что исполнение решения уже исчерпано, а вторичному исполнению

¹⁵⁵ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 363.

¹⁵⁶ Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1892. С. 213.

¹⁵⁷ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 615–617.

решение не подлежит¹⁵⁸.) Во второй половине XIX в. были сделаны некоторые послабления из правил о следовании жены за мужем при лишении его всех прав состояния за преступление, принудительном переселении, ссылке¹⁵⁹.

Статус жены, как и ранее, определялся статусом мужа: муж высшего звания сообщал жене своей его преимущества; наоборот, жена не сообщала мужу своего высшего звания, хотя и не теряла его. Мужа при этом запрещалось принимать в монашество при живой жене, если не пожелают постричься оба¹⁶⁰.

Имущественные правоотношения сводились к обязательству мужа содержать жену и к праву каждого супруга, по смерти другого без завещания, получить известную часть его имущества¹⁶¹. При раздельном проживании обязанность содержания была обусловлена: а) отсутствием в том вины жены; б) ее нуждаемостью в помощи (А. Боровиковский отмечал, что это не есть жалованье: принцип «раздельности имуществ супругов смешно было бы доводить до признания за женою права свой хлеб прятать, а требовать хлеба от мужа»); в) возможностью мужа выплачивать содержание (причем суд исходил из презумпции способности мужа зарабатывать и для себя, и для жены)¹⁶².

Основное начало гражданского права XIX в. относительно супружеской собственности сводилось к отсутствию специфических имущественных отношений между супругами, они были «точно так же чужды друг другу по имуществу, как лица, совершенно посторонние»¹⁶³.

И.А. Покровский, анализируя состояние европейского гражданского права конца XIX в., в том числе в семейно-правовой имущественной сфере, подчеркивал: «По счастливой исторической случайности наше русское право... в этом вопросе стоит в

¹⁵⁸ См.: Боровиковский А. Указ. соч. С. 221–222.

¹⁵⁹ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 111–112; Загоровский А.И. Курс семейного права.

¹⁶⁰ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 110.

¹⁶¹ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 364.

¹⁶² См.: Боровиковский А. Указ. соч. С. 236–237. См. также: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 620–620.

¹⁶³ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 364.

передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что "браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность" (ст. 109 ч. I т. X Свода Законов)... Когда и каким образом установили у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный и спорный; но важно во всяком случае то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше»¹⁶⁴.

К традиционным особенностям статуса женщины в русской семье, отмечает Н.Л. Пушкарева, относятся в первую очередь ее сравнительно широкие имущественные права на владение движимым и недвижимым имуществом, наследование родовых вотчин при наличии наследников по мужской линии (что не прослеживается в Европе), опекуновство (особенно при вдовстве), право на владение приданым, право женщин привилегированного класса на фиксированную часть наследства¹⁶⁵.

Еще Петр I много способствовал освобождению русской женщины. «Весь XVIII век, несмотря на отдельные примеры противоположного свойства, — подчеркивал Г.Ф. Шершеневич, — представляет собою последовательный ход развития личности женщины». Споры и колебания в имущественном вопросе XVIII в., продолжал автор, «в XIX столетии разрешаются признанием полной самостоятельности женщины»¹⁶⁶.

Ряд историков и цивилистов объясняют это в том числе влиянием русских императриц, которые «приняли к сердцу» положение женщины¹⁶⁷. Елизавета и Екатерина II, «сочувствуя интересам своего пола, — писал Д.И. Мейер, — желали оградить имущество жен от власти мужей и, воспользовавшись неопределенностью нашего древнего права насчет имущественных отно-

¹⁶⁴ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 188.

¹⁶⁵ См.: Пушкарева Н.Л. Женщина в российской семье: традиции и современность // Семья, гендер, культура. Материалы международных конференций 1994 и 1995 гг. / Под ред. В.А. Тишкова. М., 1997. С. 187–188.

¹⁶⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 614.

¹⁶⁷ Там же.

шений между супругами, положили начало разъединению имущественных прав супругов». Впрочем, автор одновременно подчеркивал, что это не есть причина сохранения данной позиции в действующем праве – не сохранился же закон Петра Великого о единонаследии и, напротив, отчего же начало разъединения имущества супругов, установленное императрицами, сохранилось..., несмотря на то, что понятия действительности расходятся с этим началом и в то же время оно не соответствует сущности личного права мужа по отношению к жене?¹⁶⁸ Когда брак соответствует своей идее, супруги *de facto* считают свое имущество общим, продолжал свои размышления Д.И. Мейер, а где право власти выступает существенно резче, имущественные отношения также *de facto* подчиняются власти мужа (например, в купеческой среде); но иногда идея брака на деле не осуществляется: муж не только не ограждает интересов жены, но предается кутежу, проматывает свое и женино состояние, или, наоборот, жена берет перевес над мужем и, увлекаясь требованиями моды, разоряет его – при таких отношениях разъединение имущественных прав супругов «оказывается благодеянием со стороны законодательства»¹⁶⁹. (Д.И. Мейер отмечал, что противоположная идея – общность имущества супругов – признается германским началом, и «немецкие юристы чрезвычайно хвалятся им, считают его одной из самых светлых сторон германского юридического быта», и это справедливо для нормальных отношений, но не вполне благоразумно, когда идея брака не осуществляется¹⁷⁰.)

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

Хотя по учению церкви «совместное сожителство, соединенное с браком, устанавливается на всю жизнь», с нравственной стороны, писал Г.Ф. Шершеневич, если нарушается его идея о полном физическом и духовном общении, брак становится тяже-

¹⁶⁸ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 364–365.

¹⁶⁹ Там же. С. 365–366.

¹⁷⁰ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 367.

лым бременем¹⁷¹. (Притом что даже «сама церковь делает уступку потребностям гражданской жизни», допуская его прекращение разводом¹⁷².) «Мира, согласия семейной жизни, – отмечал К. Кавелин, – нельзя создать крайним затруднением разводов и разлучением супругов...»¹⁷³. Не можем также не процитировать одно из ярких суждений об особенностях семейных распрей А. Боровиковского: «Любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный. Этот должник уплатил долг охотно, сказав спасибо за сделанное ему кредитором одолжение, другой уплатил проклиная, – оба случая юридически одинаковы, ибо одинаковы внешние проявления отношений; в обоих случаях одинаково состоялось выполнение обязательства. Но далеко не празден вопрос, благорасположены ли друг к другу *муж и жена*, ибо здесь любовь есть самое *содержание* отношений. ...Суд бессилён *при-судить семье счастье*. ...Должно ясно сознавать *пределы* той помощи, какую может оказать суд, когда к нему обращается семейная распря»¹⁷⁴.

Тем не менее в России в «прежние времена» развод допускался в более широком объеме, чем в рассматриваемый период. С XVIII в. обнаружилась противоположная тенденция, а Указ 1850 г. ее окончательно закрепил, установив исчерпывающие основания прекращения брака путем его расторжения¹⁷⁵.

Первым и главным основанием осталось прелюбодеяние («половое сношение одного из супругов с посторонним лицом»). В этом случае брак расторгался при условии: а) предъявления иска оскорбленным супругом; б) доказанности измены (признания было недостаточно, так как супруг мог ложно сознаться в прелюбодеянии, лишь бы добиться прекращения брака)¹⁷⁶. Развод по данному основанию влек за собою пожизненное безбрачие для виновной стороны.

¹⁷¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 601–602.

¹⁷² См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 369.

¹⁷³ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 76.

¹⁷⁴ См.: Боровиковский А. Указ. соч. С. 212–214.

¹⁷⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 603.

¹⁷⁶ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 371–372.

Вторым основанием являлась неспособность к брачному сожитию, которая должна была быть природною или, по крайней мере, возникшей до брака. Право на иск возникало не ранее чем через 3 года по совершении брака. Неспособность подтверждалась освидетельствованием во врачебном отделении губернского правления¹⁷⁷.

По мысли Д.И. Мейера, ограничения по сроку наступления данного состояния объяснялись законодателем, вероятно, тем, что неспособность какого-либо супруга к брачному сожителю, открывшаяся во время брака, должна считаться несчастьем, которое следует переносить с терпением, с сознанием святости брака. Условие же о трехлетии, возможно, объяснялось необходимостью прибегнуть для излечения болезненного состояния к «врачебному искусству»¹⁷⁸.

Третье основание – лишение всех прав состояния одного из супругов: а) невиновным супругам, «как скоро они не желают следовать за осужденным в место ссылки и желают вступить в новый брак», – просить развода непосредственно после вступления приговора в законную силу; б) виновным – во время нахождения в месте ссылки, если супруги за ними не последовали, для совершения нового брака, но через 1 – 2 года (в зависимости от разряда ссыльнокаторжан и ссыльнопоселенцев)¹⁷⁹.

Четвертым поводом служило безвестное отсутствие супруга («потеря всякого следа с места его нахождения» не менее 5 лет). Консистория после подачи прошения о разводе производила как бы «всероссийский розыск»: рассылала через полицию повестки родителям и родственникам супругов, а равно и другим лицам, могущим иметь необходимые сведения, наводила справки «административным порядком», публиковала в «Церковных ведомостях» «сообщения» о возбужденном иске¹⁸⁰.

¹⁷⁷ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 604.

¹⁷⁸ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 371.

¹⁷⁹ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 354. Подробнее об этом см. также: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 96–98.

¹⁸⁰ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 605.

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

Браки католиков расторжению не подлежали. Наибольшая легкость развода существовала для лиц евангелического вероисповедания (лютеран): дополнительными основаниями признавались «неизлечимая прилипчивая и крайне отвратительная болезнь», сумасшествие, развратная жизнь и противоестественные пороки, жестокое и угрожающее опасностью обхождение, намерение лишить супруга чести, свободы или ремесла. Для нехристиан сверх поводов, допускавшихся их верою, основанием к разводу служило присоединение одного из супругов к христианству¹⁸¹.

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

§ 4. Брачное право XX в.

В начале XX в. более активно формировались предпосылки для изменения традиционных представлений о брачном праве на основе научных дискуссий и общественного мнения второй половины XIX в. Так, некоторые представители православного духовенства предлагали передать светским органам (например, нотариусам), по крайней мере, функцию проверки условий вступления в брак, если уж не самую функцию совершения последнего¹⁸².

Развивалась идея гражданского брака. Еще 19 апреля 1874 г. был принят закон о браке раскольников. Последний приобретал законную силу посредством записи его в метрическую книгу. Метрические книги о рождении, браке и смерти раскольников велись в городах и уездах местными полицейскими управлениями, а в сто-

¹⁸¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 606–607.

¹⁸² См.: Полянский П.Л. Личные права и обязанности супругов в советском семейном праве // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2006. № 5. С. 51.

лицах – участковыми и частными приставами¹⁸³. 17 апреля 1905 г. Указом «Об укреплении начал веротерпимости» стали допускаться браки православных со старообрядцами и сектантами¹⁸⁴.

Еще одна тенденция, по мнению П.Л. Полянского, состояла в постепенном «расшатывании» взаимных личных прав и обязанностей супругов, в частности идеи об обязательном совместном жительстве. Поскольку мужья зачастую не только не содержали своих жен «по состоянию и возможности», как предписывал Устав Благочиния, но и не предоставляли даже самого необходимого, выявлялись случаи заражения жен венерическими заболеваниями и другие обстоятельства, делавшие совместное проживание крайне тяжелым (если не невозможным), законом от 12 марта 1914 г. было позволено проживать супругам раздельно. Жены получили возможность при таковом проживании наниматься на работу, поступать в частную, общественную и правительственную службу и учебные заведения без согласия мужей¹⁸⁵.

Произошли некоторые либеральные подвижки в бракоразводном процессе. Высочайшим соизволением, закрепленным указом Синода, 28 мая 1904 г. было отменено пожизненное безбрачие супруга, уличенного в первый раз в прелюбодеянии. 1 мая 1917 г. определением Синода была упрощена бракоразводная процедура¹⁸⁶. Временное правительство в мае 1917 г. создало особое совещание из крупнейших юристов для подготовки закона «О поводах к разводу»¹⁸⁷.

Еще во второй половине XIX в. появились женские гимназии. Затем были организованы высшие женские курсы, медицинские и педагогические институты, женские профессиональные курсы – коммерческие, сельскохозяйственные, юридические и т.д.¹⁸⁸ Ро-

¹⁸³ См.: Суворов Н.С. Гражданский брак // Юридическая библиотека. 1896. № 11. Подробнее о гражданском браке см. в § 5 гл. II.

¹⁸⁴ См.: Полянский П.Л. Указ. соч. С. 51.

¹⁸⁵ Там же.

¹⁸⁶ Там же. С. 52.

¹⁸⁷ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 62.

¹⁸⁸ Подробнее об этом см., например: Хасбулатова О.А. Российская гендерная политика в XX столетии: мифы и реалии. Иваново, 2005. С. 32–34.

ждались и набирали силу различные течения за эмансипацию женщин, в том числе в сфере брачного и семейного права. При этом состояние общества в женском вопросе было противоречиво – патриархально, либерально, социал-демократично.... Этот своеобразный социокультурный контекст отразил в своем выступлении в 1906 г. с трибуны первой Государственной думы известный русский юрист, профессор права и депутат Л.И. Петражицкий: «Если наши положения относительно участия женщин в управлении, относительно государственной службы... и т.д. сделаются законом, то наивно было бы думать, будто бы на основании этих законов получится фактическое равенство женщин... Лишь сравнительно немногие женщины, лишь особенно и чрезвычайно дельные и выдающиеся, чем конкурирующие с ними ... мужчины, фактически достигают соответственных прав. Прочих же будут оттеснять менее дельные, менее талантливые, имеющие в свою пользу меньше заслуг мужчины, даже те, единственные заслуги коих состоят в том, что они мужчины»¹⁸⁹.

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

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

Прежде всего существенно изменился социальный, в том числе семейный, статус российских женщин. Этим принципиально отличается «история женщин» в России от «истории женщин» Запада в XX в. На Западе, отмечает О.А. Хазова, женщины «отвоевывали» себе равенство на протяжении длительного времени

¹⁸⁹ Петражицкий Л.И. О пользе политических прав женщин. СПб., 1907. С. 6–7.

и «по кусочкам», причем сознательно, понимая, за что борются в ходе «тихой женской революции». В России освобождение женщин из-под власти мужчин и от сословного неравенства произошло именно революционно и не тихо, сверху, почти принудительно, формально-юридически – в полном объеме¹⁹⁰. (Добавим: «знамя освобождения» было отнюдь не в женских руках, и цели преследовались иные; борьба за женщин велась большевиками сознательно и прагматично, по принципу «не за нас – так против нас»¹⁹¹. А.М. Коллонтай и И. Арманд уверяли женщин-работниц, что они имеют общие интересы как «пролетарки» с мужчинами-пролетариями, а не с буржуазными феминистками, которые преподносили требования работниц к обществу «в образе голых безжизненных формул абсолютного равноправия мужчин и женщин во всех областях жизни и на всех поприщах. ...менее сознательная работница все еще цепляется за юбки суфражисток и готова поддерживать принцип женского равноправия, хотя бы в ущерб интересам своего класса». Далее А.М. Коллонтай отмечала, что внутри рабочих организаций боролись две точки зрения: женский труд – отклонение от нормы и, наоборот, – ступень к освобождению женщины; книга Бебеля «Женщина и социализм» (1879 г.) раскрыла тесную связь между женским вопросом, потребностями женщин и общеклассовой целью рабочих¹⁹².)

При этом в качестве ориентира и образца для строительства новой семьи были взяты отношения, типичные для семьи дореволюционного рабочего – отрицались как черты традиционной крестьянской семьи, так и дворянской и буржуазной (не только с их недостатками, но и их достоинствами)¹⁹³. Российское общество не было к этому готово ни идеологически, ни психологически, ни

¹⁹⁰ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Л.Н. Завадской. М., 2001. С. 92–93.

¹⁹¹ Подробнее см.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 49–51; Воронина О.А. Феминизм и гендерное равенство. М., 2004. С. 232–238.

¹⁹² См.: Коллонтай А. Как борются работницы за свои права. М., 1919. С. 13–14.

¹⁹³ См.: Пушкарева Н.Л. Женщина в российской семье... С. 192.

экономически – ни социум, ни семья, ни индивиды (мужчина и женщина).

«Добиваться разрешения женского вопроса, – подчеркивала А.М. Коллонтай, – значит добиваться замены старого мира новым миром общественного труда, братской солидарности и радостной свободы»¹⁹⁴. «Радостную свободу» российские женщины получили вместе с Гражданской войной, последовавшей за Второй мировой. Между тем, размышляя о последствиях последней, та же А.М. Коллонтай в другой своей работе констатировала: война 90 женщин из 100 вынудила искать прокорм для себя и детей в тяжком труде; из-за дороговизны и полного недостатка продуктов, изматывающих очередей они «спешили сами потушить домашний очаг, предпочитая пользоваться общественными столовыми»; ...«уход женихов и возлюбленных на войну, страх за участь любимого человека послужили естественным поводом к росту числа внебрачных младенцев»¹⁹⁵. Очевидно, что последствия Гражданской войны были не менее разрушительны, хотя об этом автор не пишет.

Так или иначе, заявив революционные лозунги о равноправии женщин и мужчин, большевики с первых же декретов советской власти начали выстраивать к тому формально-юридические предпосылки. «И уже не жалкие заплаты на обветшалой одежде буржуазного семейного строя, – отмечал Г.М. Свердлов, – а революционное провозглашение новым правом принципов построения семьи высшего типа – семьи социалистической – вот что перенесло это право на целую эпоху вперед, вот что не только сбросило в мусорную яму истории царское, дореволюционное семейное законодательство, но и оставило далеко позади себя все без исключения буржуазные системы права»¹⁹⁶.

Действительно, в декабре 1917 г. в «Газете Временного рабочего и крестьянского правительства» были опубликованы два исторических декрета: «О гражданском браке, о детях и о ведении

¹⁹⁴ См.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 50.

¹⁹⁵ См.: Коллонтай А. Указ. соч. С. 4–5.

¹⁹⁶ Свердлов Г.М. Советское семейное право. М., 1958. С. 59.

книг актов гражданского состояния» (от 18 декабря) и «О расторжении брака» (от 19 декабря – соответственно в № 57 и 36)¹⁹⁷.

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

Положения обоих декретов акцентировали свою защиту прежде всего на интересах женщин как социально и экономически более слабых, что, впрочем, понятно из-за наличия соответствующей дискриминации этих интересов и прав в дореволюционном семейном (гражданском) законодательстве. Этот акцент, по мнению О.А. Хазовой, был в значительной мере утерян спустя несколько лет. (Кстати, когда через несколько лет развод стал обычным явлением, в народе, отмечает автор, даже появились частушки о его «освободительном» значении: «Советская власть, мужа не боюся: если будет плохо жить, пойду разведуся»¹⁹⁸.)

Несмотря на труднейшую ситуацию в стране по всем параметрам политического и социально-экономического бытия, «дело декретов» было вскоре продолжено принятием 16 сентября 1918 г. ВЦИК 5-го созыва Кодекса законов РСФСР об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве

¹⁹⁷ См.: СУ РСФСР. 1917. № 10 (ст. 152), № 11 (ст. 160).

¹⁹⁸ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства. С. 99.

(далее – Кодекс 1918 г.)¹⁹⁹. Именно семья явилась первым объектом кодифицированного регулирования (справедливости ради следует, впрочем, заметить, что его первенство перед другими кодексами объясняется комплексом объективных и субъективных причин – не во всем позитивного свойства).

Кодекс 1918 г. систематизировал и публично закрепил принцип гендерного равенства (разумеется, без употребления этого термина – последний, как правило, не используется и в новейшем законодательстве): 1) свободу выбора места жительства, сохранения своего гражданства, альтернативность в определении брачной фамилии; 2) раздельность имущества с правом любых «межсупружеских» имущественных договоров, не умаляющих, однако, статуса супругов; 3) взаимные обязательства по алиментированию (в отличие от декрета 1917 г., ориентированного только на право бывшей жены); 4) равные родительские права при равенности статуса «брачных» и «внебрачных» детей.

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

«Материальные» условия вступления в брак сводились к следующим: а) брачный возраст: для женщин – 16 лет, мужчин – 18 лет; б) здравость ума; в) единобрачие; г) отсутствие родства (по прямой восходящей и нисходящей линии и боковой первой степени – между полнородными и неполнородными братьями и сестрами (архилиберальный запрет, принципиально отличавшийся от глубины прежнего запрета по родству, свойству и духовному родству); д) взаимное согласие; е) разное вероисповедание, монашество, состояние в иерейском или дьяконском сане, обет безбрачия – не препятствуют супружескому союзу (ст. 66 – 73). Несоблюдение указанных правил влекло судебное признание его недействительности (ст. 74 – 84). Единственным основанием развода объявлялось «как обоюдное согласие обоих супругов, так и желание од-

¹⁹⁹ Отечественное законодательство XI – XX веков. Ч. 2. М., 1999. С. 56–64.

ного из них развестись» (ст. 87). «Бесспорный развод производится судом или органом ЗАГС – по выбору супругов» (ст. 91).

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

«Изменения, – отмечает О.А. Хазова, – внесенные в семейные отношения в России менее чем за год, по своей значимости могут быть сравнимы только с теми реформами, которые имели место на Западе лишь в 60-х – начале 70-х гг.» XX в.²⁰⁰

Д.И. Курский в своем докладе «О браке, семье и опеке» на 2-й сессии ВЦИК XII созыва 17 октября 1925 года подчеркивал международный резонанс данного акта и, в частности, приводил пример подобного рода: директор института сравнительного правоведения в Лионе Ламбер издал по этому поводу книгу, где отметил, что «Советский кодекс осуществляет полностью программу феминистов ... Он строит союз тела и душ вместо союза имущества, каковым является буржуазный брак, ... уничтожает право мужчины навязывать женщине свою фамилию, навязывать свою волю в вопросах воспитания детей, он уравнивает ее имущественные права и, таким образом, производит коренной переворот в этом деле»²⁰¹.

В 1924 г. за месяц, взятый произвольно, было совершено браков по церковному обряду 704, а в Московском отделе загса – 1 812 (71%). Разумеется, в губерниях пропорции пока были другими. Тем не менее и там к Кодексу 1918 г. обращались достаточно часто. Так, в одной из самых глухих волостей Костромской губернии, взятой для обследования, из 78 дел около половины «портфеля народного судьи» занимали дела семейные: 16 – о разводе, 3 – об алиментах, 14 – о семейных разделах²⁰².

²⁰⁰ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства. С. 101.

²⁰¹ См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 243–244.

²⁰² Там же. С. 242–243.

Концепция решения женского вопроса в бытовом контексте содержала комплекс предложений по раскрепощению женщин (в значительной степени – утопических): электрическое освещение и отопление избавит «домашних рабынь» от необходимости убивать три четверти жизни на смрадной кухне²⁰³, тем более после создания широкой сети общественных кухонь и общественных столовых и прачечных; детские ясли и сады позволят освободить женщину от огромных энергетических затрат физической и иной заботы о ребенке, а также воспитывать ребенка профессионально, со знанием дела, а не на основе стихийной материнской любви, которая, впрочем, полностью не исключается²⁰⁴.

Анализируя эти малореалистичные идеи и попытки их воплощения в жизнь, О.А. Хасбулатова приходит к выводу, что прагматичные политики того времени увидели в обобществлении домашнего хозяйства средство решить проблемы продовольственного снабжения населения, удешевления жилищного строительства и его обслуживания и, что еще важнее, – задачу подчинения интересов личности и отдельной семьи интересам государства²⁰⁵. А.М. Коллонтай писала, что семья с точки зрения организации хозяйственных отношений «должна быть признана не только беспомощной, но и вредной ...»²⁰⁶.

В то же время А.М. Коллонтай допускала определенную свободу любовных взаимоотношений мужчины и женщины (впрочем, отнюдь не в духе известной «теории стакана воды»): общество «должно научиться признавать все формы брачного общения, какие бы непривычные контуры они ни имели, при двух условиях: чтобы они не наносили ущерба расе и не определялись гнетом экономического фактора...»; возможны и последовательная моногамия, и «целая гамма различных видов любовного общения полов в пределах «эротической дружбы»; она предлагала женщинам не сводить жизнь к любовным эмоциям и семье как единственному смыслу жизни, а распахнуть врата жизни всесторонней, научиться

²⁰³ См.: Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 23. С. 94–95.

²⁰⁴ Подробнее см.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 100–106.

²⁰⁵ Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 101–103.

²⁰⁶ Коллонтай А.М. Новая мораль и рабочий класс. Пг., 1919. С. 18.

выходить из ее конфликтов, в том числе и любовных, «подобно мужчине, не с помятыми крыльями, а с закаленной душой»²⁰⁷.

Именно эти взгляды известной большевички были скорее сродни европейскому феминизму (что она отрицала), нежели российскому социал-демократизму, они получили негативную оценку со стороны товарищей по партии. (Валери Брайсон, анализируя труды А.М. Коллонтай, подчеркивает, что ее идеи о свободе любви являются не проповедью случайных связей или «теорией стакана воды» (как полагал В.И. Ленин по воспоминаниям К. Цеткин), а скорее попыткой «распространить марксистскую теорию на сферы жизни, которые прежде считались теоретически неинтересными и практически неважными»²⁰⁸).

По мысли О.А. Ворониной, видимая прогрессивность ранне-советской эмансипаторской практики не меняла истинного смысла этих преобразований: не эмансипация женщин как таковая была главной целью гендерной политики, а построение гендерной системы нового типа, разрушение жесткой экономической и правовой зависимости женщин от власти мужчин (отцов и мужей) со стороны государства способствовало переподчинению женщины непосредственно самому государству, выравниванию ее трудовой энергии с трудовой энергией мужчины²⁰⁹.

Тем не менее, в отличие от многих других отраслей, семейное законодательство еще некоторое время продолжало развиваться в прогрессивном направлении. Была начата подготовка проекта нового кодекса, положения которого активно обсуждались общественностью.

Наибольшее внимание привлек к себе вопрос о значении регистрации брака, а следовательно, о его юридическом признании фактического супружеского союза. Первая была объявлена явлением временным – способом борьбы с церковным браком, второй – сущностно сопоставимым с «законным» браком, а защита его – необходимостью обеспечения интересов все еще нередко уг-

²⁰⁷ См.: Коллонтай А.М. Любовь и новая мораль // Философия любви: Сб. М., 1990. Ч. 2. С. 38–41.

²⁰⁸ Подробнее см.: Хасбулатова О.А. Указ. соч. С. 108–109.

²⁰⁹ См.: Воронина О.А. Указ. соч. С. 240–241.

нетенной стороны – женщины²¹⁰. Это требовало правовой охраны фактических брачных отношений²¹¹, что и было осуществлено Кодексом законов о браке, семье и опеке 1926 г. (КЗоБСО)²¹². Статус фактических супругов (не состоящих в зарегистрированном браке) был в целом приравнен к «законному» браку (ст. 12)²¹³. Кодекс 1926 г. ввел также режим общности имущества супругов, нажитого в браке (ст. 10). Норма Кодекса 1918 г. о раздельном режиме была направлена против неравноправия женщины, против буржуазных представлений, утверждавших главенство мужа в режиме имущественных отношений супругов. Но вскоре выяснилось, писал Г.М. Свердлов, что ... провозглашение только раздельности имущества нередко ущемляет интересы трудящейся женщины, несправедливо отстраняя ее от права на то имущество, которое нажито в браке²¹⁴. Д.И. Курский уточнил мотивацию данной новеллы: «жена рабочего, хозяйка, ведет все домашнее хозяйство, занимается воспитанием малолетних детей и этим участвует в общем хозяйстве, а при разводе ничего не получает потому, что муж-рабочий, разводясь с ней, берет все с собой»; потребность общности режима выявлена еще судебной практикой 1922 г. – по делам, где жена ограничивалась работой только по обслуживанию семьи, не принося доходов извне, но производя, однако, «полезную работу, вполне соответствующую работе мужа...»²¹⁵. Таким образом, *de jure* была признана социальная ценность работы по дому (разумеется, если ею занимался муж, в порядке «эксклюзива» отношений, новелла была призвана защитить и его интересы; с формально-юридической точки зрения запрещался и вариант равноправной «гармонии» в домашнем труде...).

Через 10 лет после принятия Кодекса, одного из самых либеральных семейных законов России (а в мировом масштабе и в те

²¹⁰ Подробнее об этом см. в параграфе о фактическом браке.

²¹¹ См.: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 72.

²¹² СУ РСФСР. 1926. № 82. Ст. 611.

²¹³ Подробно о дискуссии при подготовке КЗоБСО 1926 г. см. в § 5 гл. II.

²¹⁴ Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 75–76.

²¹⁵ Курский Д.И. Указ. соч. С. 262, 270–271.

времена – архилиберального), идеология и методология семейно-правового регулирования стала кардинально меняться: возобладали публично-правовые начала и содержательная жесткость нормативных предписаний. 27 июня 1936 г. было издано постановление ЦИК и СНК СССР «О запрещении аборт, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах»²¹⁶. Г.М. Свердлов подчеркивал, что оно «представляло собою одно из ярчайших проявлений культурно-воспитательной функции социалистического государства»²¹⁷. Разумеется, та часть постановления, которая предполагала цель улучшения демографической ситуации и укрепления семьи позитивными методами (пособиями на ребенка, фиксированными размерами алиментов в процентах, даже некоторым усложнением процедуры развода), в целом и имела положительный вектор развития. Однако запрет абортов (отмененный, кстати, Указом Президиума Верховного Совета СССР от 23 ноября 1955 г.) в слабо-развитой стране, как справедливо подчеркивает М.В. Антокольская, население которой не имело даже самых элементарных представлений о планировании семьи, привело к их массовой криминальной составляющей с тяжелыми последствиями²¹⁸; страх уголовного наказания (уголовная ответственность была введена в отношении как «исполнителей», так и «заказчиков» операции) – к многочисленным смертям женщин из-за обращения за медицинской помощью в случае тяжелых осложнений после аборта. Суждения ряда юристов 30 – 50-х годов, отмечает М.В. Антокольская, цитируя в качестве примера, в частности, выдержки из научной статьи Г.М. Свердлова, напоминают скорее образцы идеологем героев Дж. Оруэлла, нежели теоретические работы по семейному праву²¹⁹.

²¹⁶ СЗ СССР. 1936. № 34. Ст. 309.

²¹⁷ Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 78.

²¹⁸ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 73–74.

²¹⁹ Там же. С. 76.

(«Новый запрет, – внешне сдержанно констатирует М. Арбатова, – Россия ввела одновременно с фашистской Германией. С 1936 по 1955 год за криминальные аборт было осуждено и расстреляно 500 тыс. врачей и женщин, статистика умалчивает, сколько погибло от криминальных абортов»²²⁰.)

В условиях усиливающейся реакции в «книгу жизни» в духе Дж. Оруэлла продолжали вписываться новые страницы и среди них – ярчайшая по своей негативной энергетике – Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. – с названием, отражающим лишь незначительную, пусть и важную, часть его содержания: «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении почетного звания "Мать-героиня" и учреждении ордена "Материнская слава" и медали "Медаль материнства"»²²¹.

По точной характеристике М.В. Антокольской, указ мгновенно отбросил наше законодательство на столетие назад²²², его негативные последствия сказались на многих поколениях²²³. В категорическом негативе оказалась триада: брак, развод, внебрачное родительство.

Во-первых, за скобки правовой защиты был выведен фактический брак. В юридической литературе зазвучали мотивы о государственном подходе к браку²²⁴. Так, Н.В. Рабинович писала, что «брак есть не частное дело людей, а правовой институт, который имеет крупнейшее общественное значение» и потому не может «происходить без участия государственной власти»; к тому же «культурное развитие женщины и рост ее материальной самостоятельности устраняет потребность в особой охране ее на случай вступления в незарегистрированные брачные отношения»²²⁵.

²²⁰ Арбатова М. Феминизм // Известия. 1998. 19 февр. С. 5.

²²¹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1944. № 37.

²²² Антокольская М.В. Указ. соч. С. 77.

²²³ См.: Нечаева А.М. Семейное право. М., 1998. С. 79

²²⁴ См.: Полянский П.Л. Указ. соч. С. 74.

²²⁵ Рабинович Н.В. Спорные вопросы советского социалистического семейного права // Ученые записки ВЮЗИ. М., 1948. С. 60–61.

В.И. Бошко также полагал, что общественно-политическое значение указа трудно переоценить: изданный «в сложной обстановке войны, он с новой силой и предельной ясностью выразил исключительную заботу Советского государства об укреплении семьи, о детях и матерях...»²²⁶.

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

П.Л. Полянский сравнивает положение данного указа о разводе с бракоразводной процедурой до 1917 г.: роль, которую до октября 1917 г. играла духовная консистория, теперь досталась народному суду²²⁷. В Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16 сентября 1949 г. № 12/81/У предписывалось, что расторжение супружеского союза допустимо, если заявление «вызвано глубоко продуманными и обоснованными причинами и... дальнейшее сохранение брака будет противоречить принципам коммунистической морали...»²²⁸. Одностороннее или даже обоюдное желание прекратить брак не являлось, с точки зрения Верховного Суда 40 – 50-х годов, достаточным основанием для положительного решения. Если суд приходил к выводу, что для расторжения брака нет оснований, он должен был разъяснить супругам неосновательность мотивов, на которые они ссылаются, «помочь им прийти к примирению и тем самым сохранить семью». При несоблюдении народным судом правил по примирительному производству вышестоящий суд отменял его определение и возвращал дело для выполнения всех мер к примирению супругов. При рассмотрении дела о расторжении брака по суще-

²²⁶ См.: Бошко В.И. Очерки советского семейного права. Киев, 1952. С. 69.

²²⁷ См.: Полянский П.Л. Указ. соч. С. 74.

²²⁸ Судебная практика Верховного Суда СССР. 1949. № 11. С. 1–4.

ству областные (краевые, республиканские) суды не должны были ограничиваться материалами народных судов, а были обязаны по собственной инициативе выяснить действительные мотивы развода²²⁹. Однако П.Л. Полянский подчеркивает, что все же за внешним сходством подходов к исключительности развода скрывались совершенно разные основания: задачей канонического права являлось поддержание своеобразной «половой дисциплины», обеспечение священности супружества или божественного таинства²³⁰; истоком «реабилитации» брака в 40-е гг. являлось «желание советского государства укрепить семейные связи»²³¹.

Поставить точку в вопросе о сущности брака, исключительности развода, лично-правовом и имущественно-правовом статусе супругов должны были Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье, проекты которых в духе 30 – 40-х годов были разработаны еще при жизни И.В. Сталина. Однако его смерть, события XX съезда КПСС, временное упразднение Минюста (1956 г.) и другие обстоятельства оттянули принятие Основ до 1968 г.²³² Истинно «драконовской» мерой явились и положения указа о внебрачных детях – не допускалось ни добровольного, ни судебного признания отцовства, в графе «отец» ставился прочерк²³³.

Через 35 лет после принятия указа от 8 июля 1944 г. известный социолог семьи А.Г. Харчев, обобщая тенденции семейного законодательства того периода и отвечая на критику последнего западными социологами, писал, что никакого отрицания позиций 1926 г. Указом 1944 г. не произошло: в переходный период «на первом месте стояли задачи преодоления экономического и нравственно-правового неравноправия женщин в семье и обществе, а к 1944 г. эти задачи были в основном уже решены»; а самое глав-

²²⁹ См.: Постатейные материалы. Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР. М., 1953. С. 43.

²³⁰ Подробнее об этом см. в § 4 гл. II.

²³¹ Полянский П.Л. Указ. соч. С. 75–77.

²³² См.: Полянский П.Л. Указ. соч. С. 80.

²³³ Подробнее об этом см., например: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 52–54.

ное, «наряду с мерами, облегчающими и поощряющими деятельность женщин в семье, и особенно материнство, законодательство 1944 г. предусматривало и ряд мер к тому, чтобы эта деятельность не мешала производственной и общественной работе женщин (строительство женских консультаций, детских садов, яслей и т.д.)»; оно было «направлено не против участия женщин в социальной жизни, а против противопоставления социальной и семейной жизни»²³⁴. (И ни слова о безответственности мужчин! Между тем последним была предоставлена значительная свобода сексуальной жизни²³⁵ (лишь бы не разводились – за это их осуждал партком, профком и суд), им не грозило установление отцовства, алиментные обязательства и порицание за распущенность.)

Эта «про-мужская» политика, справедливо отмечает О.А. Хазова, загоняла женщину в тупик²³⁶: доступ к медицинскому аборту закрыт, отца у ребенка не будет (если только он не «пойдет на брак» или не усыновит собственного ребенка), меры государственной помощи не адекватны, а «сдача» ребенка в детдом для нормальной женщины – жизненная драма.

Перед кодификацией 1968 – 1969 гг. Указом Президиума Верховного Совета СССР от 10 декабря 1965 г. «О некотором изменении порядка рассмотрения в судах дел о расторжении брака»²³⁷ были отменены правила о публикации в газете информации о разводе и двустадийность бракоразводного процесса. Следует заметить, что за 1 год данной либерализации разводимость резко возросла. Так, в 1940 г. на 1 000 человек населения мы имели 1,1 развода, в 1950 г. (через 5 лет после принятия Указа 1944 г.) – 0,4, в 1960 г. – 1,3 (то есть больше, чем до Указа), в 1966 г. – 2,8. Резкий скачок 1966 г. объяснялся прежде всего тем, что были

²³⁴ См.: Харчев А.Г. Брак и семья в СССР. М., 1979. С. 169.

²³⁵ См., например: Максимович Л.Б. Материнство и отцовство: эволюция правового регулирования // Семейное право России: проблемы развития: Сборник обзоров и статей. М., 1996. С. 85–86.

²³⁶ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства. С. 105-106.

²³⁷ Ведомости Верховного Совета СССР. 1965. № 49. Ст. 725.

расторгнуты браки, фактически распавшиеся ранее²³⁸, что еще раз подтверждает аксиому о невозможности достижения стабильного эффекта семейно-правовыми регуляторами жесткого типа. Эта тенденция продолжалась еще несколько лет. Затем разводимость несколько снизилась, но в конце 70-х гг. снова начала расти. Однако причины были уже другие: разводы перестали осуждаться обществом, рос уровень жизни, развивалось самосознание женщин (в 65 – 70% случаев они были инициаторами прекращения брака²³⁹; «хрущевская оттепель» дала новый импульс и взаимоотношениям мужчины и женщины).

В Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье²⁴⁰ были заложены базисные предпосылки, в том числе брачного права, как для прямого их применения, так и в качестве «векторов» для 15 республиканских кодексов о браке и семье: признание браком только супружеского союза, зарегистрированного в органах ЗАГС, условия его действительности (недействительности), взаимосвязь супружеских и родительских правоотношений (вопросы воспитания детей и другие вопросы жизни семьи решаются супругами совместно), вариативность способов расторжения брака (административный, судебный), обеспечение интересов детей при разводе. Взаимосвязь супружеских и семейных отношений была подчеркнута и более поздними нормативными актами. Так, Закон СССР от 22 мая 1990 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты СССР по вопросам, касающимся женщин, семьи и детства»²⁴¹, изменил редакцию ч. 3 ст. 14 Основ 1968 г., обязав суд при рассмотрении дела о расторжении брака принимать меры не только к примирению супругов, но и к оздоровлению семейной обстановки.

²³⁸ См.: Чечот Д.М. Брак, семья, закон. Л., 1984. С. 164 – 165; Харчев А.Г. Указ. соч. С. 221–222.

²³⁹ См.: Чечот Д.М. Социология брака и развода. Л., 1973. С. 13.

²⁴⁰ Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 27. Ст. 241.

²⁴¹ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1990. № 23. Ст. 422.

Третий систематизированный акт – Кодекс РСФСР о браке и семье 1969 г.²⁴² Он явился конкретизацией для России указанных Основ и был средоточием императивных и диспозитивных начал регуляции в общем прогрессивном контексте – с некоторым, впрочем, уклоном в обеспечение публичных интересов. К числу его демократических начал следует отнести: упрощение бракоразводной процедуры (возврат к альтернативе – загс или суд), расширение согласительной сферы (соглашение об алиментах, о месте проживания ребенка и порядке общения с ним второго родителя, разделе имущества), защита социально слабого при разделе общесупружеской собственности (жизненно важных интересов детей и одного из супругов), равный статус детей, возможность добровольного признания отцовства и судебного его оспаривания или установления²⁴³.

Кодекс 1969 г., дополненный в конце 80-х – начале 90-х годов, «продержался» до 1995 г. После принятия части I ГК РФ (1994 г.), в которой были отражены результаты всестороннего реформирования российского общества, назрела острая необходимость его замены более либеральным, современным, «рыночным» законом.

²⁴² Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1969. № 32. Ст. 1086.

²⁴³ Более подробные сравнительные характеристики КоБС РСФСР 1969 г. и Семейного кодекса 1969 г. будут даны в соответствующих параграфах, посвященных современному брачному праву.

Глава II. Сущность брака.

Цивилистические концепции

Природа брака объяснялась и объясняется по-разному. Не углубляясь в пласты архидревнейшей общественной практики, в которой отношения мужчины и женщины эволюционировали от промискуитета, неупорядоченного общения полов, через агамный запрет полового общения внутри рода к групповому браку, парному браку, боровшемуся с родьей – союзом брата, сестры и детей сестры, патриархическому и, наконец, эгалитарному²⁴⁴, отметим лишь классические взгляды на брак – в пределах относительно ближней юридической истории, их современных прочтений и версий, а также теоретических новелл сегодняшнего дня.

Брак (у народа культурного), писал А.И. Загоровский, заключает в себе несколько элементов: 1) элемент естественный (физический) – вложенное природой в человека наряду с другими животными физическое влечение особей разного пола друг к другу; 2) элемент этический, заключающийся во взаимной нравственной привязанности супругов, в общении их внутреннего, духовного мира; 3) элемент экономический, порождающий хозяйственную связь, в силу которой возникает общее хозяйство мужа и жены; 4) элемент юридический, в силу которого брак является источником определенного юридического положения (статуса) лиц, связанных супружеством, и порождает для них взаимные права и обязанности; 5) элемент религиозный, подчиняющий брак правилам религии: ни одна религия не относится безразлично к браку²⁴⁵.

Классические доминанты в вопросе о главной сущности брака, в коей эти пять элементов взаимодействуют друг с другом с разной силой и значением, сводятся к триаде: брак – таинство (1), договор (2), институт особого рода (3). *Apriori* следует высказать предположение, что эти три концептуальных взгляда на иссле-

²⁴⁴ Подробно об этом см., например: Семенов Ю.И. Происхождение брака и семьи. М., 1974.

²⁴⁵ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 5.

дуемое явление совершенно не исключали друг друга в историческом контексте и не вполне исключают в современном бытии супружеского союза – степень взаимопроникновения этих «сущностей» зависит от изменчивого набора субъективных и объективных факторов. Что касается собственно юридической природы брака и, соответственно, его правовой дефиниции, то разногласия в определениях – вплоть до утверждения о невозможности дать необходимое и достаточное закрепление его сущности в законе – происходили и происходят преимущественно оттого, что в юридическом определении исследователи не довольствуются, как бы следовало, указанием лишь тех признаков, которыми супружеский союз отличается от других видов правовых отношений, стремясь уловить и исчерпать самую сущность брака²⁴⁶.

Перекидывая «мостик» к сегодняшнему дню, М.В. Антокольская совершенно справедливо отмечает, что для современного плюралистического общества тем более невозможно навязывание всем его членам единых представлений о браке – право должно охватывать лишь ту сферу брачных отношений, которая в принципе поддается правовому регулированию и нуждается в нем²⁴⁷.

§ 1. Брак – таинство

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

²⁴⁶ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 133.

²⁴⁷ См.: Антокольская М.В. Семейное право. С. 110–111.

договорных союзов, есть великая тайна глубочайшего и полнейшего духовного и телесного соединения»²⁴⁸.

Христианская церковь, полагая брак таинством, соединяющим мужа и жену для «полного неделимого общения жизни» и низводящим «на них дары Божьей благодати», неодинаково, подчеркивал Н.С. Суворов, развивала эту идею на Западе и Востоке. По католическому учению, «материю» таинства брака составляет «взаимная передача двух лиц разного пола друг другу», а форму – «те слова, действия и знаки, которыми в момент передачи выражается взаимное согласие на вступление в брак». В этом смысле формальное участие духовного лица в заключении брака несущественно – «совершители таинства суть сами супруги». Священник же, наряду со свидетелями, удостоверяет волеизъявление²⁴⁹. В развитие этого европейскими законодательствами, особенно французским (и за ним следовавшими), брак не признавался прямо таинством, а лишь рассматривался как гражданский акт²⁵⁰. (Недаром, видимо, светская форма брака на Западе была внедрена в начале XIX в., в России же – только в 1917 г., одновременно с «атеизацией» государства и общества.)

Церковная власть в конце концов уступила Гражданскому кодексу Наполеона и другим актам светской власти. Однако, как отмечал К.П. Победоносцев, совершенного согласия даже в тех странах, где возгосподствовала система гражданского брака, не достигнуто: неизбежно определенное смешение церковных и государственных понятий о браке – совершенного согласия между ними и быть не может: «где вопрос о благословлении брака церковного составляет свободный вопрос совести каждого, там возникают соблазнительные столкновения в общественных понятиях о браке, ибо может случиться, что один и тот же брак будет действителен с церковной точки зрения и недействителен с гражданской и наоборот»²⁵¹.

²⁴⁸ Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 13–14.

²⁴⁹ См.: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 319.

²⁵⁰ См.: Унгер И. Брак в его всемирно-историческом развитии. СПб., 1885. С. 147.

²⁵¹ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 19.

Почти повсеместное установление в Европе XIX в. различия брака церковного и гражданского привело к тому, подчеркивал К. Кавелин, что от всякого стало зависеть, сообразовываться ли, смотря по его внутреннему убеждению, с церковными правилами во все продолжение брачного союза и при его расторжении, однако всякий при этом обязан был в точности сообразовываться с правилами, предписанными светским законом²⁵².

Следуя православной линии христианства, российское законодательство не только в древние и средние века, но и в конце XIX – начале XX в. признавало таинство сутью супружеского союза: согласно § 116 Свода законов «брак есть *таинство*, совершенное законным соединением двух лиц различного пола, благодаря чему эти лица получают взаимное право на самые интимные брачные отношения»²⁵³.

Комментируя определение брака в Кормчей книге, исследователи выделяют три их компонента: а) установление тайны; б) ее материю и форму; в) содержание и цель супружеского союза. Их соединение рождало следующее понятие о браке: «Брак есть установленное Христом Богом таинство, в котором мужчина и женщина (материя), вследствие выраженного ими пред священником и церковью взаимного согласия быть супругами (форма), вступают в нерасторжимый союз любви и дружества для взаимной помощи, для избежания греха любодеяния и для рождения детей к славе Божией» (содержание и цель брака)²⁵⁴.

В новейшей русской теологии, отмечал Н.С. Суворов, получил господство взгляд, что «не самый брак, как союз, есть таинство, а церковное священнодействие»²⁵⁵. Отсюда были неизбежны выводы о непризнании таинством браков раскольников, браков нехристиан и т.д. В то же время в число дозволенных

²⁵² См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 34–35.

²⁵³ См.: Унгер И. Указ. соч.

²⁵⁴ См.: Сивохина С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2006. С. 68. См. также: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004. С. 320.

²⁵⁵ Там же.

последовательно трех браков включались и те, которые впоследствии признавались недействительными. С этой идеей, с точки зрения автора, было трудно примириться: брак с сумасшедшим, с близким родственником, с другой женой при наличии первой – может ли быть церковным таинством, изображающим союз Христа с церковью на том основании, что брак был обвенчан?²⁵⁶ Не без противоречий являлся нам с XVIII в. в этом смысле и «решительный перевес в политическом отношении над церковью» государства – с принятием ее в свою опеку как подчиненного учреждения. Именно с этого времени российское государство начало «поставлять свои законы» о браке, обязательные и для церкви. Брак оставался подлежащим ведомству церковному как таинство: совершение брака, признание его законности и расторжение. Договорная сторона брака подлежала ведомству светской власти²⁵⁷.

Религиозные и нравственные сущности брака рассматривались многими цивилистами старой российской школы, как правило, в единстве. «С точки зрения религии, писал Д.И. Мейер, брак представляется учреждением, состоящим под покровительством божества; по учению же православной церкви – даже учреждением, совершаемым с его участием, – таинством. Равным образом и закон нравственный, – продолжал автор, – независимо от религии, принимает в свою область учреждение брака и признает его союзом двух лиц разного пола, основанным на чувстве любви, который имеет своим назначением – восполнить личность отдельного человека, неполную в самой себе, личностью лица другого пола»²⁵⁸. Поэтому явление брака, находящееся под влиянием религиозных и этических понятий, не вошло сполна в среду права, подчинилось не только светскому законодательству, но и законодательству церковному, а также внушению нравственного закона. (Именно эту-то смешанную природу брака подчеркивает общеизвестное определение римского юриста Модестина, перешедшее в Кормчую книгу, где оно выражено так: «Брак есть му-

²⁵⁶ Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004.

²⁵⁷ См.: Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 19–20.

²⁵⁸ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 348.

жеви и жене сочетание, событие во всей жизни, божественная и человеческая правды общение»²⁵⁹.)

В.С. Соловьев отмечал: «В нашей материальной среде *нельзя сохранить истинную любовь, если не понять и не принять ее как нравственный подвиг*. Недаром православная церковь в своем чине брака поминает святых мучеников и к их венцам приравняет венцы супружеские»²⁶⁰.

Отец Сергей Булгаков подчеркивает единение духовного, нравственного и естественного начал, утверждает, что полнота образа Божия связана с двуполостью человека и что «полный образ человека есть мужчина и женщина в соединении в духовно-телесном браке, девственное соединение любви и супружества есть "внутреннее задание христианского брака"»²⁶¹.

Современные исследователи-правоведы отмечают, что постижение смысла брака как одного из христианских таинств без глубокой веры в Бога крайне затруднительно (если не невозможно). С учетом того, что «современная наука не может ни доказать, ни опровергнуть его существования, даже в границах агностического или атеистического мировоззрения кажется очевидным, что брак как взаимопроникновение души, гармоничное единение, символизирующее союз Христа и Церкви, располагается скорее в среде должного, нежели сущего»²⁶².

В той своей части, которая лежит в религиозно-этической или просто этической среде, справедливо замечает М.В. Антокольская, брак может рассматриваться «как таинство, как мистический союз, как союз, предполагающий наиболее полное общение» – все это находится за границами права и составляет сугубо личное дело каждой супружеской пары²⁶³.

²⁵⁹ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 348–349.

²⁶⁰ Цит. по: Кудрина С.А., Филькин А.Н. Мужчина – женщина – любовь: печать греха или тайна вечности? Ярославль, 1997. С. 74.

²⁶¹ Там же. С. 53, 55.

²⁶² См.: Сивохина С. В. Указ. соч. С. 70.

²⁶³ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 111.

§ 2. Брак – договор

Терминологическая близость конструкций «брак как договор» и «брачный договор» (а в странах романской филологии и совпадение) отнюдь не ведет ни к смешению, ни к противопоставлению понятий и обозначаемых ими явлений, хотя и предполагает общность их природы²⁶⁴. Первый воспринимается как правоотношение преимущественно лично-правового порядка, второй – имущественно-правового. И тут, и там присутствуют элементы «согласительности». Кроме того, рядом находится и третья конструкция: договор, соглашение о заключении брака (сговор, выкуп за невесту, обручение, помолвка и т.д.).

Теория брака как договора берет свое начало в Древнем Риме. В римском праве классического периода все основные формы брака являлись гражданскими сделками (консенсуальной сделкой двух индивидов разного пола без обязательной огласки, влекшей гражданско-правовые последствия). Долгое время, правда, сосуществовали две существенно отличные формы брака – *matrimonium cum manu* (с установлением власти мужа над личностью жены) и *matrimonium sine manu* (без таковой власти – свободный брак, зиждущийся на свободном соглашении мужа и жены, – свободном прекращении желанием обоих или одного из супругов) и ставший преобладающим в классический период Римской республики²⁶⁵. (Исследуя именно брак *sine manu*, И. Унгер отмечал, что «единственным успехом женского пола в римском мире был успех равенства»²⁶⁶.)

Новую энергетику концепция брака как договора получила при секуляризации брака, то есть отделении гражданского акта бракосочетания от церковной процедуры бракосочетания и канонического права и распространении на супружеские отношения

²⁶⁴ См., например: Сивохина С. В. Указ. соч. С. 12.

²⁶⁵ См.: Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 452–453; Римское частное право / Под. ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2006. С. 104–106; Франчози Дж. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 168.

²⁶⁶ См.: Унгер И. Указ. соч. С. 76.

норм гражданского права. Хотя, как мы уже отмечали, окончательно это произошло в Европе начала XIX в., первая светская форма брака была введена в Голландских Штатах в 1580 г.: господствующим вероисповеданием стало реформаторское, которое проявляло к религиозным «диссидентам» недостаточно терпимости, принуждая их венчаться по реформаторскому обряду, — для не желавших подчиняться правительство разрешило в конце концов регистрировать брак у государственного чиновника (А.И. Загоровский называл его «вынужденным» гражданским браком²⁶⁷). В Англии гражданский брак впервые был введен законом от 24 августа 1653 г., в правление Кромвеля (довольно сложная процедура завершалась утверждением союза мировым судьей), однако был отменен после вступления на престол Карла II. Лишь в 1837 г. законодательно регистрация рождений, браков и смерти была изъята у духовенства и подчинена светским чиновникам. Во Франции предварительные и противоречивые попытки узаконить браки «диссидентов», прежде всего протестантов-гугенотов, наблюдались с конца XVI в. (например, путем заявления о союзе перед нотариусом). Окончательное тяготение французского законодательства к гражданскому браку наметилось законом Людовика XVI (1787 г.). А.И. Загоровский подчеркивал последовательность соответствующих рассуждений: если авторитет церкви несомненен над браком как таинством, то столь же несомненен авторитет государства над браком как договором. Французская Конституция 14 сентября 1791 г. провозгласила, что «закон не рассматривает брак иначе, как гражданский договор» (ст. 7). В 1792 г. был издан соответствующий закон²⁶⁸. И наконец, положения о гражданской форме брака и его договорной сущности вошли в Гражданский кодекс 1804 г. (именуемый «Кодексом Наполеона») — с минимумом требований к условиям его заключения, типичными обязательственными элементами и возможностью расторжения по взаимному согласию (впрочем, отнюдь не на основе равноправия супругов). Брак стал рассматриваться как «в чистом виде гражданско-правовая сделка», что было воспри-

²⁶⁷ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 30.

²⁶⁸ Подробнее об этом см.: Там же. С. 31.

нято европейской теорией права и цивилистическими доктринами многих европейских государств²⁶⁹.

Договорная концепция базируется прежде всего на трех постулатах, создающих образ брака-договора: требованиях к его форме и условиях действительности, возможности получения возмещения убытков в результате расторжения брака по вине одного из супругов, а также права уйти от законного имущественного режима и предусмотреть режим договорный²⁷⁰. Однако и среди классиков концепции, на наш взгляд, полной уверенности в тождестве брака и договора нет. Так, Л. Жюллио де ла Морандьер определяет брак как «заключаемый в установленной законом форме гражданский договор, который соединяет мужчину и женщину для совместной жизни...». И далее отмечает, что перед нами договор-предпосылка, заключаемый свободно, но имеющий императивные последствия, устанавливающие гражданское состояние не только для супругов, но и других лиц – детей, родственников, посторонних, то есть договор, имеющий абсолютную силу²⁷¹.

Л. Жоссеран определял брак как официально заключенный в соответствии с гражданским законодательством союз мужчины и женщины. Из этого следовало, что: 1) брак есть договор; 2) этот договор заключается в официальном торжественном порядке; 3) рассматривается как общность лиц; 4) отнесен к ведению гражданского закона. Ж. Юбрехт и Ж. Вермель, толкуя ст. 13 Французского гражданского кодекса, отмечают, что брак есть гражданский договор и торжественный акт, посредством которого мужчина и женщина объединяются, чтобы жить вместе и создать семью, которой они обеспечат совместную моральную и материальную поддержку²⁷². (Нетрудно заметить, что, в отличие от позиции Л. Жоссерана, последнее суждение не сводится в полной мере к трактовке супружеского союза как гражданско-правового

²⁶⁹ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 26–30.

²⁷⁰ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.А. Васильева. М., 2005. С. 517–518.

²⁷¹ Жюллио де ла Морандьер Л. Гражданское право Франции. М., 1958. С. 323.

²⁷² См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 41–42.

договора – скорее речь идет о брачном соглашении как предпосылке брачного правоотношения.)

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

Оговорки о договорной природе брака делались либо в связи с одним из важнейших его условий – взаимном согласии сторон («в основании брака лежит согласие...»; «участники брачного договора должны быть лица разного пола...»)²⁷³, либо в связи с примерами из обычного гражданского права. Однако были и прямые сторонники данной теории. Так, И.Г. Оршанский утверждал, что крестьянский брак – не таинство, а договор двух семей типа купли-продажи²⁷⁴. В принципе на это указывал и К. Кавелин²⁷⁵. (Впрочем, корни подобного представления мы находим еще у древних славян²⁷⁶.) П. Ефименко категорически подчеркивал, что крестьянская семья – это своего рода хозяйственная ассоциация, поэтому и брак у крестьян составляет не более как имущественную сделку, сопровождаемую обрядовыми действиями²⁷⁷. Существо брака как имущественной сделки доказывалось И.Г. Оршанским следующими аргументами: 1) брак производит перемещение ценности – рабочей силы женщины – из рук родителей в руки жениха; 2) это, как правило, предшествуется или сопровождается соглашением об имущественных взносах на хозяйство; 3) браки устраиваются родителями, где жених и невеста, особенно последняя, – предмет покупной сделки²⁷⁸.

С.В. Пахман, категорически не согласившийся с подобной трактовкой брака на примере крестьянского супружеского союза,

²⁷³ См., например: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 586–587.

²⁷⁴ См.: Оршанский И.Г. Исследования по русскому праву обычному и брачному. СПб., 1879. С. 285.

²⁷⁵ См.: Кавелин К. Указ. соч. С. 40.

²⁷⁶ См. § 1 гл. I.

²⁷⁷ См.: Ефименко П. Семья архангельского крестьянина по обычному праву // Судебный журнал. 1873. Кн. 4. С. 33.

²⁷⁸ См.: Оршанский И.Г. Народный суд и народное право // Журнал гражданского и уголовного права. 1875. № 3. С. 131–133.

наиболее основательно в российской цивилистике конца XIX в. подверг ее критике.

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

В подтверждение вещного значения невесты приводились обыкновенно соображения, что при ее выборе основное внимание обращается не на ее склонность к суженому и привлекательность, а на состояние и трудолюбие (годность рабочей силы), что любовь и вообще нравственные чувства почти не играют роли в брачном союзе крестьян²⁷⁹. Нет сомнения, отмечал С.В. Пахман, что хозяйственный расчет в крестьянских браках, как, впрочем, и у других сословий, – дело не последнее, однако есть немало сведений о значимости и наружности невесты, и склонности ее к жениху! По мнению автора, и требование целомудрия (а затем – верности) вряд ли характеризует женщину как вещь (если только не объяснять это свойством вещного права – исключительным обладанием предметом собственности)²⁸⁰.

Во-вторых, полагал ученый, при «всей шаткости нашей юридической терминологии не было бы до известной степени ничего противного существу дела, если бы под сделкой разумелось вообще соглашение». Если брак – это договор, обязательство, то он должен исполняться в определенный срок. Между тем брак – союз постоянный, в принципе пожизненный (несмотря на случаи

²⁷⁹ См.: Ефименко А. Крестьянская женщина // Дело. 1873. № 3. С. 77.

²⁸⁰ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 390–392.

«расхода» или «развода»). Брак есть правоотношение особого рода, основа для классической, желаемой для общества семьи²⁸¹.

Из этого вытекает, в-третьих, что супружеский союз – не дело исключительно частное. Это видно, во-первых, из обрядовой стороны брака – в бракосочетании и свадебном пиру («общественном признании брака») вправе участвовать все, весь «мир», званный и незванный, и, во-вторых, из его поддержки обществом – материальной и советами. В жизни крестьянина брак составляет «один из самых крупных общественных фактов», это столь важная перемена в его положении, что о ней сложилась «целая отрасль народной поэзии...: существует ли что-либо подобное по отношению к договору купли-продажи, найму и другим частным сделкам?»²⁸².

По мнению С.В. Пахмана, «брак, и по понятиям крестьянства, есть не имущественная сделка, а особое юридическое состояние двух лиц разного пола, приобретаемое хотя и под условиями предварительного соглашения, но не на срок, а на всю жизнь, и скрепляемое санкцией общественного признания»²⁸³.

«Народ наш, – продолжал автор, – при всей его неразвитости, весьма толково сознает различие правоотношений, в которые приходится ему вступать..., например, к союзу брачному он всегда применяет выражение "состоять в законе", чего он никогда не скажет о всякой иной форме отношений между лицами двух полов, а тем менее о том отношении, в которое вступает приобретатель покупаемой лошади»²⁸⁴.

В заключение своих размышлений С.В. Пахман подчеркивал, что недоразумения относительно юридической сущности брачного союза происходят: 1) от смешения ряда целей брака, пусть и важных, с самим его существом (хозяйственный интерес несомненен, но из этого не следует, что брак – только хозяйственный союз); 2) от смешения понятий о договоре как сделке имущественной с соглашением о самом браке как праве личном; 3) от

²⁸¹ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 392–393.

²⁸² См.: Там же. С. 394–395.

²⁸³ Там же. С. 395.

²⁸⁴ Там же.

смешения юридической природы брака с формой его совершения. Если брак – особое правоотношение, непременно требующее общественного признания, то очевидно, что его юридическое существо не зависит напрямую от формы такового признания (венчание, санкция-регистрация как акта прав состояния и т.д.)²⁸⁵.

Таким образом, С.В. Пахман не сводил сущность брака к договору, для него он был гражданским (с учетом несuverенности семейного права в этот период) правоотношением особого рода, хотя в качестве предпосылки (юридического факта) его возникновения, безусловно, выступало соглашение – особая разновидность гражданско-правового договора.

В современной российской цивилистике наиболее радикальную, последовательную позицию с договорным вектором занимает М.В. Антокольская. В принципе склоняются к договорной теории брака и авторы одного из классических учебников по гражданскому праву²⁸⁶. Однако изложение и аналитику их взглядов целесообразнее включить в общий контекст представлений о сущности брака в российском семейном праве, то есть в § 4 настоящей главы.

§ 3. Брак – институт особого рода

«Брак, – писал Гегель, – есть правовая нравственная любовь»²⁸⁷.

Договор, утверждал И. Кант, не может порождать брак, так как всегда имеет некую временную цель, при достижении которой себя исчерпывает, брак же охватывает всю человеческую жизнь и прекращается не достижением определенной цели, а только смертью людей, состоявших в брачном общении²⁸⁸.

²⁸⁵ Пахман С.В. Указ. соч.

²⁸⁶ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 111–114; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. Т. 3. С. 317.

²⁸⁷ Подробнее см.: Гегель. Философия права // Соч. М.; Л., 1934. Т. 7. С. 191–205.

²⁸⁸ Подробнее см.: Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Соч. М., 1965. Т. 4.4.2. С. 191–197.

Придавая данной позиции юридическую форму, А.И. Загоровский подчеркивал, что брак «в происхождении своем заключает элементы договорного соглашения, но в содержании своем и в прекращении далек от природы договора; как содержание брака, так и его расторжение не зависят от произвола супругов. Поэтому брачный институт следует причислить не к области договорного права, а к разряду институтов особого рода (*sui generis*)». При этом особенности русского законодательства состоят в том, продолжал автор, что оно, относя брак к институтам семейного права, смотрит на него как на акт по преимуществу религиозный (относительно условий заключения и расторжения), взаимодействующий, однако, со светским правом. Это, с одной стороны, облегчает задачи законодателя «при нормировании столь важного и столь трудно регулируемого правом института», но, с другой стороны, и создает немало затруднений: вносит в брачное право разнородность начал, стесняет свободу совести, затрудняет реформирование брачного права вследствие «совершенно понятной неподатливости религиозных правил на изменения»²⁸⁹.

(Как не вспомнить уже приводимое в главе I суждение А. Боровиковского: любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный и юридически безразличный, но далеко не празднен вопрос, любят ли друг друга муж и жена, ибо здесь любовь есть самое содержание отношений²⁹⁰.)

Г.Ф. Шершеневич четко разграничивал соглашение о браке как предпосылку возникновения брачного правоотношения и само брачное правоотношение. «С точки зрения юридической, – писал ученый, – брак есть союз мужчины и женщины, с целью сожительства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме... В основании брака лежит *соглашение* между сочетающимися – брак не может быть законно совершен без взаимного и непринужденного согласия сочетающихся лиц. Как и всякий договор, брак предполагает свободу воли и сознания». Однако поскольку цель брака – *совместное сожительство* в физическом и нравственном смысле («сочетание со-

²⁸⁹ Загоровский А.И. Указ. соч. С. 5.

²⁹⁰ Полный текст см. в гл. I. Боровиковский А. Указ. соч. С. 212–214.

бытие во всей жизни, божественная же и человеческая правды общение»), с этой стороны «обнаруживается различие между браком и обязательством, которые оба могут быть основаны на договоре. Когда договор направлен на исполнение одного или нескольких определенных действий, то последствием его будет обязательственное отношение, например, в товариществе. Брачное же соглашение не имеет в виду определенных действий, но как общение на всю жизнь оно имеет по идее нравственное, а не экономическое содержание»²⁹¹.

При этом необходимо отметить, справедливо уточняет С.В. Сивохина, что А.И. Загоровский и Г.Ф. Шершеневич, как и подавляющее большинство ученых дооктябрьского периода, причисляли семейное право к гражданскому праву, следовательно, их выводы о браке как институте особого рода означают – гражданско-правовом институте особого рода²⁹². (Впрочем, законодательство той поры и не создавало сколько-нибудь основательной предпосылки считать иначе, хотя А. Боровиковский неоднократно подчеркивал, что обычные гражданские установления для семейной тяжбы совершенно не годятся; «юридический строй семьи... придает этому институту такие черты *sui generis*, которые уже вовсе не ладят с принципами, составляющими основные устои частного права»²⁹³.)

С.В. Пахман писал, что брачный союз – не обязательство и соглашение о браке – не обычный имущественный договор, а соглашение о вступлении в правоотношение особого рода, каким является *брачное состояние* лиц²⁹⁴.

Как видим, в определенном смысле концепция брака – института особого рода – является дуалистической. Соглашение вступающих в брак (договор) и собственно брачное состояние (не договор) – идея, которая прослеживается в трудах многих цивилистов: В.И. Синайского и И.М. Тютрюмова («брак» и «брачный

²⁹¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 586 – 587.

²⁹² См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 71.

²⁹³ Боровиковский А. Указ. соч. С. 263, 264, 267, 271–273.

²⁹⁴ См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 393. Подробно взгляды С.В. Пахмана изложены в предыдущем параграфе.

союз»)²⁹⁵, П.М. Бромли («the act of marrying» и «the state of being married»), М. Планьоля, Ш. Бёдан и др.²⁹⁶ Японские цивилисты Сакаэ Вагацума и Тору Ариндзуми отмечают: «Брак заключается частноправовым договором сторон пожизненного характера»²⁹⁷.

М. Планьоля подчеркивал, что, несмотря на взаимно волевой характер брачного акта, имеются серьезные затруднения вывести из этого договорную природу супружеского союза: 1) брак или пожизнен, или может быть расторгнут лишь разводом посредством вмешательства судебной власти; 2) договор создает модель обязательств сторон – бракосочетание создает супружеское состояние, правила которого обязательны для всех; 3) брак создает семью. Идея брака-договора, утверждал Ж. Бонекас, настолько противоречит природе вещей, что законодатель 1804 г. не применял ее на практике – кодекс Наполеона не сделал из брака контракт, так как он не соответствовал положениям о сущности классического гражданско-правового договора, привычная терминология для брака явно неудовлетворительна. Необходимо различать три разных термина и три разные вещи: брак – установление, институт; брачный акт – юридическая сделка, которая приводит в движение это установление; брачный договор – соглашение об имуществе. Брак – это «установление, делающее комплекс правовых норм императивными по существу, цель которых – придание половому союзу, коим является семья, социальной и духовной организации, соответствующей одновременно духу времени и неизменной природе человека...»²⁹⁸.

Некоторые современные последователи этой концепции именуют такой институт особого рода «статусом», который приобретает субъектом в результате совершения предписанных законом действий и придает ему качество женатого семейного человека. При этом оба сочетавшихся браком субъекта приобретают

²⁹⁵ См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 485; Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 394.

²⁹⁶ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 72.

²⁹⁷ Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. М., 1983. С. 181.

²⁹⁸ См.: Сивохина С. В. Указ. соч. С. 73–76.

права и принимают на себя обязанности, строго определенные законом, и не могут их изменить (отменить) по своей воле. Сторонники договорной теории полагают, что это не подрывает их доводов, так как и в гражданско-правовом договоре существуют обязательные условия, предусмотренные законом императивно. С другой стороны, и участники брачного правоотношения не лишены возможности договориться об установлении других правоотношений, отойти от прямой законной регуляции, заключив, например, брачный договор. Кроме того, приобрести брачный статус субъекты могут лишь на основании соглашения, а не одностороннего волевого акта²⁹⁹.

Не отрицая последнего утверждения (это было бы бессмысленно, так как оно соответствует и закону, и практике, о чем еще писали С.В. Пахман и другие цивилисты), подчеркнем лишь, что договор об имущественных отношениях (брачный договор) есть самостоятельный вид соглашения, хоть и тесно связанный с брачным правоотношением.

Вариацией на тему «брак – учреждение особого рода» являются также преимущественно социологические представления о браке как о партнерстве³⁰⁰, толчком к которым в том числе послужили эмансипация женщин и эгалитаризация на этом основании брачного союза. Однако в юридическом плане это не является эффективной попыткой «откреститься» от договора, так как использованный термин в узком смысле адекватен договору простого товарищества, в широком – соглашению вообще.

В российской цивилистической науке сторонники данной концепции составляют большинство. Их взгляды будут изложены в следующем параграфе.

²⁹⁹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 517–519.

³⁰⁰ Гражданское и торговое право зарубежных государств.

§ 4. Понятие брака: взгляды советских и российских цивилистов

А. Об определении брака

Большинство советских и российских цивилистов рассматривали и рассматривают брак как учреждение особого рода. Концепция брака как таинства не нашла своих сторонников ввиду исключительно светского характера брака и многолетней атеистической доминанты нашего общества. Отрицание договорной теории было связано с идеологическим противостоянием социалистической и буржуазной научной, философской, политической и юридической мысли. Социалистический (будущий коммунистический) брак не мог быть сделкой – он должен был стать свободным от материальных расчетов, а впоследствии – и от правовых регламентов.

«В нашем обществе, – писал в 60-е гг. Н.Г. Юркевич, – брак, как правило, заключается по любви и взаимной склонности. ... честный советский человек располагает только тем, что он заработал. Это само по себе подорвало основу для торга при вступлении в брак»³⁰¹. В другой своей работе автор отмечал, что «между гражданским договором и браком в СССР имеется принципиальная разница. Взаимное соглашение мужчины и женщины относительно вступления в брак как по мотивам, так и по содержанию, коренным образом отличается от соглашения при заключении договора, опосредствующего отношения в гражданском обороте»³⁰². (Впрочем, если убрать идеологический флер, которого не могло не быть в науке в то время, то последнее утверждение вполне можно принять.)

В некоторой степени активное противопоставление буржуазного брака-сделки и советского брака-несделки было обусловлено и суверенностью советского семейного права и законодательства: стратегическое изменение принципов построения семейного

³⁰¹ Юркевич Н.Г. Советская семья. Минск, 1970. С. 91. См. также: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 9.

³⁰² Юркевич Н.Г. Заключение брака по советскому праву. Минск, 1965. С. 4.

права, «слом» дооктябрьских постулатов о браке и семье также неизбежно вели к такому противостоянию, к поиску новой, в том числе правовой, сущности социалистического брака.

Несмотря на доминирование теории брака как учреждения особого рода, внутри нее, разумеется, были и наблюдаются в настоящее время различия.

Так, дефиниции до 60-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»³⁰³.

На признак «пожизненности» союза в свое время также указывали Е.М. Ворожейкин, А.М. Белякова, В.И. Бошко и другие³⁰⁴. 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»³⁰⁵, а Г.М. Свердлов в суперидеологизированные и жесткие 50-е гг. во-

³⁰³ Советское гражданское право. Т. 2. М., 1951. С. 384. См. также: Денисов А.И. Теория государства и права. М., 1948. С. 423.

³⁰⁴ См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Советское семейное право. М., 1974. С. 87; Бошко В.И. Указ. соч. С. 104.

³⁰⁵ См.: Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1967. С. 55.

все не упоминал указанного признака в определении брака³⁰⁶, 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 брак³⁰⁷. (Впрочем, включить характеристику в дефиницию понятия и использовать ее при его толковании – не одно и то же.)

«Взаимные любовь и уважение» (О.С. Иоффе, А.И. Пергамент, Н.Г. Юркевич и другие³⁰⁸) также, безусловно, составляют основу многих браков (и должного «идеального» супружеского союза), однако столь же не обязательны, не относятся к конститутивным признакам брака. В то же время определенная логика в суждениях ученых есть. Так, среди основных начал КоБС РСФСР 1969 г. (ст. 1) закреплял принцип построения «семейных отношений на добровольном брачном союзе женщины и мужчины, на свободных от материальных расчетов чувствах взаимной любви, дружбы и уважения всех членов семьи». Почти аналогичная декларация содержится в ст. 1 Семейного кодекса РФ 1996 г., а норма п. 3 ст. 31 СК РФ предписывает супругам «строить свои отношения в семье на основе 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, то есть «категорического императива» здесь нет, санкции не предусмотрены,

³⁰⁶ См.: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 96.

³⁰⁷ Там же. С. 129.

³⁰⁸ См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 187; Пергамент А.И. К вопросу о правовом положении несовершеннолетних // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 3. М., 1955; С. 384; Юркевич Н.Г. Советская семья. С. 17.

постольку, видимо, данные характеристики не составляют юридической сущности брака. (Еще Г.Ф. Шершеневич отмечал: «К семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишенные санкции, – право имеет дело только с внешним миром, но не с душевным»³⁰⁹. Тем не менее приведенные нами нормы-декларации относятся к основным началам современного брачно-семейного законодательства – это факт юридической действительности, пусть и особого рода, не создающий конкретных субъективных прав и юридических обязанностей. Думается, что методологическое влияние данных положений в науке семейного права исследовано недостаточно.)

Дополнительно к перечисленным А.М. Белякова, Е.М. Ворожейкин и другие авторы включают в характеристику брака цель – рождение и воспитание детей, что тем более неприемлемо: до 20% супружеских пар бесплодны («стерильные» браки³¹⁰), не запрещено заключение брака между людьми пожилого возраста, да и решение иметь и воспитывать ребенка относится к сугубо личным актам каждого человека или совместного – супругов. Объективная же заинтересованность государства и общества в браках, где имеются дети (впрочем, как известно, не всякого: мировая практика знает случаи официального ограничения рождаемости), должна проявлять себя не через соответствующие предписания брачующимся, а путем социального и экономического поощрения супругов (и несупругов) заводить потомство, усыновлять детей или принимать их в семью на основе иных форм попечения.

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, «опосредст-

³⁰⁹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 584.

³¹⁰ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 518.

вующие в установленных законом пределах общение сторон в интересах их самих, детей (если таковые имеются) и общества»³¹¹.

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 женщины³¹². 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»³¹³.

Замена термина «союз» на предложенные не только не отрицает, что в основе таковых лежит-таки некое соглашение о вступлении в «отношение-общение» или «общность», но и вводит в оборот понятия, также нуждающиеся в дефиниции, к тому же являющиеся для теории юриспруденции «новоязами» (впрочем, это не запретительно, если основательно). Кроме того, эти термины вполне сопоставимы с термином «партнерство», что и приближает брак к явлениям договоров специального вида, чего данные авторы пытаются как раз 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.³¹⁴), «добровольность», как вариант – «свободный союз» (Г.М. Свердлов, В.А. Рясенцев, Н.В. Орлова, А.М. Нечаева, Г.К. Матвеев, О.А. Хазова³¹⁵, А.М. Белякова, Е.М. Ворожейкин³¹⁶, Л.М. Пчелинцева³¹⁷

³¹¹ См.: Юркевич Н.Г. Брак и его правовое регулирование: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967. С. 11.

³¹² См.: Оридорога М.Т. Брак и его форма // Правовые вопросы семьи и воспитания детей. М., 1968. С. 44.

³¹³ Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 23.

³¹⁴ Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 96; Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 55; Орлова Н.В. Указ. соч. С. 19; Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 90; Матвеев Г.К. Советское семейное право. М., 1985. С. 45; Хазова О.А. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. М., 2003. С. 33.

³¹⁵ Там же.

³¹⁶ См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 87.

и др.). Имеются указания в определении брака и на условие о моногамности³¹⁸.

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

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

В.П. Шахматов и Б.Л. Хаскельберг справедливо отмечают, что признание добровольности, равноправности и пожизненности союза «не дают ответа на вопрос, *что такое* брак, а лишь характеризуют такие свойства брака, которые отвечают на вопрос, *каким* является (или должен являться) брак»³¹⁹.

Другой традиционный взгляд на исследуемую проблему связан с негативным отношением к законодательной дефиниции брака. Так, Н.В. Орлова, констатирует, что во время обсуждения Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (далее – Основ) выдвигались предложения дать в их тексте или в республиканских кодексах определения основных понятий семейного права, прежде всего брака и семьи. Предложения не были приняты. Автор полагает, что попытка их сформулировать в кодексах привела бы к расхождению в этих базовых правовых конструкциях, которые должны быть едины во

³¹⁷ См.: Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 86–87.

³¹⁸ См., например: Хазова О.А. Комментарий к Семейному кодексу... С. 33.

³¹⁹ См.: Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. Томск, 1970. С. 19.

всех республиках СССР. Однако и попытка дать дефиниции в Основых была бы бесплодной ввиду комплексного характера институтов брака и семьи, сложности, многогранности этих явлений. Юридическое определение брака, пишет Н.В. Орлова, «неизбежно было бы неполным, ибо оно не могло бы охватить существенные признаки брака, лежащие за пределами права»³²⁰. (С Н.В. Орловой солидарны многие цивилисты³²¹. Это подтверждается и отсутствием дефиниции брака во всех российских кодифицированных актах послеоктябрьского периода. Как мы уже отмечали, в Своде законов Российской империи таковая присутствовала – в рамках, однако, концепции брака-тайнства.)

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

Во-вторых, невозможность дать законную дефиницию *в принципе* из-за комплексного характера предмета и наличия у него признаков за границами права также неубедительна. Удовлетворять «амбиции» всех наук, исследующих то или иное явление с разных сторон, не нужно – в противном случае мы должны были бы лишиться многих определений. Так, в норме п. 1 ст. 54 СК РФ предпринята весьма скромная по результату, даже формально-юридическому, попытка дать определение ребенку: «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)». Юридическая неточность заключается в отсутствии указания на исключаящее обстоятельство – эмансипацию, которое делается в международно-правовых документах. Социально-психологические портреты явления и вовсе отсутствуют. Тем не менее определение дано – и на общественном, и на международ-

³²⁰ См.: Орлова Н.В. Указ. соч. С. 19.

³²¹ См., например: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 87; Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. Тверь, 2005. С. 10; и др.

но-правовом уровне. Или: «Доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном порядке сведения о фактах...» (п. 1 ст. 55 ГПК РФ). (Сравните определение этого понятия в логике: «Доказательство – логическое действие, в процессе которого истинность какой-либо мысли обосновывается с помощью других мыслей»³²².) Весьма условными с точки зрения все того же комплексного подхода представляются и определения различных уголовно наказуемых деяний (см. УК РФ). Все, что находится за пределами правовой сущности явления, и не должно включаться, по общему правилу, в юридическую дефиницию.

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

(Любопытно, что авторы одного из уже упоминавшихся учебников по гражданскому праву полагают, что российское законодательство «не дает определения брака, используя этот термин как общеизвестный»³²³. 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»³²⁴. Д.И. Мейеру брак, несмотря на последующие комментарии религиозного и этического порядка, представлялся «союзом лиц разного пола, удовлетворяющим известным юридическим условиям и дающим из-

³²² См.: Кондаков Н.И. Логический словарь. М., 1971. С. 138.

³²³ См.: Гражданское право / Под. ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 263.

³²⁴ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 586.

вестные гражданские последствия»³²⁵. В.П. Шахматову – союзом мужчины и женщины, имеющим целью создание семьи, заключенным с соблюдением предусмотренных законом условий и оформленным в установленном правом порядке³²⁶. О.Ю. Косова считает браком «союз мужчины и женщины, направленный на создание семьи, оформленный в установленном законом порядке и порождающий их взаимные права и обязанности»³²⁷ и т.д., и т.п.

Таким образом, собственно юридические определения, включая и авторское, данное в предыдущих работах³²⁸, вполне могут быть приняты в качестве проекта законной дефиниции³²⁹. Все их констатации так или иначе закреплены в СК РФ. Так, в норме п. 3 ст. 1 употребляется формула «союз мужчины и женщины». Правилами п. 2 ст. 10 подчеркивается конститутивное значение государственной регистрации брака, правилами ст. 12 – 14, п. 3 ст. 15 рассматриваются условия его действительности. Норма п. 1 ст. 27 императивно объявляет цель данного союза – намерение создать семью (пусть и «методом от противного» – путем противопоставления фиктивного брака «правильному» супружескому союзу). Правовые последствия брака фиксированы в разделе III СК РФ «Права и обязанности супругов».

Как видим, набор признаков брака в семейном законе идентичен суммарному набору таковых признаков в теоретических определениях «нормативного толка». Сведенные воедино, они представляют собой следующий вариант дефиниции: **брак есть юридически оформленный союз мужчины и женщины,**

³²⁵ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 348.

³²⁶ Шахматов В.П. Новое законодательство о браке и семье. Ч. 1. Томск, 1969. С. 24.

³²⁷ Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М., 2001. С. 72.

³²⁸ См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 47; Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 64.

³²⁹ Ш.Д. Чиквашвили также полагает, что серьезных препятствий к этому нет. См.: Спорные проблемы семейного законодательства // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 39.

имеющий целью создание и поддержание семейных отношений и порождающий права и обязанности супругов.

(Почти тождественное определение содержится в Кодексе Республики Беларусь о браке и семье (ст. 12): «Брак – это добровольный союз мужчины и женщины, который заключается в порядке, на условиях и с соблюдением требований, определенных законом, направлен на создание семьи и порождает для сторон взаимные права и обязанности»³³⁰. Тенденции закрепления основных понятий в семейном законе просматриваются также в Казахстане, Грузии³³¹.)

Рассмотрим его конституционные составляющие.

Б. Брак – разновидность семейно-правового договора

Первый терминологический и сущностный элемент определения брака – *союз*. Н.В. Орлова полагает, что последний имеет больше значений, чем «договор»³³², потому наименование брака «союзом» не означает введения его в систему договорного права. Думается, что для юриспруденции это весьма спорное утверждение: где бы мы ни встречали термин «союз», всюду смысловое значение данной конструкции отождествляется с соглашением, договором. Уточнение, которое делается А.М. Нечаевой: под договором всегда понимается соглашение, а союз – это объединение³³³, также не представляется убедительным, ибо последний, без суммы воли его участников, без целеполагания, без прав и обязанностей есть юридическое ничто, а в единении этих компонентов суть соглашение.

На самом деле противникам теории брака как гражданско-правового договора и семейного права как подотрасли граждан-

³³⁰ Кодекс Республики Беларусь о браке и семье. От 9 июля 1999 г. № 278 – 3 (с последними изменениями по состоянию на 20.07.06 г. № 164 – 3) // СПС КонсультантПлюс.

³³¹ См., например: Смолина Л.А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 8.

³³² См.: Орлова Н.В. Указ. соч. С. 23.

³³³ См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 43–44.

ского права не следует, на наш взгляд, сторониться собственно самого термина.

(В этой связи представляет определенный интерес определение брака, предложенное Л.А. Смолиной, кстати, в качестве проекта соответствующей нормы семейного закона: «Брак – это добровольный и равноправный союз мужчины и женщины, заключенный с соблюдением установленного законом порядка, основанный на семейно-правовом договоре, имеющий целью создание семьи и порождающий права и обязанности супругов»³³⁴. Относительно излишних эпитетов, употребленных автором и характеризующих термин «союз», мы уже писали. Однако хотелось бы подчеркнуть неясность соотношения конструкций «брак – союз» и «союз, основанный на семейно-правовом договоре», что не дает нам оснований безоговорочно принять эту версию определения.)

Действительно, теоретическое признание брака договором и законное явление брачного договора (соглашение об имущественных правах и обязанностях супругов) явились в конце 90-х гг. XX в. важным аргументом «десуверенизации» семейного права, возвращения его в «лоно» материнской отрасли – права гражданского, «пуповина» с которой хоть и была перерезана в 1917 г., но генетическая связь, безусловно, осталась.

М.В. Антокольская, одна из ярких сторонниц «десуверенизации», подчеркивает «полубланкетный» характер семейного договорного права, неразработанность в теории и отсутствие в семейном законе понятий о правоспособности, дееспособности, свободе воли в договоре и ее юридически значимых пороках и т.п., что порождает соответственно не только субсидиарное применение к семейным (брачным) отношениям норм гражданского законодательства (ГК РФ), но и в ряде случаев норм ГК и СК как общих и специальных³³⁵.

³³⁴ Смолина Л.А. Указ. соч. С. 9.

³³⁵ См.: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 40; Она же. Семейное право. М., 1997. С. 40–42.

Не вдаваясь в дискуссию об отраслевой самостоятельности семейного права, поскольку это не является предметом настоящего исследования³³⁶, отметим, однако, что неразработанность в теории и отсутствие в законе понятий (в нашем случае о договоре) не являются необходимыми и достаточными аргументами «десуверенизации» – надо разрабатывать и внедрять! Тем более, что вполне допустимое использование ГК РФ к семейным отношениям в целом, но, разумеется, на определенных условиях нередко невозможно, в частности, о чем пишет и сама М.В. Антокольская³³⁷, а особенно Ю.К. Толстой³³⁸.

Но вернемся к явлению договора. Как известно, оно присуще не только сфере гражданского оборота, но и другим правовым сферам – международной, государственной, административной, финансовой, трудовой, земельной, семейной, гражданско-процессуальной (мировые соглашения в гражданском и арбитражном процессе), даже уголовно-правовой и уголовно-процессуальной (в России – в сугубо исключительных случаях: соглашение о примирении между лицом, совершившим преступление, и потерпевшим – ст. 76 УК РФ; в других странах, например в США, – в обычном плане)³³⁹. Однако только на этом основании не делается стратеги-

³³⁶ Подробнее об этом см., например: Ворожейкин Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 29–52; Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1971. С. 8; Толстой Ю.К. О теоретических основах кодификации гражданского законодательства // Правоведение. 1957. № 1. С. 42–55; Он же. Гражданское право и гражданское законодательство // Правоведение. 1998. № 2. С. 147–148.

См. также: Косова О.Ю. О предмете семейного права // Сибирский юридический вестник. 1998. № 1. С. 74–76; Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 5–26.

Из последних фундаментальных работ по этому вопросу см.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 31–56.

³³⁷ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. С. 43.

³³⁸ См.: Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство. С. 147.

³³⁹ См., например: Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 6. М., 1976. С. 82; Демин А.В. Общие вопросы теории административного догово-

ческих выводов об «экспансии» гражданского права в пространство институтов перечисленных отраслей. (Пожалуй, только трудовому договору по-прежнему предъявляется подобное «обвинение»³⁴⁰.) Разумеется, с семейным правом эту операцию произвести проще: его «детство, отрочество и юность», как мы уже отмечали, прошли под попечением «матери» – гражданского права...

Н.Г. Александров, исследуя общеправовое значение договора, определял его как «согласованное волеизъявление двух или нескольких формально равных (в момент заключения договора) субъектов, совершаемое с целью вызвать юридические последствия»³⁴¹. Ю.А. Тихомиров отмечает, что договор – это соглашение сторон об установлении, изменении и прекращении прав и обязанностей. Он характеризуется: а) свободным волеизъявлением участников; б) их согласием по всем существующим аспектам договора, в) равенством сторон; г) наличием юридических гарантий своего исполнения, д) возмездностью (по общему правилу), е) взаимной ответственностью сторон за невыполнение принятых обязательств. Автор даже не отрицает гипотезы о формировании в будущем договорного права – в связи с возрастанием удельного веса договоров во многих отраслях права и его роли как специфического регулятора общественных отношений³⁴².

Единственное легальное определение договора содержится в «естественно-логическом» источнике договорного права – ГК РФ (ст. 420): «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей». (Оно совпадает, кстати, с классической дефиницией, данной еще Г.Ф. Шершеневичем³⁴³.)

вора. Красноярск, 1998. С. 14–29; Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001. С. 10 и след.; Тихомиров Ю.А. Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. 1990. № 5. С. 27–35; Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 316–317 и др.

³⁴⁰ См., например: Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор. Классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 70–71.

³⁴¹ Александров Н.Г. Указ. соч. С. 82.

³⁴² См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 28–30.

³⁴³ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 431.

Определение договора в науках международного, государственного, трудового права и др. весьма схоже с версией ГК РФ. Во всех случаях речь идет о соглашении, признаваемом и охраняемом государством, устанавливающим взаимные юридические права и обязанности участников³⁴⁴.

А.Д. Корецкий полагает, однако, что подобная дефиниция договора является формальной и «и не годится в качестве основы серьезного учения о договоре». У автора вызывает сомнение использование в качестве родового понятия термина «соглашение»: 1) в русском языке «договор» и «соглашение» – синонимы³⁴⁵; 2) не всякое соглашение достигает обозначенной цели; 3) соглашение есть лишь намерение сторон совершить то или иное действие; 4) даже федеральные законы, с определенной, конечно, долей условности, можно рассматривать как соглашение депутатов (путем принятия закона), Президента (путем подписания); разница между договорами и законами очевидна для каждого, однако объяснить ее исходя из приведенных определений договора невозможно³⁴⁶.

Суть договора, по мнению автора, сводится к следующему. Договор – это комплекс взаимных прав и обязанностей, модель индивидуального общественного отношения. Ядро юридических соглашений составляют фактические договоры (личные представления участников о должной, правильной, справедливой модели), так как они предшествуют им и определяют их содержание – в части, соответствующей требованиям юридических норм. «Матрицу» договора составляют необходимые условия для его совершения – законность, соблюдение предписанной формы, соответствие воли и волеизъявления, обладание право- и дееспособностью и к форме – оферта и акцепт, выраженные устно, письменно или посредством конклюдентных действий и т.д.; субъективная выполнимость договора и намерения сторон его добровольно исполнить. Подводя итог своим рассуждениям (изложенным нами предельно кратко), А.Д. Корецкий утверждает:

³⁴⁴ См.: Корецкий А.Д. Указ. соч. С. 12.

³⁴⁵ Полагаем необходимым в этой связи напомнить об условности терминов и несводимости юриспруденции к филологии...

³⁴⁶ См.: Корецкий А.Д. Указ. соч. С. 13 – 15.

«Юридический договор – объективированные в установленном законодательством порядке, свободносогласованные намерения нескольких лиц совершить друг с другом юридическую сделку (или сделки) в целях реализации личных интересов»³⁴⁷.

Критикуя данную позицию, И.В. Бекленищева справедливо замечает: из определения автора следует, что договор в принципе не имеет никакого отношения к «юридическому регулированию» (поскольку объектом такового, по утверждению же А.Д. Корецкого, выступают действия), то есть он – «абсолютное ничто с точки зрения права»³⁴⁸.

Адресуясь к семейно-правовой сфере, А.Д. Корецкий полагает, что не все виды имеющихся в ней соглашений являются договорами. Так, соглашение о месте проживания ребенка (п. 1 ст. 23, п. 2 ст. 24 СК РФ) имеет неюридический характер, поскольку принципиальное решение вопроса отнесено к компетенции суда; основанием к применению мер государственного принуждения будет судебное решение, а не соглашение.

К семейно-правовым договорам А.Д. Корецкий относит брачный договор (ст. 40 СК РФ), соглашение о порядке общения с ребенком при раздельном проживании родителей (ст. 66 СК РФ), соглашение об алиментах (ст. 99 – 105 СК РФ), договор о передаче ребенка на воспитание в приемную семью (ст. 152 СК РФ), договор с суррогатной матерью (п. 4 ст. 51 СК РФ). (Кроме того, норма ст. 5 СК РФ содержит общее допущение соглашений и по другим вопросам). Договорное регулирование семейных отношений находится в зачаточном состоянии, констатирует автор: 1) все они носят вторичный, вспомогательный по отношению к нормам характер – их роль сводится к детализации, а пределы усмотрения сторон жестко ограничены; 2) как правило, они не имеют механизма принуждения; 3) условия соглашения не являются обязательными для суда; 4) в законе отсутствуют меры по обеспечению исполнения договорных обязательств. И главное: поистине революционным изменением в семейно-правовом мировоззрении, отмечает А.Д. Корецкий, является отнесение одного

³⁴⁷ См.: Корецкий А.Д. Указ. соч. С. 17–41.

³⁴⁸ См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 182–183.

из центральных институтов – брака – к системе договоров³⁴⁹: «Соглашение о заключении брака по своей правовой природе не отличается от гражданского договора. В той части, в которой оно регулируется правом и порождает правовые последствия, оно является договором»³⁵⁰.

Однако суждения автора не всегда точны. По смыслу закона договора о суррогатном материнстве официально не существует – в связи с этим необходимо принципиально менять редакцию нормы ч. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ и далее разрабатывать конститутивные требования к такому договору (что, впрочем, уже осуществляется в науке семейного права). Соглашение о месте жительства ребенка то объявляется им соглашением, или «неюридическим договором», то дается в перечне семейно-правовых договоров. Между тем суд хотя и вправе не утвердить данное соглашение, однако лишь в случае его незаконности (такое условие применимо к любой сделке) или явного несоответствия интересам ребенка, что, собственно, также относится к специальным случаям законности. Активная и значительная роль суда вообще характерна для гражданского процесса по семейным делам – ввиду известного присутствия публичных начал в методе семейно-правового регулирования, отраженных далее в процессуальную форму разрешения семейных конфликтов³⁵¹.

Среди прочих не обозначены соглашение о разделе общесупружеского имущества и патронате (активно и правомерно заявившем себя на региональном уровне). Не отражены дуалистические (семейно-правовые и гражданско-правовые) начала брачного договора.

Вообще следует заметить, что факт отнесения того или иного института к ГК РФ не всегда означает безусловное (аксиоматичное) признание его гражданско-правовой природы – не законода-

³⁴⁹ См.: Корецкий А.Д. Указ. соч. С. 122–126.

³⁵⁰ См.: Антокольская М.В. Семейное право. 1997. С. 114.

³⁵¹ Подробно об этом см., например: Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007. С. 35–52 и след.; Тарусина Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. С. 7–27, 44–59.

тельно, а на теоретико-сущностном уровне. Так, акты гражданского состояния ранее были компонентой КоБС РСФСР, сейчас – ГК РФ. Но существует еще и Федеральный закон «Об актах гражданского состояния», который является членом административно-правовой «семьи». Присутствует немало, пусть и «вразброс», норм об актах семейного состояния в СК РФ. (Воистину явление «фигаро», хотя и вполне продуманное с точки зрения законодательной технологии.) То же самое можно сказать и о брачном договоре: он неизбежен в СК РФ как альтернатива для построения имущественных отношений в браке – притом, что ряд требований к брачному договору (соответствие общим началам семейного законодательства и др.) подчеркивает его семейно-правовую природу³⁵². Кроме того, должны, на наш взгляд, подлежать основательной дискуссии и принципиальные положения действующего варианта: абсолютная раздельность имущества супругов, на наш взгляд, невозможна – это противоречит нормам ст. 1 СК РФ, значит, надо конкретизировать позиции о формировании общесемейного бюджета; отказ от обеспечения в договорном варианте интересов социально слабой стороны (детей и супруга, занимающегося ведением общего семейного хозяйства, осуществляющего заботу о детях и других членах семьи) также не «украшает» наше законодательство.

Наконец, явным преувеличением является констатация революционного переворота в семейно-правовом мировоззрении на брак как договор – тем более гражданско-правовой природы. Да и сам автор отнюдь не настаивает на этом. Условия о взаимном согласии на вступление в брак и наличие процедур его расторжения и признания недействительным квалифицируются А.Д. Корецким как элементы легальной сущности договора вообще, а не договора гражданско-правового типа. (Кстати, автор не замечает, что требования к заключению брака и исключительно юрисдикционный способ развода не столько доказывают договорную природу брака, сколько как раз «оспецифивают» его, выводят из общего правила.) Между тем М.В. Антокольская, на мнение которой ав-

³⁵² См., например: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 60–61.

тор ссылается, подчеркивает именно гражданско-правовую природу брака, что общепризнанным не является. В целом создается впечатление, что сначала автор выстраивает идеальную модель договора на основе гражданского права, а затем примеряет ее на явления правовой действительности несколько иной природы – «одежды» оказываются малы, велики или не по средствам³⁵³... При этом отсутствие реального механизма принуждения для договоров международного права и семейного права оценивается А.Д. Корецким по-разному – первые остаются в системе, вторые объявляются сомнительными. (Что ж, «двойной стандарт» ныне весьма популярен.)

Относительно взаимодействия явлений договора и соглашения есть и иная точка зрения. Так, М.И. Брагинский и В.В. Витрянский отмечают, что наряду с согласованием воли важен и другой квалифицирующий признак договора-сделки – его направленность на возникновение прав и обязанностей (правоотношений); если этот признак отсутствует, то и нет основания для отождествления соглашения с договором. В качестве примеров предлагаются: соглашение между лицом, нашедшим вещь, и лицом, уполномоченным на ее получение (п. 2 ст. 229 ГК РФ), в размере долей участников общей собственности (п. 1 ст. 245 ГК РФ) и другие (п. 2 ст. 231, п. 1 ст. 233, ст. 240, п. 5 ст. 244, п. 1 ст. 247, 248, 312, 331 ГК РФ и т.д.³⁵⁴). Авторами приводятся и иные соглашения, например, организационного типа – они не ук-

³⁵³ А.М. Нечаева приводит по данному поводу интересное суждение из английского теоретического источника: «Когда договаривающиеся стороны вступают в брак, они не заключают договор о новых соглашениях, так как права, обязанности, ответственность, которые при этом возникают, не основываются на их соглашениях, а регулируются основным законом государства... Суть заключаемого договора в том, что государство устанавливает отношения, вступление в которые определяется государством посредством волеизъявления независимых сторон, при этом они не могут быть ни усовершенствованы, ни изменены соглашением сторон» (См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 42).

³⁵⁴ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1. М., 2001. С. 149.

ладываются ни в рамки п. 1 ст. 420 ГК РФ с ее определением договора, ни в рамки ст. 153 ГК РФ, которая содержит определение сделки. При этом конститутивный признак соглашения – совпадение воли сторон – сохраняет свое значение. ГК РФ употребляет также термин «согласие». Последнее не порождает, не изменяет и не прекращает правоотношения – его роль скромнее: оно служит лишь условием, при котором закон предоставляет лицу возможность совершить сделку³⁵⁵. Впрочем, применительно к браку последнее значения не имеет, хотя в семейно-правовой сфере в целом встречается нередко (согласие на усыновление, распоряжение совместным недвижимым имуществом, передача в приемную семью и т.д.³⁵⁶). Авторы, к сожалению, не раскрывают принципиальных подходов к различению соглашений-договоров и соглашений-недоговоров, тем более что приведенные ими примеры последних к правовым последствиям ведут и «эволюционное» влияние на правоотношения оказывают.

Сопоставляя понятия «договор» и «соглашение» в ближнем историческом контексте, необходимо обратиться к точке зрения И.Б. Новицкого. Так, автор подчеркивает: «Договоры гражданского права должны быть отмежеваны от соглашений, которые могут иметь и имеют место в других областях советского права, например, в советском семейном праве. Брак немыслим без свободного согласия на него данной пары; тем не менее это соглашение можно признать (да и то с некоторыми оговорками) обыкновенным договором разве лишь в буржуазном праве. ... С точки зрения советского права брак никак нельзя признать договором хотя бы в силу одного того, что целью брака является объединение всей жизни вступающих в него лиц». Соглашение, продолжает И.Б. Новицкий, является лишь одним из необходимых юридических фактов брачного правоотношения; личный элемент настолько преобладает в семейно-правовых отношениях, что соглашения не получают здесь самостоятельного значения, «и во

³⁵⁵ См.: Там же. С. 151.

³⁵⁶ Подробные соображения на этот счет см.: Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. С. 169.

всяком случае должны быть резко отстранены от имущественных договоров гражданского права»³⁵⁷.

Если опустить неизбежный идеологически-советский «флер» приведенной позиции, то останется, пожалуй, главное: 1) соглашение как таковое для брака не только приемлемо, но и неизбежно (хотя бы как предпосылка брачного правоотношения); 2) брачное и иные семейно-правовые соглашения не могут иметь гражданско-правовой природы из-за доминирования в них личного начала.

Важным для основ теории семейно-правового договора является положение, высказанное О.С. Иоффе, Е.А. Сухановым и другими цивилистами, о трех формах существования договора – как соглашения, как правоотношения, им порожденного, и как документа³⁵⁸.

В первую очередь под такими правоотношениями подразумеваются обязательственные. (Обязательство – это отношение между двумя сторонами, одна из которых имеет право требования, а другая – соответствующую этому праву обязанность³⁵⁹.) Однако не всякое гражданское законодательство накрепко связывает договор и обязательство. Так, в классическом «Кодексе Наполеона» (ГК Франции) договор определяется как соглашение, по которому одно или несколько лиц принимают на себя обязательство в отношении другого лица или нескольких других лиц что-либо дать, сделать или не делать. Норма же п. 1 ст. 420 ГК РФ не содержит прямого указания на обязательство³⁶⁰. Независимо от

³⁵⁷ Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М., 2006. С. 113–114.

³⁵⁸ См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1978. С. 26–27; Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 2, полутом 1. М., 2000. С. 151–152; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. М., 1998. С. 495 и др.

³⁵⁹ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 187.

³⁶⁰ Подробнее об этом см., например: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 67–68.

Не является обязательством, например, распорядительный договор (уступка требования). Подробно об этом см.: Вошатко А.В. Договор ус-

того или иного варианта применительно к гражданско-правовому договору речь, как правило, идет, отмечает И.В. Бекленищева, об установлении относительных прав и обязанностей между сторонами. Среди прочих – семейно-правовые договоры: заключение брака (в некоторых правовых системах), договор о передаче ребенка на воспитание в семью, соглашение о месте проживания ребенка – не всегда можно назвать обязательственными³⁶¹.

Еще Г.Ф. Шершеневич полагал недопустимыми обязательства с неимущественным интересом, притом не потому, что они носят личный характер (к гражданскому праву в то время были отнесены личные отношения, устанавливаемые семейным союзом), такому «допущению, – по мнению автора, – противится природа обязательственных отношений»: чужое действие, объект прав по обязательству, не может быть вынуждаемо, а потому, чтобы сохранить юридический характер за обязанностями, соответствующими праву требования, следует придать им санкцию имущественного характера, чтобы ответить за имущественный ущерб; трудно, однако, найти санкцию за неисполнение тех обязанностей, которые не могут быть выражены в денежном эквиваленте; практика же Франции и Англии о наложении в этих случаях огромных штрафов ведет к утрате принципа гражданского права о соразмерности между неосуществленными интересами и денежном вознаграждении³⁶².

Как известно, в качестве альтернативы классической теории договора (где на первом плане – взаимное соглашение сторон) выступает концепция договора как обещания (сделанного одной стороной договора). Этот подход отражен в доктрине ряда западноевропейских стран, но остается чуждым российскому праву³⁶³, притом, что собственно сам термин использовался классиками нашей цивилистики. Так, Д.И. Мейер рассматривал договор как соглашение воли двух или нескольких лиц, которое «проявляется в том, что

тупки как распорядительная сделка // Сборник статей к 50-летию Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2001. С. 61–73.

³⁶¹ Там же. С. 69.

³⁶² См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 377, 378.

³⁶³ Подробно об этом см., например: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 120–150.

одна сторона дает обещание совершить какое-либо действие, представляющее имущественный интерес, а другая принимает обещание по отношению к предмету, представляющему имущественный интерес». Однако «одностороннее обещание, – продолжает автор, – не принятое другой стороной, еще не порождает для нее права...»³⁶⁴. Л.С. Таль, исследуя сущность трудового договора, отмечал: «В фактический состав всякого возмездного договора о труде входят три элемента: обещание деятельности, обещание вознаграждения и взаимность этих двух обязательств»³⁶⁵.

Договор-обещание, подчеркивает И.В. Бекленищева, не сводится, разумеется, к понятию односторонней сделки: 1) обещание должно быть доведено до сведения того, к кому это обещание обращено; 2) основание обязательной силы обещания лежит в том лице, к кому оно обращено, а именно в факте расчета (или доверия) этого лица на сделанное обещание³⁶⁶.

На наш взгляд, наибольший интерес представляет влияние данной концепции на применение конструкции преддоговорной ответственности: это позволяет стороне требовать компенсации убытков при одностороннем виновном прекращении переговоров, о возложении ответственности при признании договора недействительным, ответственности за причинение вреда на стадии преддоговорных отношений³⁶⁷. Первый и третий варианты не известны российскому праву, а второй не квалифицируется им именно как преддоговорная ответственность³⁶⁸.

Тем не менее, не исключая развития доктрины гражданско-правового договора и в этом направлении, И.В. Бекленищева предлагает «интегративный» вариант определения: «Гражданско-правовой договор – это соглашение двух или более сторон или обещание одной стороны, на которое рассчитывала другая сторо-

³⁶⁴ См.: Мейер Д.И. Указ. соч. С. 497.

³⁶⁵ Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ч. 1. Ярославль, 1913. С. 11.

³⁶⁶ См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 140–141.

³⁶⁷ Подробно см.: Там же. С. 147–150.

³⁶⁸ Там же. С. 162–163.

на, направленные на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей»³⁶⁹.

Применительно к концепции брака-договора в качестве информации для будущего размышления значение имеет иное толкование природы ответственности в недействительном браке (возмещение материального и морального вреда при недобросовестности одной из сторон), а также – чисто гипотетически – возможность возмещения материального ущерба и морального вреда, наступивших вследствие отказа от публичного обещания заключить брак. Исторические примеры подобного рода мы имели и в русском, и в зарубежном праве³⁷⁰.

Наконец, существенное значение для осмысления содержания семейно-правового договора, в том числе брака, имеет вопрос о фактическом составе сделки-договора. В частности, важно различать случаи, отмечает Е.А. Крашенинников, где сделка, помимо волеизъявлений сторон, имеет и иные составные части, и случаи, где для вступления сделки в силу требуется наличие лежащей за пределами ее фактического состава предпосылки (например, ее государственная регистрация³⁷¹). Так, по смыслу нашего семейного закона и господствующей концепции брака (включая непризнание брака фактического) регистрация супружеского союза является конститутивным признаком брака, а не предпосылкой его юридической силы.

Таким образом, цивилистика внутри себя не достигла аксиоматических констатаций относительно сущности договора. Из многообразия посылок о нем, тем не менее, для дальнейших размышлений о природе и судьбе семейно-правовых договоров – в нашем случае брака – можно вычленить следующие компоненты: 1) свободная согласованность воли и волеизъявлений двух граждан; 2) равенство; 3) требование к форме (для брака) – письменная; 4) особое значение госрегистрации как конститутивного

³⁶⁹ Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 176.

³⁷⁰ Которые, кстати, ярко проявлены в фабуле комедии Бомарше «Женитьба Фигаро».

³⁷¹ См.: Крашенинников Е.А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву. Вып. 11. Ярославль, 2004. С. 8–9.

элемента договора, а не его предпосылки; 5) направленность на возникновение (супружеских), изменение или прекращение (иных, в том числе семейных с лично-правовыми супружескими) прав и обязанностей; 6) относительная свобода расторжения.

Что касается таких свойств, как «наличие гарантий своего исполнения», «взаимная ответственность сторон» (Ю.А. Тихомиров и др.), «обеспеченность государственным принуждением» (А.Д. Корецкий), то эти свойства представляются не стопроцентно характерными и для других видов договоров различной отраслевой принадлежности, по крайней мере, в своем буквальном прочтении. Взаимная ответственность сторон в браке имеет скорее социальный и позитивный характер, механизм же принуждения подключается при расторжении брака, а также признании его недействительным – и в весьма специализированных процессуальных формах³⁷².

О.С. Иоффе отмечал, что сходство супружеского союза со сделкой действительно очевидно, так как брак возникает на основании юридического акта, совершенного с намерением породить правовые последствия. Однако его социальное содержание и эти самые правовые последствия исключают квалификацию брака в качестве одной из разновидностей гражданско-правовых сделок. Сделка имеет своей юридической целью создание для ее участников конкретных прав и обязанностей, брак же, основанный на любви, а не на исключительно имущественных интересах, такой правовой цели не преследует, его цель – получить государственное признание созданного союза, основа которого – любовь и уважение³⁷³ – хотя и не входит в его юридическое содержание, однако подрывает его, как только исчезает. Это совершенно невозможно в гражданских сделках³⁷⁴.

³⁷² См.: соответствующие параграфы.

³⁷³ Мы бы уточнили: взаимная склонность, проявляющаяся в различных формах.

³⁷⁴ См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 187–188.

М.В. Антокольская, занимая по отношению к браку наиболее «програжданскую» позицию³⁷⁵, выстраивает ее не столь прямолинейно, как можно было бы ожидать, отправляя свои предположения от конечного результата построений «брак – гражданско-правовой договор».

Действительно, отмечает автор, воля вступающих в брак направлена на достижение бесчисленного множества последствий – как правовых, так и не правовых. Однако прежде всего они стремятся приобрести общественный и правовой статус законных супругов, что влечет за собой и приобретение соответствующих прав и обязанностей. Хотя большинство последних обозначены в законе императивным образом, подчинение данным указаниям происходит по свободной воле заключающих брак. На том основании, что гражданско-правовым договором стороны сами устанавливают права и обязанности, а в браке лишь подчиняются закону, нельзя заключить принципиального отличия брака и договора. С появлением брачных договоров и соглашений об алиментах диспозитивные начала существенно усилили свое влияние: с их помощью супруги могут «почти полностью изменить свои имущественные отношения»³⁷⁶.

В этих суждениях автора заложено, на наш взгляд, несколько спорных моментов. Во-первых, императивное закрепление юридической сущности брака отличает-таки его от гражданско-правовой сделки (на что и указывают О.С. Иоффе, А.М. Нечаева и другие ученые). Утверждение, что гражданский закон также содержит целый ряд обязательных предписаний для сделок-договоров в целом и по видам, разумеется, справедливо. Однако свобода усмотрения в этих случаях и свобода присоединения или неприсоединения к императиву (вступления – невступления в брак) применительно к супружескому союзу отличаются примерно так же, как скоростной бег на коньках и фигурное катание (от

³⁷⁵ Эта роль данного ученого, на наш взгляд, весьма полезна: будучи «сыгранной» основательно и талантливо, она придала всему семейно-правовому «спектаклю» современное актуальное звучание и обновила дискуссионные позиции семейноведов.

³⁷⁶ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2001. С. 106–107.

способа организации ледового катка до правил соревнований). Во-вторых, брачный договор и алиментное соглашение есть следствие «договора о браке», а не его содержание (даже если рассматривать брак и как юридический факт, и как правоотношение). В-третьих, как мы уже отмечали, возможность брачным договором «полностью изменить имущественные отношения» супругов весьма сомнительна, противоречит общим началам семейного закона (ст. 1 СК РФ). Если опираться не на частное *de jure*, «изобретенное» в экспериментальном для российского общества 90-х гг. XX в. порядке, а на сущее, на потребности семьи (создание которой преследуется браком – по смыслу всех исторических версий российского семейного законодательства), то выстраивается, на что мы уже указывали, необходимость существенных ограничений указанных договорных возможностей для обеспечения интересов менее социально защищенных членов этой семьи, основанной на браке, – детей, супруги (супруга), занимающегося «ведением дома» (не только хозяйством!) и т.д.

Наконец, само содержание брачного правоотношения весьма отлично от сущности гражданско-правовых обязательственных (и не обязательственных) договорных правоотношений, что и подчеркивал Г.Ф. Шершеневич и другие цивилисты.

Вслед за ними, ни в коей мере не отрицая *договорной природы* брака, мы стремимся обозначить его иную отраслевую принадлежность, иную методологию его построения. Конечно, такие элементы брака, как согласование воли сторон, письменная форма заключения, развернутая система условий действительности, отражают договорную сущность брака. Но предмет брачного договора весьма специфичен: совместная жизнь мужчины и женщины (разумеется, на основе свободы выбора места жительства, рода занятий, взаимного решения всех вопросов функционирования семьи – ст. 31 СК РФ), характеризующаяся духовным, эмоциональным, сексуальным, экономико-бытовым взаимодействием. По справедливому замечанию М.В. Кротова, хотя эти последние компоненты остаются вне прямой правовой регуляции, внеправовыми или безразличными праву их также считать нельзя: «...они подлежат учету при принятии их или иных решений, воспринимаясь при этом как определенная данность, которая не

может быть... сведена к какому-либо знаменателю»³⁷⁷. (Например, все эти обстоятельства оцениваются при признании брака недействительным, а также при его прекращении разводом.)

Субъекты брака-договора – лица, отвечающие совершенно нетипичным требованиям³⁷⁸ для гражданского права: разнополость, отсутствие близкого родства и правоотношений усыновления (удочерения), определенных заболеваний, несостояние в другом браке-договоре. Возраст брачующихся также определяется весьма специфическими правилами. Единственное тождественное условие – дееспособность. Иначе выстраивается институт недействительности брака, особенно схема правовых последствий. Принципиально по-другому, как мы уже неоднократно отмечали, – институт расторжения брака-договора, да и прекращения в целом (основания развода, специальные правила развода с безвестно отсутствующими, последствия явки объявленного умершим).

Таким образом, солидаризируясь с М.В. Антокольской, М.В. Кротовым и другими цивилистами о договорной природе брака, ни в коей мере не принижающей и тем более не исключающей его этико-фактической сущности, которая может представляться супругам и самым различным исследователям и как мифическое таинство, и как моральное обязательство, и как сексуально-экономический (и даже политический!) союз и т.п., мы настаиваем на семейно-правовой, вполне суверенной от гражданско-правовой, принадлежности брака-соглашения и брака-правоотношения.

При этом с удовлетворением осознаем, что для возвращения *de jure* брака-договора (и других семейно-правовых договоров) в сущее «лоно» гражданского права требуется не власть «полетамысли» исследователя, а власть решения законодателя, вектор которой вряд ли будет направлен в гражданско-правовую сторону.

С не меньшим удовлетворением в качестве опорной доктринальной позиции для будущих размышлений констатируем также точку зрения Е.А. Суханова, который, отмечая, что семейно-правовые сделки отличаются «принудительной типизацией» (по-

³⁷⁷ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 2001. С. 317.

³⁷⁸ Подробно об этом – в параграфе об условиях заключения брака.

скольку их содержание предусмотрено законом), при классификации данных явлений полагает возможным использовать в качестве одного из критериев *сферу их применения*, в частности, традиционное для данной классификации *обособление семейно-правовых сделок*. Это обособление, продолжает Е.А. Суханов, «фактически сохранилось в условиях современной российской правовой системы, хотя ее практически общепринятой особенностью стало отделение семейного права от гражданского. Семейное право сохранило свою частноправовую природу, а кроме того, прямо допускает субсидиарное применение гражданско-правовых норм к регулируемым отношениям (ст. 4 Семейного кодекса РФ), в частности, к изменению и расторжению типичной семейно-правовой сделки – брачного договора (п. 2 ст. 43 Семейного кодекса)»³⁷⁹.

В. Брак – союз мужчины и женщины

Единение в браке *мужского и женского* начала – вторая его характеристика. Для российской семейно-правовой доктрины это является аксиомой, подтверждаемой авторами новейшего времени, семейным законом и судебной практикой.

Несмотря на отсутствие легального определения, а в нем – соответственно констатации идеи о разнополости брака, это положение закреплено в общих началах семейного законодательства (п. 3 ст. 1 СК РФ) и опосредованно – в частных нормах: в ст. 12 – о взаимном согласии на брак мужчины и женщины, ст. 17 – об ограничении права мужа на расторжение брака, п. 2 ст. 48, п. 1 ст. 51 об отцовстве и материнстве в браке, ст. 89 – 90 – о праве жены на алименты при особых обстоятельствах.

Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 16 ноября 2006 г. № 496-0 по жалобе гражданина Э. Мурзина на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 12 СК РФ подтвердил конституционность положения о браке как союзе мужчины и женщины. Решением Останкинского районного суда г. Москвы от 15.02.2005 г. Э. Мурзину было отказано в удовлетво-

³⁷⁹ См.: Суханов Е.А. О видах сделок в германском и российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2. Т. 6. С. 10, 24.

рении требования о признании незаконным решения органа ЗАГС об отказе в регистрации брака с Э.А. Мишиным – со ссылкой на правило п. 1 ст. 12 СК РФ. В своей жалобе в Конституционный Суд РФ Э. Мурзин указал, что такой отказ нарушает его права, гарантированные нормами ст. 17 – 19 и 23 Конституции РФ. При этом заявитель ссылался на опыт ряда стран, признающих брак или зарегистрированное партнерство лиц одного пола. Суд, учитывая, что данные конституционные нормы и нормы международного права исходят из того, что одно из предназначений семьи – рождение и воспитание детей, а также принимая во внимание национальные традиции отношения к браку как биологическому союзу мужчины и женщины, пришел к выводу, что, формально оспаривая конституционность нормы п. 1 ст. 12 СК РФ, заявитель фактически требует государственного признания своих взаимоотношений с другим мужчиной путем их регистрации в виде особого защищаемого государством союза. Между тем, отмечает Суд, ни из Конституции РФ, ни из принятых на себя Российской Федерацией международно-правовых обязательств «не вытекает обязанность государства по созданию условий для пропаганды, поддержки и признания союзов лиц одного пола, притом что само по себе отсутствие такой регистрации никак не влияет на уровень признания и гарантий в Российской Федерации прав и свобод заявителя как человека и гражданина». Суд также отметил, что в силу нормы ст. 23 Международного пакта о гражданских и политических правах право на вступление в брак и право основывать семью признается именно за мужчинами и женщинами, а норма ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод прямо предусматривает возможность создания семьи в соответствии с национальным законодательством, поэтому ссылка заявителя на соответствующие европейские законы не может быть принята в качестве аргумента неконституционности закона российского³⁸⁰.

О.Ю. Косова полагает, что из социологического понятия семьи вполне определенно выводится заключение о невозможности союзов лиц одного пола, хотя автор и не отрицает, что в различном историческом времени, социальном и правовом пространст-

³⁸⁰ См.: СПС КонсультантПлюс.

вах такие состояния существовали и существуют сейчас. «С точки зрения физической природы человека и законов развития общества, – утверждает автор, – это аномалия. Значит, и их правовое признание – правовой нонсенс»³⁸¹.

Признавать такие союзы браком (да и вообще признавать их неким явлением *de jure*), полагают представители различных конфессий и, в частности, Русской православной церкви, значит приглашать человека к греху... В последнее время осуждение подобных союзов прозвучало и из Ватикана, несмотря на широкое распространение в Европе иного общественного мнения и принятие соответствующих законов. (Вспомним, кстати, что в недалекой советской истории «мужеложество» преследовалось уголовным законом.)

Ряд цивилистов рассматривают даже факт смены пола одним из супругов (в уже заключенном браке) либо как «социальную смерть» и основание к автоматическому прекращению брака после вынесения судебного решения об объявлении лица умершим (Д.И. Степанов), либо как основание прекращения брака без развода (Л.А. Смолина), либо как основание расторжения брака (М.Н. Малеина). Последняя, впрочем, допускает сохранение брака, в котором однополые люди ведут общее хозяйство, воспитывают детей, но не выполняют роль мужа и жены по отношению друг к другу³⁸². (Впрочем, это допущение, особенно во второй своей части, ничем не может быть обеспечено...).

Между тем ситуация, на наш взгляд, не столь очевидна и аксиоматична. Да, классический брак всегда был союзом «мужского и женского сердец». Однако миф об амазонках родился не на пустом месте (вполне возможно, что речь идет о древних мужских и женских обществах и домах и в рассматриваемом плане). Платон, как известно, признавал однополые союзы вполне естественными³⁸³.

³⁸¹ См.: См.: Косова О.Ю. О предмете семейного права. С. 78.

³⁸² См.: Смолина Л.А. Указ. соч. С. 10–11.

³⁸³ Подробнее об этом см.: Платон. Пир // Соч., М., 1970. Т. 2. С. 116–135.

Н.А. Алексеев считает, что дискриминация сексуальных меньшинств в семейных отношениях носит не прямой, а косвенный характер и является следствием не наличия, а отсутствия правового регулирования. В силу того, что отношения между однополыми партнерами российским семейным законодательством не признаются, в совместной жизни подобных пар возникает немало проблем, являющихся юридическим следствием такого не признания (защита имущественных прав и интересов, невозможность усыновления, приема детей на воспитание в иных законных формах и т.д.)³⁸⁴.

Однополые союзы, как известно, стали очевидным и общественно признаваемым явлением в 80 – 90-е гг. XX в. Участниками самого известного гей-союза, возникшего гораздо раньше (в 60-е гг.), были знаменитый французский актер с романтическо-мужественным амплуа Жан Марэ и драматург Жан Кокто (у них был приемный сын³⁸⁵). Среди известных зарегистрированных союзов сегодняшнего дня – «брак» Элтона Джона с его бой-френдом.

«Фундаментальные вековые принципы, – отмечает О.Ю. Ильина, – на которых покоится древнейший инстинкт брака, все стремительней расшатываются, получая в измененной форме отражение не только в общественном и правовом сознании, но и в законодательстве зарубежных стран»³⁸⁶.

Впервые институт зарегистрированного однополого партнерства появился в 1989 г. в Дании, затем в 1993 г. – в Норвегии, 1994 г. – Швеции, 1997 г. – Нидерландах, 1999 г. – Исландии, 2001 г. – Финляндии. В 2001 г. в Германии был принят закон «О прекращении дискриминации однополых союзов: пожизненных партнерствах». В настоящее время, констатирует С.В. Сивохина, свыше двух десятков государств приняли законы о партнерствах (дополнительно к перечисленным – Франция, Бельгия, Канада, Австрия, Израиль, Швейцария, Великобритания и др.). В ряде госу-

³⁸⁴ См.: Алексеев Н.А. Правовое регулирование положения сексуальных меньшинств. М., 2002. С. 214–221.

³⁸⁵ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 12.

³⁸⁶ Там же. С. 13.

дарств он легализован на региональных уровнях – в Испании (Каталония и др.), Италии (Тоскани и др.), Австрии, Бразилии, США (Гавайи, Калифорния, Вермонт, Дакота, Нью-Йорк, Мэн и др.³⁸⁷).

В конце XX в. наметились две тенденции в развитии этого блока семейного законодательства. В большинстве стран законодательные органы исходили и исходят из того, что брак не может быть заключен между лицами одного пола, поскольку тому препятствуют национальные и религиозные традиции и/или соответствующие конституции. При этом не разрешаются и иные формы союзов – партнерства. В странах, где однополые союзы разрешены, брак, как правило, остается союзом мужчины и женщины, хотя в ряде из них правовые последствия однополых партнерств, особенно в имущественном плане, существенно приближены к брачному союзу³⁸⁸.

Особое место занимают Нидерланды, где на уровне законодательства в корне изменено представление о браке как семейном союзе только мужчины и женщины: в соответствии с нормой ч. 1 ст. 30 ГК «брак может быть заключен между двумя лицами разного или одного пола»³⁸⁹.

Законодательным экспериментом Франции стала социально-экономическая модель зарегистрированного партнерства – на основе закона 1999 г. «О гражданском пакте солидарности» (с последующим внесением в ГК Франции положений о самостоятельном гражданско-правовом договоре), поддержанного почти половиной населения страны (притом, что 13 тыс. мэров городов и президент республики Ж. Ширак выступили против любых имитаций брака³⁹⁰).

Участники договора о партнерстве должны отвечать определенным требованиям: возраст, дееспособность, несостояние в браке или другом партнерстве. Именно это позволяет ряду исследователей признавать его косвенную семейно-правовую природу,

³⁸⁷ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 118–119.

³⁸⁸ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 2. С. 521–522.

³⁸⁹ Там же. С. 525.

³⁹⁰ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 119–120.

хотя формально-юридически он таковым не является³⁹¹. В отличие от брака, заключение которого требует регистрации в мэрии, партнерство регистрируется в суде. Расторжение осуществляется как на основе взаимного согласия, так и при наличии спора также в суде. К правовым последствиям относятся: возникновение совместной собственности (если иное не предусмотрено договором), право на социальное обеспечение по семейному типу, право требовать совместного отпуска (при работе в одной компании), перевод в область проживания партнера (для лиц, работающих в государственной администрации), право на долгосрочную визу для партнера-иностранца (с последующим получением вида на жительство), на налоговые льготы (после трех лет сожительства). Не возникает, однако, аналогий с браком в области наследования и налогообложения³⁹².

По мнению Н.А. Алексеева, французская модель служит образцом для стран, не готовых сразу перейти к институту зарегистрированного партнерства для однополых пар и признать их семейный статус, ибо пакт не наносит ущерба традициям брака и не разрушает материю семейного права. Автор предлагает инкорпорировать в российское законодательство правовую конструкцию партнерства, альтернативную браку, – предпочтительно не семейно-правовой, а гражданско-правовой принадлежности. Этот вариант, с его точки зрения, вызовет меньше споров и возражений. Н.А. Алексеев считает необходимым ввести в ГК РФ договор социально-экономического партнерства – это даст возможность однополым парам получить некоторые экономические преимущества и официальное признание отношений. Договор должен заключаться в письменной форме и подлежать нотариальному удостоверению. На втором этапе либерализации законодательства автор предполагает корректировку разнополой сущности брака³⁹³.

С.В. Сивохина полагает, что законодательный эксперимент, захлестнувший многие страны Европы, «в условиях патриар-

³⁹¹ См.: Алексеев Н.А. Гей-брак: Семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве. М., 2002. С. 107.

³⁹² См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 122–126.

³⁹³ См.: Алексеев Н.А. Указ. соч. С. 373–376.

хальной России представляется несвоевременным и даже кощунственным, если учесть низкий уровень правовой культуры населения, господство правового нигилизма, ... высокую степень распространенности гомофобии, игнорирование государством проблемы внебрачных сожительств, а также если учесть скромную, едва заметную политику государства в социальной сфере». Особенно беспокоит автора возможное разрешение воспитания и усыновления детей однополыми парами³⁹⁴.

Так или иначе какие-то эксперименты в этой области нас, безусловно, не минуют. Лидеры России постоянно подчеркивают европейские статус и традиции нашей страны, а «европейский канон», которого Россия пытается придерживаться, в гендерном плане, как видим, много либеральнее нашей правовой доктрины. Ввиду светского характера государства категорическое осуждение однополых союзов православною церковью также не может быть принято за основу указанной доктрины: никто не призывает церковь их освящать...

Этапность продвижения к юридическому признанию партнерств, предложенная Н.А. Алексеевым, также не может быть принята: с одной стороны, вряд ли их природа может быть признана гражданско-правовой (это явный лично-правовой союз с семейными элементами), с другой стороны, не следует ставить перед законодателем и перспективную цель приближения таких партнерств к браку, а тем более – отождествления с ним. (Данные союзы с биологической точки зрения не относятся к нормам человеческой природы.) Допущение для участников партнерства приемного родительства, усыновления и иных прав в области попечения над детьми также представляется неприемлемым, так как образцы жизнедеятельности партнеров будут оказывать очевидное влияние на воспитуемого ребенка, в котором в большинстве случаев изначально заложены обычные природные потребности. В любом случае прежде, чем менять правовую доктрину в указанном направлении, следует либерализовать отношение послед-

³⁹⁴ Сивохина С. В. Указ. соч. С. 129.

ней к фактическому браку³⁹⁵, основанному на классическом семейном союзе мужчины и женщины.

Г. Семья – цель брака

В предложенном нами определении брака (как, впрочем, и в определениях абсолютного большинства цивилистов) к числу его конститутивных признаков относится цель создания семьи и поддержания семейных отношений. Это выводится также из текста п. 1 ст. 27 СК РФ, правда, методом от противного: «Брак признается недействительным... в случае заключения фиктивного брака, то есть если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью».

Но далее возникают уже известные сложности: определения понятия «семья» в СК РФ нет. Если учесть, что не определяются также брак, родство и свойство, родительство – биологическое и социальное, суррогатное материнство, усыновление, приемная семья и т.д., то, по аналогии с названием известного фильма, можно было бы нарисовать картину «Невероятные приключения понятий в семейном законе». Притом, как мы уже отмечали, их определения, часто необходимого и достаточного толка, присутствуют на доктринальном уровне.

Исторически семья всегда понималась как некая общность³⁹⁶. В Толковом словаре В. Даля сообщается: «Семья, семейство – совокупность близких родственников, живущих вместе (родители с детьми; женатый сын или замужняя дочь, отдельно живущие, составляют уже иную семью)»³⁹⁷. В социологии семья определяется как малая группа, основанная на родственных связях и регулирующая отношения между супругами, родителями и детьми, а также ближайшими родственниками; ее отличительными признаками являются совместное ведение домашнего хозяйства³⁹⁸. Р.П. Манан-

³⁹⁵ Подробнее об этом см. в §5 гл. II.

³⁹⁶ Подробнее см.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 88.

³⁹⁷ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. Т. 4. Пб., 1884. С. 173.

³⁹⁸ См., например: Социология / Под ред. В.Н. Лавриненко. М., 1998. С. 214.

кова, исследователь семьи в юридическом контексте, полагает, что под семьей следует понимать малую социальную группу (объединение, союз лиц) основанную на браке, родстве, усыновлении и иных формах принятия детей на воспитание, связанную общностью жизни, а также семейными правами и обязанностями³⁹⁹.

Одно из немногих легальных определений семьи содержится в норме ст. 1 ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» (№ 134 – ФЗ от 24 октября 1997 г. – с изм. от 22 августа 2004 г.): «лица, связанные родством и (или) свойством, совместно проживающие и ведущие совместное хозяйство». Разумеется, как справедливо замечает О.Ю. Ильина, эта дефиниция подчинена цели данного закона⁴⁰⁰. Впрочем, она не вызвала у автора резкой критики.

М.В. Антокольская пишет: «Само понятие семьи всегда было настолько неопределенным, что его невозможно даже закрепить в законодательстве»⁴⁰¹.

В.А. Рясенцев определял семью (в юридическом смысле) как круг лиц, связанных правами и обязанностями, вытекающими из брака, родства, усыновления или иной формы принятия детей на воспитание и призванных способствовать укреплению и развитию семейных отношений⁴⁰².

О.Ю. Косова предпринимает попытку сформулировать универсальную дефинитивную конструкцию, пригодную и для права: семья – основанная на лично-доверительных началах и совместной жизни малая социальная группа, члены которой связаны родством, браком и т.п., существование которой необходимо для воспроизводства общества⁴⁰³.

А.М. Нечаева, критикуя универсальность данного подхода, полагает, что семейно-правовое определение семьи должно отли-

³⁹⁹ См.: Мананкова Р.П. Правовые проблемы членства в семье. Томск, 1985. С. 22.

⁴⁰⁰ См.: Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007. С. 119.

⁴⁰¹ См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 8–9.

⁴⁰² Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 43.

⁴⁰³ См.: Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. С. 20.

чатся лаконизмом и четкостью, например: «Семья есть общность совместно проживающих лиц, объединенных правами и обязанностями, предусмотренными семейным законодательством»; лишь в исключительных случаях речь может идти о лицах, которые почему-либо вместе не живут (например, алиментнообязанные близкие родственники ребенка⁴⁰⁴).

Не вдаваясь «с лету» в аналитику собственно данного определения, заметим, что последняя авторская оговорка основывается на наименовании гл. 15 СК РФ «Алиментные обязательства других членов семьи». На наш взгляд, это всего лишь неудачное название, которое вполне можно заменить: «Алиментные обязательства других субъектов семейных отношений», ибо в главе собраны весьма разнородные ситуации (например, казусы, регулируемые нормой ст. 96 СК РФ).

Между тем в российском законодательстве были традиции определять брак (пусть и по образцу Кормчей книги и Модестина), родство и свойство.

В Семейном кодексе Болгарии, Кодексе Республики Беларусь о браке и семье и законах других стран присутствуют нормы о родстве и свойстве. В белорусском Кодексе, как мы уже отмечали, дана дефиниция брака, а в ст. 59 – определение семьи: «Семья – это объединение лиц, связанных между собой моральной общностью и поддержкой, ведением общего хозяйства, правами и обязанностями, вытекающими из брака, близкого родства, усыновления. Другие родственники супругов, нетрудоспособные иждивенцы, а в исключительных случаях и иные лица могут быть признаны в судебном порядке членами семьи, если они проживают совместно и ведут общее хозяйство». Далее даются определения многодетной семьи и неполной семьи (ст. 62 – 63) и декларируются *права и обязанности семьи*: «Семья обязана содействовать реализации прав и законных интересов членов семьи, на нее возлагается ответственность за воспитание и содержание детей, их защиту» (ст. 65).

Из этого текста явно следует, что белорусские цивилисты весьма близко подошли к решению «диптиха»: семья – объект

⁴⁰⁴ См.: Нечаева А.М. Указ. соч. С. 91.

права, семья – субъект права. Один из ведущих белорусских семейноведов Н.Г. Юркевич еще в 1970 г. писал, что семья представляет собой совокупность общественных отношений, среди которых выделяются отношения внутри семьи и отношения, в которых семья как целое выступает в качестве стороны⁴⁰⁵. Известный советский философ и социолог А.Г. Харчев отмечал, что семья, как и брак, представляя собой определенное отношение, является еще и социально организованным объединением людей, а главное отличие социальной организации (род, семья, государство) от простого социального отношения состоит в том, что последняя может выступать в качестве субъекта других общественных отношений и осуществлять определенную деятельность⁴⁰⁶. В российской доктрине права социального обеспечения семья многими и давно рассматривается точно таким же образом⁴⁰⁷. В семейно-правовой доктрине это положение рассматривается лишь как гипотеза. Так, Ю.А. Королев, ссылаясь на позицию известного правоведа 20 – 30-х гг. П. Стучки, признававшего семью как юридическое лицо, субъект права в досоциалистических буржуазных формациях (и отказывая в этом семье пролетарской как субъекту, не представляющему частную собственность), предлагает вернуться к данной идее. Спор о семье, отмечает автор, как субъекте права ведется со времен римского права; знала примеры семейной правосубъектности и Россия (например, откупы), аналогичное положение сохраняется и по сей день у северокавказских народов. Семья занимает промежуточное положение между фактическими и юридическими лицами, она выступает в гражданском обороте как единое целое в вопросах жилищных (особенно в сфере приватизации жилья), при получении льгот непосредственно на семью и др.⁴⁰⁸ Ю.А. Королев подчеркивает, что у

⁴⁰⁵ См.: Юркевич Н.Г. Советская семья. С. 7.

⁴⁰⁶ См.: Харчев А.Г. Брак и семья в СССР. С. 38–39.

⁴⁰⁷ См., например: Право социального обеспечения / Под. ред. К.Н. Гусова. М., 1999. С. 70; Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения. М., 1998. С. 15 и др.

⁴⁰⁸ См.: Королев Ю.А. Семья как субъект права // Журнал российского права. 2000. № 10. С. 61–64.

нас отсутствуют семейные штрафы, семейные налоги, нормы, определяющие взаимодействие социального института семьи и государства⁴⁰⁹ (притом что декларация «семья – ячейка государства и общества» аксиоматична). Однако имеются семейные предприятия, крестьянские хозяйства и т.п., что определенным образом свидетельствует о правосубъектности семьи⁴¹⁰.

В.И. Иванов также является сторонником рассматриваемого нами «диптиха». По его мнению, норма ст. 7 СК РФ предусматривает и коллективные права семьи. Автор полагает семью общиной, основанной на браке, рождении детей, их воспитании, усыновлении⁴¹¹. Он, вслед за Н.Г. Юркевичем, классифицирует соответствующие отношения на внутрисемейные (права членов семьи) и внешнесемейные, в которых семья выступает в своем единстве перед третьими лицами. К последним автор относит права и обязанности на семейную тайну, коллективное семейное обращение в государственные органы, защиту чести и достоинства семьи, совместное проживание, приватизацию, общесемейную собственность (включая действия на основе презумпции согласия), деликтную ответственность⁴¹². Как отмечает О.Г. Куриленко, в идее признания семьи самостоятельным субъектом права имеется «некоторое рациональное зерно», однако на данном этапе она недостаточно обоснованна⁴¹³.

Что ж, это явно преодолимый аргумент. Равным образом преодолим и «понятийный нигилизм» в сфере семейного права и шире – в областях, где используются ключевые семейно-правовые понятия, о чем мы уже писали.

Кроме Республики Беларусь, определенными образцами подобного рода могут служить положения Кодекса семьи и соци-

⁴⁰⁹ Королев Ю.А. Семья как субъект права. С. 65.

⁴¹⁰ Там же. С. 66.

⁴¹¹ Комментарий к СК РФ / Под ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. М., 2001. С. 38–39.

⁴¹² Комментарий к СК РФ / Под ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. С. 40.

⁴¹³ См.: Куриленко О.Г. Регулирование брачного правоотношения по законодательству Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 47.

альной помощи Франции от 24.01.1956 г. (с изм. 1995 г.), где, на взгляд О.Г. Куриленко, как раз оптимально сочетаются концепты семьи как социального института и как правовой конструкции. Так, в ч. 1 Кодекса («Социальная защита семьи») дается определение понятия «семейные объединения». К ним относятся открытые объединения, свободно организующиеся и включающие в себя: семьи, созданные путем заключения брака или установления родственных связей, основанных как на кровном родстве, так и на приеме в семью; женатые пары, не имеющие детей; всех физических лиц, открыто имеющих на своем содержании как своих собственных, так и приемных детей, а также фактически и постоянно выполняющих родительские функции или осуществляющих опеку над одним или несколькими детьми, защищающих материальные и нравственные интересы либо всех семей в целом, либо определенной категории семей. Соответственно по своему положению отдельные виды таких семейных объединений могут быть приравнены к юридическому лицу⁴¹⁴.

В указанном законе содержатся положения о формах государственной поддержки семьи – компенсации семейных расходов (ст. 20), охраны семейной собственности, обеспечения трудовых и семейных интересов и др.

Отвечая на приведенные ранее возражения о невозможности дефинирования семьи и солидаризируясь в этом вопросе с автором исследования, О.Г. Куриленко в результате обобщения доктринальных и нормативно-отраслевых версий предлагает определять семью как объединение людей на основе брака, родства, принятия детей на воспитание, связанных общностью жизни, а также семейными правами и обязанностями, где безусловными признаками семьи выступают брак, родство, принятие детей на воспитание, а дополнительными – общность жизни и иждивение; последнее следует рассматривать в качестве образующих семейную общность лишь в случаях, установленных законом⁴¹⁵.

Однако положение о факультативности «общности жизни» противоречит сущности брака, если вспомнить наши начальные

⁴¹⁴ Цит. по: Куриленко О.Г. Указ. соч. С. 53.

⁴¹⁵ Куриленко О.Г. Указ. соч. С. 55.

построения «от противного»: союз, не преследующий цели создания семьи, есть фиктивный, а доказывание фиктивности, как правило, осуществляется путем установления факта «разобщенности», неподдержания общесупружеских отношений⁴¹⁶. Кроме того, устойчивое раздельное проживание без намерения возобновить отношения квалифицируется как «фактический развод» и дает суду право отойти от правила совместной супружеской собственности и признать имущество, нажитое в этот период личной собственностью каждого из супругов (п. 4 ст. 38 СК РФ).

Раздельное проживание субъектов семейных правоотношений возможно, однако, по общему правилу, оно разрушает семью, трансформирует ее в какие-то иные типы семейных связей, попыток поименовать и классифицировать которые пока не предпринималось.

Что касается положения о свободе выбора супругами места жительства, а следовательно, допущения и жительства раздельного, то подобную ситуацию можно рассматривать как исключение из общего правила – правило, подтверждающее, кроме случаев установленного судом фактического прекращения супружеских отношений (фактического развода).

Помимо внедрения в текст СК РФ определения понятия семьи, а за ним – и членов семьи, необходимо четко отграничить брак как одну из предпосылок семьи и семью как цель брака, различить ситуации, в которых семья выступает либо субъектом права, либо объектом права (правовой охраны и защиты), и систематизировать эти ситуации. Далее, на уровне «пакта солидарности» права социального обеспечения, трудового права, права семейного и права гражданского необходимо обозначить охранно-защитные блоки («контрфорсы») для «построения, обслуживания и ремонта» здания брака и семьи.

Например, А.М. Нечаева полагает, что даже гражданское право, подключившись к данному «пакту», вполне могло бы приумножить свое участие в этом процессе, предусмотрев в ГК РФ: 1) возможность ограничения прав и свобод в интересах семьи; 2) гарантии укрепления семьи при распоряжении правом собствен-

⁴¹⁶ Подробнее об этом см. в § 2 гл. III.

ности; 3) изъятие имущества у собственника с учетом интересов семьи; 4) обращение взыскания на земельный участок при условии соблюдения интересов семьи; 5) зависимость условий заключения различного рода гражданско-правовых сделок от интересов семьи; 6) приоритет интересов семьи при разделе общей собственности, определении имущественных долей; 7) дарение семье; 8) ограничение свободы завещаний, если оно не на пользу семье⁴¹⁷. (В этом случае «экспансия» гражданского права превратилась бы в свою противоположность. А еще лучше: произошла бы гармонизация классических начал цивилистики в лице гражданского права и специфических личностно-семейных начал той же цивилистики, но в лице «дитяти», нуждающегося в заботе «матери», взрастившей его и выпустившей в самостоятельное «плавание» по регулятивно-охранительным волнам общего «цивилистического» моря договоров, актов, обязательств, конфликтов и уступок.)

Особого внимания требует весьма неожиданный подход к явлению семьи со стороны О.Ю. Ильиной. Информационно опираясь на значимость римской и старорусской семьи, на положения СК РФ о ее укреплении, охране и защите, об основании расторжения брака (невозможность сохранения семьи), о разделе имущества супругов с учетом интересов семьи и т.д. и т.п., она полагает, что в настоящее время правовому регулированию подвергаются лишь отдельные отношения между членами семьи и вообще нельзя говорить о понятии семьи в юридическом смысле. Далее автор делает весьма оригинальное заключение о том, что «семья в юриспруденции – это фикция, интересы которой обеспечиваются частноправовыми и публично-правовыми средствами»⁴¹⁸. Соответственно О.Ю. Ильина отрицает законодательное определение брака (если таковое впоследствии), где в качестве цели обозначалось бы «создание семьи» и «поддержание семейных отношений», на что как на конститутивный признак брака указывает большинство цивилистов: Е.М. Ворожейкин, А.М. Белякова, В.А. Рясенцев, Г.М. Сверд-

⁴¹⁷ См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 109.

⁴¹⁸ См.: Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. С. 140.

лов, А.И. Пергамент, В.П. Шахматов, Н.Г. Юркевич и др., в том числе и автор настоящей работы⁴¹⁹).

О.Ю. Ильина полагает, что данная точка зрения была оправдана в советский период – ввиду чрезмерной заботы государства об укреплении советской семьи, основанной на принципах коммунистической морали и т.п. Конечно, продолжает автор, и сейчас в большинстве случаев супруги при заключении брака намерены вести совместную жизнь, воспитывать детей, создавать и поддерживать имидж семьи, но это признаки, определяющие статус семьи как социального, а не правового института⁴²⁰.

Между тем очевидно, что брак не тождественен семье – этой аксиомы, вопреки утверждению О.И. Ильиной⁴²¹, придерживается и российский законодатель, а не только большинство советских и российских цивилистов. Предложение автора об изменении структуры Семейного кодекса путем выделения самостоятельных разделов «Брачное право», «Семейное право» заслуживает внимания, тем более что приводимый нами неоднократно в качестве образца (пусть и не для полного подражания) Кодекс Республики Беларусь выстроен именно по такой схеме.

Брак как правоотношение содержательно (но не по форме!) совпадает с семьей только в одном случае: если он является супружеским союзом с детьми или без детей. Добавление в эту структуру других субъектов семейного права это внешнее совпадение разрушает.

Наличие у молодых (да и зрелых) пар единственной цели – узаконить свои сексуальные отношения или приобрести иной социальный статус⁴²² – конечно, в жизни встречается (первое ассоциируется с гнусеньким утверждением «брак – узаконенная проституция», а второе с конструкцией «брак по расчету»). Однако и между такими парами, как правило, возникает некая общ-

⁴¹⁹ См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 47.

⁴²⁰ См.: Ильина О.И. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 56–57.

⁴²¹ Там же. С. 60.

⁴²² Там же. С. 56.

ность — эмоциональная, хозяйственная, договорная, представительская. «Чисто сексуальный эксперимент» как единственное содержание брака (то есть брака без семьи) — всего лишь эксклюзив, а может быть, и миф. На этой «тонкой нити телесного бытия» жизнь долго не продержится. А главное — именно как эксклюзив (исключение) — такой союз и не опровергает правила о семье как цели нормального, обыкновенного, массового брака.

Мы уже отмечали, что элементы семейной правосубъектности присутствуют в сферах социального и жилищного обеспечения, «интересы семьи» являются объектом не только декларативной, но и сугубо конкретной защиты СК РФ и т.д. Кроме того, ряд цивилистов полагает (А.М. Нечаева, Ю.А. Королев и др.), что недостаточное правовое присутствие семьи как объекта (А.М. Нечаева и др.) и как субъекта (Ю.А. Королев, О.Г. Куриленко и др.) есть недостаток нашего законодательства.

Объявление же семьи «юридической фикцией» (включая, видимо, и приемную семью, и патронат, и семью в составе фактического воспитателя и фактического воспитанника и т.п.), доведенное до логического конца, окончательно превращает ее в миф, в сказку для будущих поколений.

Использование О.И. Ильиной конструкции «фикция» не отражает, на наш взгляд, существа проблемы. Фикция как нормативное объявление существующим заведомо не существующего есть технико-юридический прием для случаев, когда иные юридические технологии применить невозможно⁴²³. В семейном праве к классическим фикциям относятся: фиктивная запись об отцовстве (п. 3 ст. 51 СК РФ), момент прекращения брака (п. 1 ст. 25 СК РФ) и т.п.

⁴²³ См., например: Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 25–33; Тарбагаева Е.Б. Юридические предположения в гражданском процессе (исковое производство): Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 16; Джазоян Е.А. Категория фикции в гражданском праве: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 2006. С. 11–14; Кузнецова О.А. Презумпции в российском гражданском праве: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 11; Нахова Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию. Саратов, 2006. С. 68.

(Если уж использовать такие формально-юридические и крайне специфические технические приемы, как преюдиция, презумпция, фикция, то логичней было бы поразмышлять над соотношением «семья-презумпция», ибо ключевое свойство последней – в ее опровержимости, что и может быть использовано судебной практикой в делах о признании брака недействительным и о расторжении брака.) Однако определенный смысл в такой постановке проблемы есть: семья – фикция, ибо закон не располагает понятием семьи, к ней постоянно адресуясь; семья – фикция, ибо разные отраслевые законы используют свои формальные конструкции, семья – фикция, ибо чаще всего речь идет о членах семьи, а не о семейной общности как объекте многосторонней и конкретной помощи и субъекте права. Как справедливо полагают Е.М. Ворожейкин⁴²⁴, Р.П. Мананкова и другие цивилисты, если «в каждой отрасли права есть свое понятие семьи, то это разные понятия, которые и обозначаться должны соответственно разными терминами»⁴²⁵. Семья, продолжает Р.П. Мананкова, является предметом изучения многих отраслей науки, однако это не дает оснований изменять содержание данного понятия в зависимости от прикладных потребностей конкретной области исследования – никто ведь не пытается произвольно изменить содержание таких понятий, как «общество», «государство»; между тем понятие семьи стоит в одном ряду с ними⁴²⁶.

Таким образом, цель брака – создание семьи, содержательным же его компонентом является поддержание семейной общности в период жизни данного союза. Изначальное отсутствие таковой цели характеризует либо союз эксклюзивный (исключительный), либо фиктивный, а последующее отсутствие семейной общности также свидетельствует либо о «смерти» брака, либо его исключительности («выпадении из нормы»).

⁴²⁴ См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Советское семейное право. М., 1974. С. 33.

⁴²⁵ См.: Мананкова Р.П. Правовой статус членов семьи по советскому законодательству. Томск, 1991. С. 36.

⁴²⁶ Там же. С. 39.

Состояние разработок по проблеме семьи свидетельствует о необходимости: 1) формулирования общего понятия «семья» в СК РФ, а также понятий «член семьи», «семейные связи» (не совпадающие с семьей в собственном смысле слова); 2) использования этой конструкции в других отраслях права (а не «изобретения» ими собственной) с указанием, однако, какие и чьи семейные интересы защищаются, – семьи в целом, отдельных членов семьи с дифференциацией понятий «член семьи» (лицо, проживающее в семейной общности, – супруги, дети, родственники, свойственники, иждивенцы, подопечные и т.д.) и «иные категории граждан», не проживающие семейной общностью (те же родственники и т.п.), интересы которых защищаются тем или иным законом; 3) дифференциации на теоретическом и нормативном уровнях семьи как объекта охраны и защиты и как субъекта права.

Д. Условия заключения брака

Последняя конститутивная составляющая брачного союза – его соответствие определенным формальным требованиям семейного закона. Она двуедина и включает в себя требования к субъектам и их связям (положительные и отрицательные условия заключения брака) и организационные требования – условие о государственной регистрации союза в органах ЗАГС с соблюдением некоторой процедуры.

Первое из них – **брачный возраст**. Данное условие является частью брачной правосубъектности (вторую ее «половину» составляет дееспособность совершеннолетнего лица, о которой речь пойдет далее).

Обычно цивилисты приводят безусловную «стреловидную» линию связи между законным брачным возрастом и предположением о достижении лицом с этого момента (с 18 лет) определенной степени физической и психической зрелости⁴²⁷. В действительности, эта линия не вполне приемлема. Решение о возрастном барьере наступления правосубъектности (или только дееспособности) в разных отраслях российского права обусловлено не только этим фактором: слишком уж существенны разли-

⁴²⁷ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 119.

чия: в уголовном праве – 14, 16, 18 лет (в зависимости от вида преступления), трудовом – 16 и с 14 лет, государственном – 18 лет и выше, административном – 14 лет и выше, в гражданском ключевые точки – 14 и 18 лет, семейном – 10 (право давать согласие на усыновление, смену фамилии и т.д.), 14 (право самостоятельно защищать свои интересы в суде, устанавливать внебрачное отцовство), 16 (общефедеральный вариант снижения брачного возраста, право признавать свое отцовство, приобретение ограниченного родительского статуса и др.), 18 лет. Этот многовариантный подход российского законодателя к вопросу о «зрелости» субъекта права и правоотношения можно дополнить разнообразием позиций (хотя бы и только по поводу брачного возраста) законодателей других стран⁴²⁸: например, в Англии – 16 лет, Индии – 12 лет, Франции и Японии – 16 лет для женщин, 18 для мужчин (притом что в Японии сделкоспособность наступает с 20 лет⁴²⁹), Болгарии, США, Швеции, Республике Беларусь – с 18 лет, Польше – с 21 года и т.д. Однако при этом для большинства европейских и для североамериканских стран – 18 лет. Решение зависит от многих факторов (интеллектуальных, физиологических, национально-культурных, правовых традиций и установок, в том числе в общецивилистическом плане). Не является уже, кстати, аксиомой более раннее половое созревание жителей южных стран⁴³⁰... Встречается и гендерная дифференциация брачного возраста. Например, в Украине традиционно (КоБС УССР 1969 г., СК Украины 2003 г.) брачный возраст для женщины установлен в 17 лет (мужчин – 18), в Молдавии – соответственно 16 и 18 лет (ст. 14 СК Республики Молдова 2000 г.).

Впрочем, очевидно, что, по крайней мере, данное решение должно коррелировать с соответствующими возрастными барьерами, установленными внутренним законодательством страны.

⁴²⁸ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 518.

⁴²⁹ См.: Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. С. 164.

⁴³⁰ См., например: Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. С. 29.

Именно так обстоит дело в Российской Федерации. СК РФ повторил норму о 18-летнем брачном возрасте – с возможностью его снижения решением органа местного самоуправления до 16 лет (п. 1 – 2 ст. 13 СК РФ). Однако в ч. 2 п. 2 ст. 13 законодатель ввел принципиальную новеллу, позволяющую субъектам Российской Федерации своими законами снижать возраст ниже предела 16 лет. Причем в проекте СК РФ, официально опубликованном в «Российской газете» для всенародного обсуждения, имелся ограничитель в 14 лет, который исчез в принятом варианте.

Тем не менее полагаем, что «по умолчанию» данный лимит присутствует. И сразу по нескольким причинам. Во-первых, по соображениям разумности. Во-вторых, по причине связанности более раннего брачного возраста с возможностью наступления гражданской дееспособности в полном объеме (п. 2 ст. 21 ГК РФ). В-третьих, в семейно-правовом контексте: с 14 лет формируется ограниченный по объему семейно-правовой статус "взрослого лица" (самостоятельная судебная защита, право в судебном порядке устанавливать свое внебрачное отцовство и, следовательно, приобрести комплекс родительских прав и обязанностей, что на практике (а теперь и в законодательстве) всегда было связано с перечнем оснований снижения брачного возраста). В-четвертых, в общеправовом: как мы уже отмечали, начала ведущих отраслей российского права (гражданского, уголовного, в существенно меньшей степени – административного, трудового) определяют 14 лет как ключевую точку отсчета для "запуска" ограниченного отраслевого статуса и правосубъектности.

Большинство из тех субъектов Федерации, которые воспользовались правом снижения брачного возраста "ниже нижнего предела", установили ограничитель в 14 лет. Так, например, поступили законодатели Владимирской, Вологодской, Калужской, Московской, Ростовской, Самарской, Тюменской областей, Ханты-Мансийского автономного округа и др. Более осторожно – Мурманской, Рязанской, Тверской, Челябинской областей, где объявлена возрастная граница в 15 лет. Всего в эксперименте участвует более 20 регионов.

Указом («впредь до принятия соответствующего закона...») Президента Республики Адыгея⁴³¹ было установлено, что «разрешение на вступление в брак до достижения возраста шестнадцати лет при наличии особых обстоятельств дается Президентом...». Однако, поскольку далее МВД республики предписывалось «... обеспечить в первоочередном порядке выдачу паспортов гражданина Российской Федерации...», становится очевидным, что 14-летний барьер все же имелся в виду (в 1998 г. соответствующий Закон был принят).

Напротив, такого вывода не следует из нормы ч. 2 п. 2 ст. 12 СК Республики Башкортостан: «В виде исключения с учетом особых обстоятельств органами местного государственного управления может быть разрешено вступление в брак лицам, не достигшим шестнадцатилетнего возраста». Повторив в этом вопросе СК РФ, региональный законодатель не осуществил необходимой конкретизации своей позиции.

Как часто бывает, «истина где-то ближе к середине»: возрастная цепочка «18 – 16 – 14 лет» правомерна, «18 – 16 – 15» лет правомерна и не менее разумна, «18 – 16 – бесконечность» может быть правомерной и разумной только при двух условиях. Первое: снижение возраста ниже 14 лет должно применяться как чрезвычайное правило; второе: решение вопроса целесообразно передать суду – такая практика уже апробирована в ряде зарубежных стран (Англия, Польша, США, ФРГ, Югославия и др.).

В административном процессе и семейном праве отработаны основания для снижения брачного возраста: фактический брак, беременность, рождение ребенка, тяжкая болезнь одного из супругов, призыв на военную службу, длительная командировка и т.п. Это, как правило, подтверждается и соответствующими региональными законами – с тем лишь уточнением, что перечень таковых обстоятельств для разрешения вступить в брак до 16 лет ограничен, а в ряде законов – исчерпывающ. Владимирская область: рождение ребенка, беременность (свыше 12 недель), непо-

⁴³¹ См.: Указ Президента Республики Адыгея «Об исключительных случаях снижения брачного возраста в Республике Адыгея» № 262 от 13.11.1997 г.

средственная угроза жизни одной из сторон. В Вологодской области перечень дополнен условием призыва жениха на службу в Вооруженные Силы РФ. В Челябинской области для применения исключения установлен значительный срок беременности – 22 недели и более и т.д.

О.Г. Куриленко предлагает уйти от региональной «разногласицы» и установить правило о 14-летнем брачном возрасте (в виде исключения) на федеральном уровне⁴³². Полагаем, это целесообразно, так как, кроме регионов с традициями ранних браков, предоставленным правом воспользовались самые различные субъекты Федерации – без какой-либо понятной логики. Например, вокруг Москвы, пожалуй, только Ярославская область осталась с федеральным вариантом... Аналогичной точки зрения придерживается и М.В. Антокольская: «С одной стороны, в регионах, где традицией поощряется вступление в брак в раннем возрасте, возможно принятие законов, чрезвычайно упрощающих процедуру снижения брачного возраста, что может привести к массовому нарушению прав несовершеннолетних. С другой стороны, при отсутствии такой возможности браки с несовершеннолетними будут совершаться в соответствии с местными обычаями, что приведет к еще меньшей правовой защищенности. Другая опасность заключается в том, что в ряде субъектов РФ такие законы могут вообще не приниматься, что не дает возможность заключения брака даже при наличии особых обстоятельств»⁴³³.

Почти с теми же аргументами (обеспечение интересов несовершеннолетних граждан), но с совершенно иными предложениями – увеличением брачного возраста до 21 года – выступают И.В. Афанасьева и Ш.Х. Заман. Авторы полагают, что именно к этому возрасту мужчины и женщины социально созревают к браку: получают профессию, приобретают жизненный опыт, создают

⁴³² См.: Куриленко О.Г. Указ. соч. С. 13.

⁴³³ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 120.

определенные материальные накопления, то есть более или менее адаптируются к взрослой жизни⁴³⁴.

Подобные предложения высказывались и ранее – при разработке проектов КоБС РСФСР и СК РФ, но поддержки, разумеется, не нашли, так как не соответствуют ни историческим, ни национальным, ни юридическим традициям, да и насущным потребностям: в определенных стратах российского общества брачный возраст и так близок к 20 – 25 годам, однако есть и всегда были группы населения с иными обычаями в этом вопросе.

Взаимное добровольное согласие мужчины и женщины на вступление в брак (ст. 12 СК РФ). Это требование трактуется в единстве воли и волеизъявления. «Одно лишь внешнее выражение воли, – отмечает О.С. Иоффе, – не опирающееся на подлинное внутреннее желание установить брачные отношения, ни при каких обстоятельствах не может считаться юридически значимым согласием на вступление в брак»⁴³⁵. Из признания данного толкования справедливым следуют два отличных друг от друга классических варианта оснований недействительности брака: первое – порок воли, второе – односторонняя и двусторонняя фиктивность намерения создать семью⁴³⁶ (п. 1 ст. 27 СК РФ).

Оба основания конкретизируются в нормах о признании брака недействительным, причем первое – «окольным путем»: через правило, перечисляющее субъектов права на предъявление иска (ч. 2 п. 1 ст. 28 СК РФ): «Требовать признания брака недействительным вправе: ... супруг, права которого нарушены заключением брака, а также прокурор, если брак заключен ... в результате принуждения, обмана, заблуждения или невозможности в силу

⁴³⁴ См.: Афанасьева И.В., Заман Ш.Х. Роль и значение правового регулирования в решении проблем брачно-семейных отношений // Семейное право. 2004. № 2. С. 2.

⁴³⁵ Иоффе О.С. Указ. соч. С. 201.

Определенной гарантией такового согласия является правило о личной подаче заявления о вступлении в брак и регистрации его в присутствии жениха и невесты.

⁴³⁶ См., например: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. С. 277–278.

своего состояния ... понимать значение своих действий и руководить ими».

Однако и это уже является достижением, так как в прежнем кодексе перечень пороков воли отсутствовал вовсе. Впрочем, поскольку существо конкретных обстоятельств не раскрывается, их толкование осуществляется, во-первых, через судебную практику рассмотрения дел о признании брака недействительным на основании КоБС РСФСР (реальная угроза насилия, похищение невесты, сговор с родителями невесты, подкрепленный калымом⁴³⁷), во-вторых, путем субсидиарного применения гражданского законодательства о недействительных сделках⁴³⁸ – в части, не противоречащей существу отношений (ст. 4 СК РФ). А следовательно, дифференциация пороков воли может быть богаче: дополнительно к перечисленным в ч. 2 п. 1 ст. 28 СК РФ ими признается сделка, совершенная под влиянием злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой либо вследствие стечения тяжелых жизненных обстоятельств (п. 1 ст. 179 ГК РФ). Предлагаемая ГК РФ расшифровка отдельных пороков воли также может быть использована (например, правило ч. 2 п. 1 ст. 178 ГК РФ о существе заблуждения).

И.Б. Новицкий отмечал: «В тесном смысле термин "заблуждение" имеет место тогда, когда лицо ненамеренно и помимо чье-го-либо воздействия (в противоположность, например, случаям совершения сделок под влиянием обмана) составляет себе неправильные представления или остается в неведении относительно тех или иных обстоятельств и под влиянием этих ошибочных представлений или неведения делает такое выражение воли, какого оно не сделало бы, если бы не было заблуждения»⁴³⁹.

⁴³⁷ Серьезной может быть признана, отмечает М.В. Антокольская, угроза разглашения сведений о прерывании беременности, потере невинности в отношении женщины, находящейся под воздействием традиционных представлений, несмотря на то, что большинство современных российских граждан не посчитали бы такую угрозу серьезной (см.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 127).

⁴³⁸ См.: Там же. С. 278.

⁴³⁹ Новицкий И.Б. Указ. соч. Т. 1. С. 293–294.

«Обман, – подчеркивает М.В. Антокольская, – это намеренное введение в заблуждение лица, вступающего в брак, тогда как заблуждение может возникнуть и в результате независимых от сторон причин, действия третьих лиц или вины самого заблуждающегося супруга»⁴⁴⁰. Так, существенным, полагает автор, может быть признано заблуждение относительно моральных качеств одного из супругов (брак с проституткой, лицом, осужденным за преступление)⁴⁴¹. Однако данные примеры представляются нам сомнительными с точки зрения «судебной устойчивости».

Обман и заблуждение издавна толковались применительно к браку далеко не однозначно.

Так, Г.М. Свердлов писал, что заблуждение при заключении брака может иметь две формы – заблуждение в тождестве и заблуждение в свойствах лица. Если квалификация первой ситуации представлялась автору бесспорной, то второй – весьма сомнительной. Когда в гражданском праве, продолжал автор, речь идет о заблуждении в качестве полученной вещи или в свойствах лица, мы всегда имеем дело со свойствами легко определяемыми и сопоставимыми; при заключении же брака речь идет о двух субъектах, которые выступают друг перед другом во всей сложности и неповторимости своих личных качеств – физических, нравственных, психических, интеллектуальных, и тщетно было бы пытаться установить в конкретном случае заблуждение в каком-либо одном или даже нескольких свойствах другого лица, поскольку за пределами этих свойств, относительно которых имело место заблуждение, остается еще много других свойств и качеств, которые в достаточной мере могут обосновать необходимость сохранения брака⁴⁴².

Заблуждение или обман как основание признания брака недействительным, кроме того, включает два специальных варианта. Первый особым образом обозначен в новелле п. 3 ст. 15 СК РФ: сокрытие венерической болезни или ВИЧ-инфекции. Как отмечает А.П. Сергеев, данные факты являются существенными

⁴⁴⁰ Антокольская М.В. Указ. соч. С. 278.

⁴⁴¹ Там же. С. 128.

⁴⁴² См.: Свердлов Г.М. Брак и развод. М., 1949. С. 58, 282.

«для формирования воли лица, с которым лицо, имеющее соответствующее заболевание, намерено зарегистрировать брак»⁴⁴³.

Второй вариант далеко не очевиден, но нуждается в осмыслении и квалификации через судебный прецедент: речь идет о сокрытии одним из брачующихся факта существенных половых аномалий и/или смены пола в результате соответствующей медицинской операции и последующей регистрации перемены пола органом ЗАГС. С большой долей условности можно использовать пояснение, содержащееся в норме ч. 2 п. 1 ст. 178 ГК РФ: "Существенное значение имеет заблуждение относительно ... таких качеств ... предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению". Есть ли здесь ошибка в субъекте, в природе отношений, подрывает ли данное заблуждение существо брака? На эти вопросы еще предстоит ответить судебной практике. Полагаем, что в исключительных случаях («казусах особого рода») положительные ответы не невозможны.

(Как мы уже отмечали, ряд цивилистов придают факту смены пола существенное значение. Так, Д.И. Степанов квалифицирует его как «социальную смерть» и потому допускает применение нормы ст. 45 ГК РФ об объявлении такого гражданина умершим в судебном порядке. Как справедливо замечает Л.А. Смолина, автором не учитываются, кроме всего прочего, правовые последствия, вытекающие из факта смерти, – прекращение ряда правоотношений, например алиментных, возникновения отношений наследования и т.д. В свою очередь, Л.А. Смолина предлагает изменить редакцию нормы п. 1 ст. 16 СК РФ: «Брак прекращается..., а также при изменении пола одним из супругов». Существенное значение данному факту придает и М.Н. Малеина⁴⁴⁴. Очевидно, что факт сокрытия смены пола неизбежно должен признаваться данным автором юридически значимым и для признания брака недействительным.)

Требование о единобрачии (ст. 14 СК РФ). Данное условие означает законодательное закрепление принципа моногамии, сформированного в основном европейской исторической практикой и

⁴⁴³ См.: Свердлов Г.М. Брак и развод. С. 278.

⁴⁴⁴ См.: Смолина Л.А. Указ. соч. С. 10.

признанного во многих других странах. Однако и ранее, и в настоящее время это условие для целого ряда стран далеко не догма. Так, даже в Российской империи в виде исключения допускались и многоженство для магометан, и полиандрия (соединение нескольких мужчин с одной женщиной)⁴⁴⁵. Как известно, и в настоящее время проблема не только теоретически ставится в российской цивилистике, но и практически воплощается путем издания противоречащих федеральному законодательству актов о разрешении многоженства (попытка легализации полигамии в Республике Ингушетия, Чечне). Так, постановлением № 32 от 11.07.1999 г. Администрации г. Урус-Мартан "О некоторых мерах по приведению в соответствие с нормами Шариата супружеских отношений" рекомендовано "пересмотреть свой жизненный уклад и изыскать возможность для заведения от двух до четырех супругов".

Дело не в очевидной незаконности любых подобных актов, а в необходимости считаться с иными воззрениями на брак, существовавшими параллельно моногамии и не являющимися аномалией (в отличие от однополых союзов), следовательно, в допущении федеральным законом исключений из моногамии для соответствующих территорий, а может быть, и в целом национальностей, независимо от места их оседлости. (Так, например, во Франции многоженство было запрещено только в 1993 г.⁴⁴⁶)

Немаловажной информацией к размышлению является и постоянная диспропорция полов. Правильного соотношения числа женщин и мужчин на Европейском континенте, отмечает М. Босанац, не существует уже несколько столетий; женщин значительно больше; причина такой несоразмерности – в более высокой смертности мужчин и в их более активной эмиграции⁴⁴⁷. (Биологическое, в том числе материнское, начало нередко ведет женщину по пути внебрачных связей и внебрачных рождений. Насколько противен натуре женщины иной путь – «обыденный» (полигамный) брак?.. Разумеется, представители эмансипирован-

⁴⁴⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 587.

⁴⁴⁶ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 19.

⁴⁴⁷ См.: Босанац М. Внебрачная семья. М., 1981. С. 131–145.

ных организаций либо категорически отвергают (и уже неоднократно отвергали этот вариант), либо требуют гендерного равенства, то есть права женщины иметь несколько мужей. Россия, конечно, европейская страна, но, ориентируясь на западные страны, пристально вглядывается в восточные тонкости бытия...)

Кстати, признание различных вариантов фактических союзов также могло бы рассматриваться в качестве решения проблемы⁴⁴⁸.

Запрет браков с близкими родственниками (ст. 14 СК РФ). Данное условие в разных странах формулируется с существенно различной степенью жесткости. Так, в большинстве стран запрещены браки между родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии и боковой первой степени (между братьями и сестрами), а также между усыновителем и усыновленной. Первый запрет имеет генетические и этические корни, второй – только последние. После 1917 г. российское законодательство традиционно придерживается данного вполне либерального ограничения.

Во многих странах запрет жестче. Так, в Российской империи он касался четвертой степени родства и свойства. До третьей степени бокового родства (между дядей и племянницей и т.п.) действуют ограничения в США, Швейцарии, Франции, ФРГ, Японии, до четвертой степени – в Англии, Болгарии и некоторых других странах.

В Украине, сверх российского варианта, невозможны браки между двоюродными братьями и сестрами, тетей и племянником, дядей и племянницей (п. 3 ст. 26 СК Украины). Там же содержится весьма своеобразное правило: по решению суда может быть предоставлено право на брак между родным ребенком усыновителя и усыновленным им ребенком, а также между детьми, которые были усыновлены им (п. 4 ст. 26 СК Украины). Нормой ст. 15 Семейного кодекса Республики Молдова запрет родства углублен до четвертого колена (родственникам по прямой линии), установлен запрет брака между родственниками усыновителя по прямой линии до второго колена, между попечителями и подопечными.

Полагаем, что российское решение вполне гуманно: субъектам иной степени родства должны быть разъяснены весьма веро-

⁴⁴⁸ О фактическом браке см. в соответствующем параграфе.

ятные неблагоприятные последствия из области генетики – с тем, чтобы они принимали решение "со знанием дела" хотя бы в этом вопросе.

Запрет брака с недееспособным. Данное требование обусловлено двумя причинами. Во-первых, формально-юридической: судебное признание лица недееспособным вследствие душевного заболевания означает, что субъект не понимает значения своих действий и не в состоянии ими руководить. В этом смысле перед нами – автономный вариант порока воли. Расширяя рамки проблемы с заключения брачного союза до его функционирования, Д.И. Мейер писал: «Само собой разумеется, что изъявление согласия на вступление в брак предполагает способность к гражданской деятельности: если способность эта требуется для заключения договора какого бы ни было, то тем более она существенна, когда идет речь о таком важном деле, как брак»⁴⁴⁹. Если же судебного решения по данному вопросу нет, а фактическая недееспособность налицо, то действительность брака оспаривается на основании общего правила о пороке воли с применением нормы п. 1 ст. 12 СК РФ.

Во-вторых, запрет обусловлен соображениями медико-генетического свойства: наследственность многих психических заболеваний вполне очевидна⁴⁵⁰. Уместно напомнить, что известный указ Петра I «О свидетельствовании дураков в Сенате» запрещал браки со слабоумными, так как от них «доброго наследия к государственной пользе надеяться невозможно».

Однако совершенно очевидно, что действие второй причины запретом не перекрывается: случайные сексуальные связи, фактические «брачные союзы» с душевнобольными, а также между последними – дело нередкое. Эти отношения условно безразличны государству до того момента, пока не появится в их результате «третья жизнь». Вот это-то обстоятельство и беспокоит специалистов, да и гражданское общество в целом. Соответственно появляются различные предложения о введении мер по ограничению рождаемости.

⁴⁴⁹ Мейер Д.И. Указ. соч. С. 350.

⁴⁵⁰ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 122.

Казалось бы, если по социально-экономическим соображениям Китай (а такие попытки предпринимались в Индии и других странах) ограничительным образом регулирует рождаемость здорового населения, то в отношении душевнобольных лиц это тем более может быть оправданно.

Так, например, В.П. Шахматов и Б.Л. Хаскельберг полагают, что правовой путь в этом деле (причем авторы расширяют данные границы проблемности за счет лиц, являющихся носителями тяжелых наследственных заболеваний – не только психического толка) может состоять из двух этапов. Во-первых, необходимо ввести обязательные медико-генетические консультации для вступающих в брак. Во-вторых, в законодательном порядке предусмотреть «меры, ограничивающие рождаемость у лиц, имеющих опасные наследственные предрасположения»⁴⁵¹. Авторы приводят данные о количестве детей с наследственными дефектами – вследствие психических расстройств родителей, их биологической несовместимости и других «пороков здоровья». (При этом ученым и обществу в целом в то время не были известны «чума 20-го века – СПИД», многие другие заболевания и современная статистика о больных детях...)

Однако ни указанные авторы, ни большинство других юристов не решаются предложить жесткие, крайние меры медико-оперативного и т.п. характера. Хотя запреты соответствующих браков (у нас – с фактически и юридически недееспособными, носителями ВИЧ-инфекции и венерических заболеваний) не снимают проблемы в целом, нерешительность ученых, законодателей, гражданского общества обусловлена сложным комплексом этических вопросов: к кому, в связи с какими заболеваниями следует применять ограничительные меры, в том числе принудительного порядка, кто будет принимать решение и т.д.?

"В цивилизованном демократическом обществе, – отмечает М.В. Антокольская, – невозможно запретить указанным лицам иметь детей, поскольку это приведет к нарушению их важнейших прав"⁴⁵². Более того, длительное время вообще дискутировался

⁴⁵¹ См.: Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Указ. соч. С. 33.

⁴⁵² Антокольская М.В. Указ. соч. С. 123.

вопрос о включении в семейное законодательство правила об обязательном медицинском освидетельствовании будущих супругов. При этом, как правило, речь шла не о запрете по соответствующим результатам брака, хотя в ряде стран таковой запрет имеется (например, норма ст. 13 Семейного кодекса Болгарии устанавливает: "Не может заключить брак лицо, ... которое страдает заболеванием, представляющим серьезную опасность жизни или здоровью потомству или другому супругу, кроме случаев, когда заболевание опасно только для другого супруга и он знает о нем"⁴⁵³).

В итоге дискуссии по проекту СК РФ 1995 г. за основу было принято компромиссное решение⁴⁵⁴ – о добровольном и бесплатном медицинском обследовании брачующихся и их консультировании по медико-генетическим вопросам и вопросам планирования семьи. Причем результаты обследования являются медицинской тайной и могут быть сообщены второму будущему супругу только с согласия первого (п. 1 – 2 ст. 15 СК РФ).

Законодательством США, Финляндии и других стран предусмотрено обязательное медицинское обследование с последующим представлением в органы регистрации брака медицинского документа. При этом во Франции негативные результаты не могут служить препятствием для брака. Тем самым, отмечает С.В. Сивохина, ограниченный «радиус действия» такого правила развенчивает миф – концепцию биологической защиты брака от алкоголиков, наркоманов и др.⁴⁵⁵

Нормой ст. 13 СК Молдовы также предусмотрено обязательное медицинское обследование лиц, вступающих в брак; справка предъявляется в органы ЗАГС, однако последствия кодексом не оговариваются⁴⁵⁶. Белорусский закон в этом вопросе аналогичен российскому (ст. 14 КоБС РБ).

⁴⁵³ Семейный кодекс. София, 1993.

⁴⁵⁴ См., например: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 123; Нечаева А.М. Новый Семейный кодекс // Государство и право. 1996. № 6. С. 57.

⁴⁵⁵ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 190.

⁴⁵⁶ Любопытно, что в учебнике «Семейное право Республики Молдова» (Матвеев В., Матвеева Н., Кишинев, 2002) вообще нет упоминания о ст. 13.

С одной стороны, предельная аккуратность в формулировании правил медицинского характера, могущих влиять на заключение брака, понятна: эта область жизни человека интимна, неоспоримо право на медицинскую тайну и тайну личной жизни. С другой стороны, даже при оформлении на многие виды работ требуют в обязательном порядке медицинский документ, чтобы получить водительские права – так называемую шоферскую справку и т.д., и т.п. ...

М.В. Антокольская совершенно справедливо подчеркивает всевозрастающую актуальность проблемы взаимной осведомленности брачующихся о состоянии здоровья друг друга. «Незнание о наличии у будущего супруга, – пишет автор, – неизлечимого заболевания, передающегося по наследству, например, психических заболеваний, гемофилии или опасных инфекционных заболеваний ... может привести к непоправимым последствиям»⁴⁵⁷.

Л.Е. Чичерова предлагает следующую редакцию ст. 15 СК РФ: «1. Лица, вступающие в брак, обязаны пройти медицинское обследование, а при необходимости и консультирование по медико-генетическим вопросам и вопросам планирования семьи, результаты которых обязательно сообщаются только лицам, подавшим заявление о регистрации брака. 2. Соккрытие тяжелой болезни, а равно болезни, опасной для другого супруга, их потомков, является основанием для признания брака недействительным по требованию другого супруга»⁴⁵⁸.

Солидарную позицию занимает и О.Г. Куриленко, предлагая дополнить перечень оснований для признания брака недействительным фактом сокрытия одним из партнеров неспособности иметь детей, диабета и ряда других заболеваний⁴⁵⁹.

О.Ю. Ильина предлагает комплексное и вполне обоснованное решение: 1) установить обязательное медицинское обследование лиц, вступающих в брак; 2) предоставить право каждому из них сообщать или не сообщать о результатах партнеру; 3) ввиду не-

⁴⁵⁷ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 173.

⁴⁵⁸ См.: Чичерова Л.Е. Ответственность в семейном праве: вопросы теории и практики: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 9.

⁴⁵⁹ См.: Куриленко О.Г. Указ. соч. С. 14.

анонимности обследования, в случае обнаружения ВИЧ-инфекции либо венерического заболевания, каждого из них «предупреждать об уголовной ответственности за распространение и заражение соответствующим заболеванием»⁴⁶⁰.

В контексте данных рассуждений уместны соображения Е.Л. Невзгодиной о «биологической защите» брака – по типу упоминавшейся нами французской концепции: осознанное решение на вступление в брак должно сопровождаться не только отсутствием давления на волю со стороны третьих лиц, но и осведомленностью о партнере – его тяжелых хронических заболеваниях, иной патологии, препятствующей созданию полноценной семьи. Иначе складывается парадоксальная ситуация, продолжает автор:, любая сделка, даже незначительная, заключенная под влиянием обмана, является оспоримой, а намеренное сокрытие тяжелой болезни, алкоголизма, бесплодия (добавим от себя – факта смены пола, гермафродитизма и т.п.) не ведет ни к каким правовым последствиям, кроме как праву на развод⁴⁶¹. (Однако развод и признание брака недействительным, как говорят в одном известном городе, «две большие разницы».)

Как видим, нарастание, пусть и медленное, беспокойства юристов в этом вопросе очевидно. Дело – за законодателем.

Таким образом, анализ положительных условий и запретов, то есть предпосылок возникновения брачного правоотношения, установленных в современном российском семейном законодательстве, свидетельствует о вполне либеральном, демократическом подходе. Мы не только ограничились весьма разумным перечнем этих условий, но и разумной глубиной, жесткостью каждого юридического факта, избегнув "экзотических" требований (согласие родителей, запрет брака между свойственниками, ограничение предельного возраста вступления в брак и т.п.).

⁴⁶⁰ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность... С. 26.

⁴⁶¹ См.: Невзгодина Е.Л. Правовая защита брака по Семейному кодексу РФ // Вестн. Омск. ун-та. 1998. Вып. 4. С. 103.

Конститутивным признаком брака является и его *государственная регистрация* (п. 1 – 2 ст. 10 СК РФ). Это означает, что ни церковный обряд-венчание брачующихся, ни тем более фактический брак семейно-правовых последствий супружества не порождает. Мотивы данного императивного суждения имеют юридические корни в ближней истории⁴⁶². Первый случай обусловлен дореволюционной российской традицией признания церковной формы бракосочетания (до 20 декабря 1917 г.) и последующей борьбой с ней. Второй – признанием юридической силы фактического брака, возникшего по кодексу 1926 г. до 8 июля 1944 г. – и последующим отрицанием его. (После Указом Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. фактические супруги приглашались пройти регистрацию в органах ЗАГС, указав действительный возраст их союза; если таковая регистрация невозможна вследствие смерти или пропажи без вести на фронте, второй супруг вправе обратиться с заявлением о признании его состоявшим в брачном отношении в порядке особого производства гражданского процесса. Разумеется, в настоящее время подобные нормативные возможности неактуальны, однако действительны и небезынтересны.)

Между регистрацией брака и условиями его заключения имеется определенное соотношение "по субординации": при соблюдении всех условий, но при отсутствии регистрации – брака нет; напротив, если данный акт состоялся, определенные правовые последствия возникают⁴⁶³, несмотря на несоблюдение условий его заключения (в любом «ассортименте»), во-первых, придется устанавливать недействительность брака в исковом судебном порядке, во-вторых, возможна санация порочного брака, хотя и не по любым основаниям, через судебное объявление его действительным, в-третьих, абсолютная двусторонняя реституция не до-

⁴⁶² Разумеется, государственная регистрация есть только одна из форм узаконения брачного союза. Как мы отмечали в I главе, до крещения Руси формой общественного признания являлись различного рода обряды, после крещения – официально только церковная форма в виде венчания, хотя в крестьянской среде важнейшее значение имела свадьба, с 1874 г. для раскольников был учрежден гражданский брак, а значит, производилась и госрегистрация – запись в полицейские книги.

⁴⁶³ См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 207–208.

пускается (в отношении родившихся детей и/или добросовестной стороны недействительного супружества (пп. 3 – 5 ст. 30 СК РФ).

Рассматриваемый вид организационных (процедурных) отношений регулируется семейным, административным и гражданским законодательством. Основные организационные формы сводятся к личной подаче заявления, месячному сроку между данным действием и актом регистрации, личным присутствием брачующихся на церемонии. Наличие и набор «торжественных компонентов» зависят от воли вступающих в брак (п. 5 ст. 27 ФЗ «Об актах гражданского состояния»). Свидетели не являются обязательными участниками процедуры. В случае, если лица, вступающие в брак, не могут явиться в орган ЗАГС по уважительной причине, регистрация может производиться на дому, в лечебном учреждении и т.п. (п. 6 ст. 27). Новеллами организационной формы являются: возможность регистрации брака любым органом ЗАГС РФ, право (при наличии исключительных обстоятельств) осуществления данного акта в день подачи заявления или, напротив, увеличения срока между подачей заявления и регистрацией на один месяц (ранее – до трех месяцев), а также обжалование отказа в регистрации брака в суд (ст. 11 СК РФ). Представительство в указанных организационных (процедурных) отношениях, как это возможно в некоторых странах (в Индии, Испании, Перу, Чехии, Румынии и др. – в порядке исключения), не допускается⁴⁶⁴.

Придание регистрации конститутивного значения объясняется законодателем и многими юристами рядом причин: государственными и общественными интересами в стабильности брака и контроля над ним, а также целью охраны личных и имущественных прав и интересов супругов и детей (ч. 2 ст. 13 КоБС РСФСР 1969 г.). Действительно, даже собственно документ о регистрации брака (свидетельство) облегчит жизнь супругам во взаимоотношениях с государством и другими субъектами разнообразнейших правовых отношений, не говоря уже о факте брака (презумпция отцовства, общность имущества, нотариально удостоверенное согласие второго супруга на сделки с

⁴⁶⁴ Как известно, брак Наполеона с дочерью австрийского императора был совершен через представителя – маршала Бертье.

недвижимостью первым супругом и т.п.). Государству же важны устойчивость брачного союза (документальное его скрепление и необходимость расторжения под государственным же контролем несколько ослабляет «накал разводимости»), знание статистики браков – для социальных и иных программ.

Тем не менее императив в этом вопросе сомнителен. Возвращение в настоящее время многих российских граждан в «клоно церкви», в том числе глубоко искреннее, актуализирует значение церковного обряда венчания. Сохранение в ряде стран юридического признания церковной процедуры, по выбору брачующихся замещающей светскую (Англия, Дания, Испания, Италия, Канада, ряд штатов США и др.) или же полностью заменяющей ее (Израиль, Ирак, Иран и др.)⁴⁶⁵, совершенно не случайно: считаться с чувствами истинно верующих необходимо. Церковь же, со своей стороны, имеет давние традиции и интересоваться наличием препятствий к браку, и вести книги о совершении брачной процедуры. Как мы уже отмечали, в Российской империи брак лиц христианского вероисповедания происходил именно в форме церковного венчания: священнику представлялись документы, удостоверяющие способность жениха и невесты вступить в брак, далее делались троекратное оглашение в церкви в ближайшее воскресенье и другие праздничные дни (в том числе с целью получения сведений о возможных препятствиях к союзу) и обыск, то есть дознание, производимое причтом (позже сводился к удостоверению свидетелями жениха и невесты об отсутствии препятствий к браку, которое заносилось в обыскную книгу) и лишь затем – личное венчание в присутствии не менее двух свидетелей⁴⁶⁶.

С.А. Муратова также предлагает пойти по пути признания правовой силы за церковными браками наряду с зарегистрированными

⁴⁶⁵ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 517.

⁴⁶⁶ См., например: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 598. О брачном обыске и образце соответствующего документа при заключении брака А.С. Пушкина и Н.Н. Гончаровой см., например: Брачный обыск // Российская газета. 1997. 30 авг.

Подробнее об этом см. также главу I данного учебного пособия.

в органах ЗАГС, предоставив жениху и невесте право выбора одной из форм социального признания брака⁴⁶⁷. «Навязывание» регистрационной процедуры иногда даже наносит моральный ущерб жениху и невесте – известно, что публичная часть регистрации далеко не всегда отвечает корректности и вкусу (вспомним вполне реальный эпизод из известного фильма, когда во время бракосочетания регистратор постоянно требовала, чтобы жених и невеста «сошли с ковра»; автор была свидетельницей, когда во время регистрации брака звучала песня в исполнении А. Пугачевой «Я – шут, я – Арлекин, я – просто смех...» и т.д., и т.п.).

Ш.Д. Чиквашвили предлагает более «мягкий» вариант: предусмотреть две процедуры – обычную в органах ЗАГС и «двойную» – с венчанием в церкви и последующей регистрацией в органах ЗАГС в упрощенном порядке, с представлением свидетельства о венчании⁴⁶⁸. Эту точку зрения в целом разделяет и О.Ю. Ильина⁴⁶⁹.

Однако, на наш взгляд, это предложение не решает проблемы действительного выбора сторон. Возможно, логичнее и адекватнее потребностям брачующегося придавать обеим процедурам одинаковую юридическую силу, а для государственного учета брачности тем, кто избрал церковное «узаконение» союза, предложить явочным порядком представлять церковное свидетельство и получать на его основании свидетельство о заключении брака. Что касается контроля церкви (любой конфессии) о соблюдении условий законности союза (возраста, единобрачия и т.д.), то у последней, как мы уже отмечали, соответствующий опыт сформировался в течение столетий. Кроме того, возможно заключение соглашения между государством российским и конфессиями, признанными на его территории, о соблюдении общих требований к условиям заключения брака в соответствии с СК РФ и об атрибутах церковного «венчального» документа.

⁴⁶⁷ См.: Муратова С. А. Семейное право. М., 2001. С. 65.

⁴⁶⁸ См.: Чиквашвили Ш.Д. Спорные проблемы семейного законодательства // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 38.

⁴⁶⁹ См.: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность... С. 38.

В контексте же исследуемой проблемы фактического брака и зарегистрированных партнерств (см. далее) действующий категорический императив и вовсе не уместен.

Е. Брак–правоотношение

Итак, очевидно, что содержание формулы «брак-договор» имеет двойственное значение: соглашение (договор) о заключении брака и брачное правоотношение как отношение своеобразного семейно-правового договорного типа. В обоих случаях важное значение имеет согласование воли, а характер взаимодействия – равноправный и диспозитивный.

Как отмечал Е.М. Ворожейкин, отличительной особенностью брачного правоотношения является волевое начало обоих субъектов, правда, на различных стадиях его развития (возникновения, реализации прав и обязанностей, прекращения) – с разным значением⁴⁷⁰. При этом, как подчеркивал О.С. Иоффе, применительно к браку «одно лишь внешнее выражение воли, не опирающееся на подлинное внутреннее желание установить брачные отношения, ни при каких обстоятельствах не может считаться юридически значимым»⁴⁷¹.

В качестве одной из предпосылок брачного правоотношения выступает брачная правоспособность. Несмотря на то, что правоспособность гражданина (гражданская, семейная, трудовая и т.д.) возникает в момент рождения и прекращается смертью, это не означает, что она сразу наполнена всеми юридическими возможностями – некоторые ее элементы появляются с достижением определенного возраста⁴⁷². (В этой связи высказывается предложение о введении в закон категории частичной правоспособности⁴⁷³.)

⁴⁷⁰ См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 97–98.

⁴⁷¹ См.: Иоффе О.С. Гражданское право. Т. 3. С. 201.

⁴⁷² См., например: Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 1. М., 1993. С. 59. (Автор главы – С.М. Корнеев).

⁴⁷³ См., например: Сулейманова С.А. Правоспособность граждан (физических лиц) по российскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 9–10.

Аналогичной точки зрения применительно к брачной правоспособности придерживаются Я.Р. Веберс, Е.М. Ворожейкин и другие цивилисты⁴⁷⁴. Она возникает с достижением установленного законом брачного возраста либо одновременно с дееспособностью аналогичного содержания в тех случаях, когда лицо вступает в брак по правилам о снижении брачного возраста⁴⁷⁵. Специфику брачного правоотношения составляют: 1) субъектный состав (мужчина и женщина определенного возраста, не состоящие в близком родстве, другом супружеском союзе и т.д.); 2) его длящийся (бессрочный) характер; 3) недопустимость перемены лиц – правопреемства и представительства третьих лиц; 4) некомпенсационность; 5) доверительность; 6) тесное взаимодействие формально-юридических и нравственных начал в содержании и реализации прав и обязанностей. Разумеется, «царствующим» среди всех признаков (специфических черт) брачного правоотношения, как, впрочем, и всех других семейных правоотношений, является его личный характер⁴⁷⁶. Эта доминанта проявляет себя и в ранее указанных признаках, но особенно ярко в том, что содержание брачного правоотношения (лично-правового, неимущественного типа) предопределяет содержание имущественных правоотношений между супругами: брак как союз, основанный на лично-доверительных началах и имеющий нетипичную для отношений гражданского оборота цель – создание и поддержание семейной общности, особым образом выстраивает оптимальные варианты становления и развития супружеских имущественных отношений – совместную собственность (с равенством

⁴⁷⁴ См.: Веберс Я.Р. О понятии дееспособности граждан в советском гражданском и семейном праве // Осуществление и защита личных и имущественных прав. Рига, 1968. С. 112; Он же. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976. С. 190–201; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 109.

⁴⁷⁵ См.: Пергамент А.И. К вопросу о правовом положении несовершеннолетних // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 3. М., 1955. С. 21–26.

⁴⁷⁶ Подробнее об этом см., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 43–70; Нечаева А.М. Семья и закон. М., 1980. С. 6 и далее.; Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 13–14; Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 9–15 и др.

долей, независимо от доходов), презумпцию согласия при ее распоряжении, а при ее разделе – возможность отступления от равенства долей по весьма необычным для гражданского права основаниям (например, в связи с необходимостью учета жизненно важных интересов несовершеннолетних детей или одного из супругов), зависимость возникновения или срока действия алиментного обязательства между супругами от характера поведения в браке (фактор «недостойного поведения») управомоченной стороны и т.д. (ст. 34, 35, 38, 39, 92 СК РФ).

Содержание лично-правового брачного правоотношения не богато формально-юридическими канонами: право выбора брачной фамилии, свобода выбора рода занятий, профессии, мест пребывания и жительства⁴⁷⁷, взаимное решение вопросов материнства, отцовства, воспитания детей и других вопросов жизни семьи, содействие ее благополучию и укреплению (ст. 31, 32 СК РФ). Как отмечали многие цивилисты XIX – XXI вв., «тонкая материя» супружества не выдерживает принуждения, сильного нажима, значительная часть супружеской жизни не может быть подвержена правовому воздействию, а регулируется обычаями, нормами морали (нередко – религии)⁴⁷⁸.

Что касается брачного договора, явление которого определенным образом «взрывает» сложившиеся тенденции брачно-правовой регуляции, то, во-первых, распространенность его незначительна (и, думается, еще долгие годы будет таковой). Во-вторых, его содержание подчинено общим началам семейного законодательства (ст. 1 СК РФ), что означает возможность нотариального, а главным образом – судебного недопущения «имущественного произвола» (или, как теперь говорят, «беспредела»). В-третьих, как мы уже отмечали в этой и других своих работах⁴⁷⁹, действующая конструкция брачного договора не представляется нам удачной: в пылу экономического эксперимента мы «разом»

⁴⁷⁷ О взаимодействии свободы выбора места жительства и общности проживания см.: § 4 главы II (о семье) и § 2 главы III (о фиктивном браке).

⁴⁷⁸ Подробнее об этом см. главу I.

⁴⁷⁹ См., например: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 70–71.

отказались от тех достижений российского семейного законодательства, которые были ориентированы на охрану и защиту интересов детей и социально слабого супруга. Полагаем, в качестве первого шага на пути возвращения в компромиссное, взвешенное состояние нам следует законодательно установить, как это сделано в норме п. 3 ст. 3 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье, что «воспитание детей и ведение домашнего хозяйства признается общественно полезным трудом». И далее учитывать это положение при договорном способе регулирования имущественных отношений супругов (а заодно, кстати, и фактических супругов). Следует также признать обязательными, а не рекомендуемыми (ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ) условия о формировании семейного бюджета, что прямо вытекает из смысла норм ст. 1, 31 СК РФ. Наконец, необходимо подумать и о расширении содержания брачного договора – за счет регуляции некоторых личных отношений супругов и обеспечения интересов детей. Подобные предложения высказываются в науке семейного права, и подобные решения есть в ряде зарубежных (гражданских) законов⁴⁸⁰. По этому пути развивается и белорусское семейное законодательство (ст. 13): «В целях укрепления брака и семьи, повышения культуры семейных отношений, осознания прав и обязанностей супругов, ответственности за детей и друг за друга лица, вступающие в брак, и супруги могут заключить Брачный договор, в котором определяются их соглашения о: совместном имуществе и имуществе каждого из супругов; порядке раздела совместного имущества супругов в случае расторжения брака; материальных обязательствах по отношению друг к другу в случае расторжения брака; формах, методах и средствах воспитания детей; месте проживания детей, размере алиментов на них, порядке общения с детьми отдельно проживающего родителя, а также другие вопросы содержания и воспитания детей в случае расторжения брака. В брачном договоре могут быть урегулированы и другие вопросы

⁴⁸⁰ См., например: Князева Е.В. Диспозитивность в семейном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 13; Смолина Л.А. Указ. соч. С. 5–6.

взаимоотношений между супругами, если это не противоречит законодательству о браке и семье».

Следует отметить, что в науке семейного права брачное правоотношение рассматривается в собственном (узком) смысле – как лично-правовое, содержание которого мы обозначили ранее, и в широком смысле – как «сложное по своему составу и содержанию», включающее соответственно и личные права и обязанности (выбор фамилии, жительства и пребывания и т.д.), и имущественные (права и обязанности по поводу собственности и материального содержания – алиментирования)⁴⁸¹. В нашем исследовании мы ограничимся первым «воплощением», наметив лишь тенденции проникновения «брачной сущности» в иные вытекающие из брака связи.

§ 5. Фактический брак

Явление фактического брака может рассматриваться с самых различных точек зрения: как разновидность фактических состояний (1), как первая историческая форма индивидуального союза мужчины и женщины (2), как предпосылка ряда семейных правоотношений – в те периоды истории права, когда данному явлению придавалось юридическое значение (3), как особый вид супружеского, или «квазисупружеского» союза, или наиболее устойчивая форма внебрачного союза (4), как фактическое содержание брака-договора, брака-правоотношения (5). В той или иной мере все пять «сущностей» заслуживают нашего исследовательского внимания.

Фактические состояния как особая разновидность юридических фактов в механизме семейно-правового регулирования всегда играли, сравнительно с другими отраслями права, весьма существенную роль. В самом деле, пол и возраст, материальное и

⁴⁸¹ См., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 127–128; Иванов А.А. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. С. 284 и след.; и др.

семейное положение лица, близкое родство, супружество (состояние в браке), родительство, дееспособность (недееспособность), нетрудоспособность и нуждаемость, достаточность средств, состояние беременности, недостойное поведение в браке, совместное проживание и ведение общего хозяйства, длительное воспитание ребенка, устойчивое прекращение супружеских отношений и т.д. и т.п. – все эти характеристики личности и/или ситуации относятся к фактам-состояниям, имеющим в определенной правовой позиции юридическое значение для возникновения, изменения, прекращения того или иного семейного правоотношения или значение доказательственного факта при решении того или иного семейного дела.

С теоретической точки зрения «юридическими состояниями называют сложные юридические факты, характеризующиеся относительной стабильностью и длительным периодом существования, в течение которого они могут неоднократно (в сочетании с другими фактами) вызывать наступление правовых последствий»⁴⁸². С.С. Алексеев, В.Б. Исаков, С.И. Реутов, В.И. Данилин и другие авторы не склонны выделять данные явления в качестве третьей самостоятельной разновидности юридических фактов наряду с действиями и событиями⁴⁸³. Состояние есть одна из характеристик любого юридического факта, элемент их классификации «по сроку существования»⁴⁸⁴ или «характеру действия»⁴⁸⁵ – в контексте пары «факты однократного действия – факты длительного действия (состояния)». В.Б. Исаков подчеркивает три особенности таковых состояний: они отражают длящиеся, стабильные характеристики общественных отношений и их субъектов; обладают сильным «составообразующим действием», за время своего существования участвуя в возникновении, изменении и прекращении

⁴⁸² См.: Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. М., 1984. С. 34.

⁴⁸³ См.: Алексеев С. С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 360; Исаков В.Б. Указ. соч. С. 34; Данилин В.И., Реутов С. И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989. С. 16–17.

⁴⁸⁴ См.: Антокольская М.В. Семейное право. С. 93.

⁴⁸⁵ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. С. 360.

многих правоотношений, активно формируя тем самым индивидуальный правовой статус личности; разновидностью фактовых состояний является состояние в правоотношениях⁴⁸⁶.

В семейно-правовом пространстве совершенно особое место в этой группе занимают такие фактические состояния, как *фактическое воспитание, фактический развод и фактический брак*. Их влияние на судьбу того или иного семейного правоотношения весьма необычно.

Так, фактическое воспитание в СК РФ среди форм попечения детей (раздел VI) не названо. О его юридической значимости мы узнаем лишь опосредованно – прежде всего из норм о взыскании алиментов: правило ст. 96 СК РФ установило алиментную обязанность фактического воспитанника по отношению к своему бывшему фактическому воспитателю (ранее существовали различные варианты алиментных обязательств в связи с фактическим воспитанием в КЗоБСО 1926 г. – ст. 42 и в КоБС РСФСР 1969 г. – ст. 85 – 86⁴⁸⁷). Причем дополнительное значение имеет срок фактического воспитания (не менее пяти лет).

Своеобразными разновидностями фактического воспитания являются отношения между отчимом (мачехой) и пасынком (падчерицей), юридическое признание которых также имеет лишь опосредованный характер – через будущие алиментные обязательства (ст. 80 – 81 СК РФ).

Фактическое воспитание неизбежно возникает в ситуации одностороннего усыновления в браке: супруг, не желающий стать субъектом отношений по усыновлению ребенка другим супругом, тем самым как бы «подписывается» на фактическое воспитание... В спорах о детях фактическое «перепоручение» матерью воспитания ребенка другим лицам (например, близким родственникам) может иметь доказательственное значение при решении вопроса о передаче ребенка от матери к отцу по иску последнего. Участие предполагаемого отца в воспитании ребенка также рас-

⁴⁸⁶ См.: Исаков В.Б. Указ. соч. С. 35–36.

⁴⁸⁷ Подробнее об этом см.: Тарусина Н.Н. Очерки теории российского семейного права. Ярославль, 1999. С. 59–62.

смаатривается судом в качестве положительного косвенного доказательства по делу об установлении внебрачного отцовства.

Второй особой разновидностью фактов-состояний является *фактический развод*, или фактическое прекращение брачных отношений. Он имеет значение для трех типов казусов: 1) как основание для иска или соглашения об определении места жительства ребенка при раздельном проживании супругов, фактически брачную общность утративших; 2) в качестве основания для расторжения брака; 3) как предпосылка для признания судом имущества, нажитого каждым из супругов «в период их раздельного проживания при прекращении семейных отношений, собственностью каждого из них» (ч. 4 ст. 38 СК РФ).

Последняя конструкция имеет весьма оригинальную историю. Нормы ст. 20 и 22 КоБС РСФСР 1969 г. устанавливали категорический императив общности имущества в браке. Однако Пленум Верховного Суда СССР в ч. 3 п. 15 Постановления № 9 от 28 ноября 1980 г. «О практике применения судами дел о расторжении брака» разрешил судам признавать имущество, нажитое в период фактического развода, их раздельной собственностью⁴⁸⁸, таким образом создав судебный прецедент, не толкующий, а напрямую отрицающий положение семейного закона. И лишь в 1996 г. СК РФ придал этому прецеденту законное правовое значение⁴⁸⁹.

У читателя может возникнуть вопрос о целесообразности такого отступления от темы исследования. Оно, однако, делается по двум причинам. Во-первых, чтобы создать предпосылки для характеристики фактического брака как разновидности фактического состояния. Во-вторых, чтобы подчеркнуть своеобразную дискриминацию в действующем законе фактического брака как состояния в сравнении с другими состояниями. Действительно, сначала судебно-прецедентное, а затем законное признание значимости фактического развода есть один из аргументов к нормативному (хотя бы частичному) признанию фактического (так же

⁴⁸⁸ См.: Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР по гражданским делам. М., 1995. С. 90.

⁴⁸⁹ Подробнее об этом см.: Тарусина Н.Н. Очерки теории... С. 62–64.

«незарегистрированного», как и фактический развод) брака, ибо в обоих случаях критериями социальной оценки явления и построения соответствующей правовой реакции служит наличие (отсутствие) семейных отношений как приоритетного объекта охраны и защиты (то же самое и в случаях с фактическим воспитанием). Тем не менее современный законодатель косвенно признает юридическое значение фактического воспитания, признает прямую юридическую значимость фактического распада брака и отрицает юридическое значение нормально существующего, однако «бездокументарного», семейного сожительства мужчины и женщины⁴⁹⁰. Это явная дискриминация и на формальном, и на сущностном уровне. Остановимся на исторических и содержательных характеристиках данного явления.

Прежде всего необходимо подчеркнуть разнообразие терминов, обозначающих или обозначающих фактический брак: парный брак, конкубинат, тайный брак, сожительство, фактический брак, гражданский брак, внебрачный союз. При этом различия в «терминологическом поле» сопровождаются как тождеством, так и различиями в пространстве правовых явлений.

Так, условность самого распространенного термина – «фактический брак» – в том числе производна от нормативного постулата п. 2 ст. 10 СК РФ: при отсутствии акта регистрации соответствующего союза мужчины и женщины брака вообще нет. Явление «фактического брака» есть разновидность внебрачных союзов. В определенном смысле эти фактические союзы «создает, – как отмечает югославский ученый М. Босанац, – само право тем, что фиксирует границы брака»⁴⁹¹. История вопроса свидетельствует, что границы эти весьма подвижны, а нередко – и раз-

⁴⁹⁰ Правовые последствия прекращения брака наступают либо с момента регистрации развода органом ЗАГС, либо по вступлении субъективного решения в законную силу – равным образом правовые последствия супружеский союз приобретает с государственной регистрацией в органах ЗАГС. Однако далее законодатель последовательности не проявляет.

⁴⁹¹ См.: Босанац М. Указ. соч. С. 48.

мыты. Однако нечто безусловно общее, что выделяет "фактический брак" (или "сожитительство мужчины и женщины", или "фактическое супружество"⁴⁹²) среди прочих внебрачных союзов, определить возможно.

Внебрачные союзы классифицируются на основе различных критериев. По субъективным признакам они есть союзы лиц разного пола, определенного возраста и гражданского состояния. Союзы лиц одного пола, разумеется, имеют место. Как мы уже отмечали ранее, их общественная оценка весьма изменчива, а современная до конца не сформировалась. Как некая данность в социологическом плане они могут рассматриваться в качестве специальной разновидности внебрачных союзов, но матримониальной нормой общество, по крайней мере российское, их пока не признает. С точки зрения публичности внебрачные союзы могут быть анонимными и неанонимными⁴⁹³. По признакам продолжительности различаются случайные (однократные или краткосрочные) половые связи, без стремления к их продолжению и закреплению – временные и устойчивые – конкубинат. Последний термин используется в нескольких смыслах: в историческом – это "квазибрак" по римскому праву (дозволенное законом постоянное (а не случайное) сожитительство мужчины и женщины, не отвечающее, однако, требованиям законного брака)⁴⁹⁴, в узкоклассифицирующем (по М. Босанацу, длительный устойчивый союз) и в "глобально" классифицирующем (конкубинат есть фактическое супружество, фактический брак).

"Тот, кто заключает брак, не *творит* брака, не *изобретает* его, – писал К. Маркс, – он так же мало творит и изобретает его, как пловец – природу и законы воды и тяжести. Брак поэтому не может подчиняться произволу вступившего в брак, а, наоборот, произвол вступившего в брак должен подчиняться сущности бра-

⁴⁹² О предпочтениях в терминологии см., например: Данилин В.И., Ретов С.И. Указ. соч. С. 66.

⁴⁹³ Нами используется классификация М. Босанаца (см.: Босанац М. Указ. соч. С. 50–57).

⁴⁹⁴ См., например: Новицкий И.Б. Римское право. М., 1993. С. 63.

ка"⁴⁹⁵. Сущность же его, независимо от акта регистрации и набора ограничителей и запретов (они весьма изменчивы), заключается в создании мужчиной и женщиной семейной общности (как правило, с интимными отношениями и общими детьми, однако без обязательности таковых не только в правовом, но и социально-биологическом плане – ввиду возраста, бездетности, сексопатологии и т.п.).

Первой формой фактического брака являлся *парный брак*. Эта посылка, конечно, условна, так как он же был единственной формой индивидуального союза мужчины и женщины, породившего далее парную семью (в противовес родье – семейному союзу брата, сестры и детей сестры)⁴⁹⁶. Поскольку парный брак не имел правовой формы, он как бы являл нам фактический брак «в чистом виде» – в этом и состоит условность его видовой роли. Современный конкубинат (фактический брак), отмечает М. Босанац, можно было бы рассматривать как «рефлекторный остаток парного брака»⁴⁹⁷.

Парный брак и основанная на нем парная семья, как мы уже отмечали, длительное время сосуществовали с родьей (вариантом фактической семьи, не основанной на браке). Они возникли в конкуренции с материнским родом, который успешно им противостоял. Избыточный продукт, замена разборных потребительских отношений отношениями «дарообмена» и дележа выстроили, пишет Ю.И. Семенов, два уровня распределения. Первый – раздел пищи, одежды и других благ между взрослыми членами коллектива, второй – передача ими части своей доли детям. Автор называет их отношениями кормления, или иждивения. Первым естественным кормильцем была мать⁴⁹⁸. Она была центром минимальной иждивенческой группы. К ней мог присоединиться хотя бы один взрослый мужчина, и общество в этом было объективно заинтересовано⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1. С. 162.

⁴⁹⁶ См., например: Семенов Ю.И. Происхождение брака и семьи. М., 1974. С. 266–279.

⁴⁹⁷ Босанац М. Указ. соч. С. 55.

⁴⁹⁸ См.: Семенов Ю.И. Указ. соч. С. 198–199.

⁴⁹⁹ См.: Там же. С. 202.

При этом взрослые женщины были связаны, с одной стороны, отношениями уравнительного распределения с мужчинами своего рода (где существовал агамный запрет – запрет половых контактов), а с мужчинами союзного рода – отношениями дарообмена. Это и создавало две возможности для мужчин: присоединиться в качестве кормильцев к одной из малых иждивенческих групп своего рода либо союзного рода. Вначале первый выбор был более реальным и привычным: члены рода составляли единство, но самые тесные отношения были между детьми одной матери, то есть братьями и сестрами, поэтому мужчины, взрослея, вступали в отношения неадекватного перераспределения благ с матерью, младшими братьями и сестрами, а затем и с племянниками.

С накоплением богатств в руках отдельных членов общества возникла тенденция превращения малой иждивенческой группы в единицу хозяйствования и накопления. В результате конкуренция между родьей и парной семьей усилилась. По мнению Ю.И. Семенова, главным стало не то, кого мужчина должен содержать, а то, кому он должен передавать свои накопления. «Семья была группой, – отмечает Ю.И. Семенова, – более приспособленной к превращению в единицу обособленной собственности», так как не являлась частью рода. Наследование внутри родьи (и рода) сменялось на семейное. (Это, как правило, предполагало и требовало смены материнского рода отцовским. Впрочем, проблемы матриархата и патриархата не являются предметом нашего исследования⁵⁰⁰.)

Но и тогда еще нельзя было констатировать зарождение патриархальных отношений и патриархического брака (семьи), так как в парной семье и основанном на ней парном браке мужчины и женщины в равной степени принимали участие в общественном производстве, были кормильцами и в экономическом плане (а следовательно, и других) – равными партнерами. Иногда равенство нарушалось в пользу мужчин или в пользу женщин, принципиального значения это не имело. Парный брак характеризовался свободой своего заключения и свободой прекращения.

⁵⁰⁰ Подробнее об этом см., например: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде. С. 16–20.

Что касается углубления разделения между общественным и «домашним» трудом, то первоначально последний далеко не всегда был женским занятием: в ряде случаев рыболовство, постройка хижин и т.п. были монопольным достоянием женщин, а собирательство, приготовление пищи, изготовление одежды и т.п. – достоянием мужчин⁵⁰¹ ...

Первоосновой изменения в положении полов явился, отмечают В.П. Алексеев и А.И. Першиц, новый порядок межполового разделения труда: пашенное земледелие было сферой главным образом мужчин, скотоводство – почти исключительно мужчин, то же самое можно констатировать о металлургии и металлообработке, а впоследствии – о гончарстве и ткачестве. Значение мужского труда неизменно поднималось за счет новых производственных приемов (например, даже в ручном земледелии: подсека леса, ирригация, осушение почв и т.п.) и углубления специализации⁵⁰².

При переходе от доклассового общества к классовому возникает частная собственность и начинает действовать закон распределения по собственности. Труд сам по себе перестает давать право на получение доли общественного продукта.

В любом даже относительно зрелом раннеклассовом обществе, продолжает вслед за Ф. Энгельсом Ю.И. Семенов (и многие другие этнографы), в роли собственников... выступают, как правило, мужчины, поэтому именно они включаются в систему первичных отношений распределения и становятся иждивителями не только детей, но и женщин. Женщина превращается в иждивенку независимо от участия в труде. Что касается домашнего труда, отмечает автор, то он не только перестал быть частью общественно-го, но и противостоял ему, так как протекал в рамках семейно-экономических, а не социально-экономических отношений.

Экономическая зависимость женщин от мужчин становится причиной господства последних в семье и обществе, парные бра-

⁵⁰¹ Семенов Ю.И. Указ. соч. С. 234.

⁵⁰² Алексеев В.П., Першиц А.И. История первобытного общества. М., 1999. С. 263–264.

ки и семья превращаются в моногамные⁵⁰³, или патриархические. Эпоха первого образца фактического брака закончилась.

Второй исторической формой являлся римский брак *sine manu*, который, как мы уже отмечали ранее, появился как «противовес» браку *cum manu* и строился на свободном соглашении мужа и жены и их равноправии в семейном союзе. Возникнув из простого брачного сожительства для избежания *manus* (власти мужа), этот брак заключался, отмечал И.А. Покровский, путем простого брачного соглашения, за которым следовал привод жены в дом мужа, сопровождавшийся, конечно, различными бытовыми обрядами, которые, однако, юридического значения не имели. «Полная бесформальность брака, при формальности целого ряда других, менее важных юридических актов, — подчеркивал автор, — представляется, конечно, странностью, но эта странность объясняется именно историческим происхождением брака *sine manu*. Эта бесформальность сохранилась в римском праве до самого конца; лишь уже в Византии была установлена необходимость церковного венчания»⁵⁰⁴.

«Брак республиканской эпохи, — пишет Дженнаро Франчози, — был исключительно фактическим отношением, то есть не чем иным, как продолжительным союзом между мужчиной и женщиной (парный брак в этнографии), с которым государство постепенно начинает связывать некоторые последствия»⁵⁰⁵. Римские юристы не определяли брак, продолжает автор, так же как не регламентировало его само право: они принимали его «социальное понятие, трансформируя его медленно и не напрямую в юридическое отношение» и принимая его так, как оценивает «общественное сознание»⁵⁰⁶.

Рядом с браком *sine manu* существовала и классическая историческая форма фактического брака — *конкубинат*. Он рассматривался римскими юристами как постоянный союз мужчины и

⁵⁰³ Алексеев В.П., Першиц А.И. История первобытного общества. С. 243–248.

⁵⁰⁴ См.: Покровский И.А. История римского права. С. 453.

⁵⁰⁵ Франчози Дж. Институционный курс римского права. С. 167.

⁵⁰⁶ Там же.

женщины без обоюдного намерения вступить в брак⁵⁰⁷. «В римском правовом порядке конкубинат, – подчеркивают И. Пухан и М. Поленак-Акимовская, – не был чисто фактическим отношением, безразличным для права или даже незаконным, а формой союза, разумеется уступающей браку, однако признаваемой правом»⁵⁰⁸. Конкубинат имел место всякий раз, отмечают авторы, когда союз не мог притязать на уровень брака из-за отсутствия какого-либо из необходимых условий или по причинам социального характера (например, из-за непрестижности связи сенатора и вольноотпущенницы); во избежание кривотолков всякий, кто желал иметь в качестве простой и постоянной наложницы женщину («свободнорожденную и честную»), должен был об этом заявить в присутствии свидетелей⁵⁰⁹. Брачным законодательством Августа для конкубината были введены определенные требования, в отсутствие которых данный союз становился безразличным для права, а в некоторых случаях – даже незаконным: запрет родства, состояния в браке или другом конкубинате, долговременность и стабильность совместного проживания. Дети, родившиеся в конкубинате, назывались *liberi natules* («природными») и поэтому, хотя и не были связаны с отцом юридическими узами, все же находились в лучшем положении по сравнению с детьми *vulgo guesiti* (рожденными вне брака) – посредством узаконения они могли подняться на уровень детей, рожденных в браке⁵¹⁰. На конкубину не распространялось, в отличие от жены, достоинство положения мужа, и она не входила в его семью⁵¹¹.

М. Кайзер и Р. Кнутель отмечают: конкубинат есть не признанная в качестве брака длительная общность жизни и полового сожителства мужчины и женщины. Он признается в определенных границах и приобретает практическое значение в эпоху

⁵⁰⁷ См., например: Гарридо М.Х.Г. Римское частное право: казусы, иски, институты. М., 2005. С. 271.

⁵⁰⁸ Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. М., 2000. С. 142.

⁵⁰⁹ Там же. С. 142–143.

⁵¹⁰ Там же.

⁵¹¹ См.: Гарридо М.Х.Г. Указ. соч. С. 271; Новицкий И.Б. Римское право. С. 63.

принципата в случаях, когда брак невозможен (в частности, не только с женщиной существенно более низкого, чем ее партнер, социального статуса, он рассчитан и на ситуации запрета брака для определенных должностных лиц, офицеров и солдат). В постклассическое время получило признание воззрение, что общность жизни мужчины и женщины, которая удовлетворяет христианским требованиям к браку, может признаваться со стороны государства и в том случае, если требуемые государством предпосылки не выполнены. Такой конкубинат рассматривался как «брак меньшего права». Но в противоположность классическому образу он связывался со строгими предпосылками: не допускался наряду с браком, предполагал длительную связь лишь с одной женщиной, с которой (помимо независимых препятствий) брак был бы возможен. Не исключалось узаконение (легитимация) детей, рожденных в данном конкубинате. Мужчина мог подарить или оставить по завещанию конкубине и ее детям определенную долю своего имущества⁵¹².

Близким по сущности союзом был *contubernium* – долговременная и привычная связь между рабом и рабыней, между свободным мужчиной и рабыней или между рабом и освобожденной женщиной. Она также не совсем игнорировалась правом (например, родство, возникшее из данного союза, признавалось препятствием заключению брака)⁵¹³.

Конкубинат (естественный, дикий брак) и *contubernium* воспринимались, по характеристике Цезаре Санфилипо, вполне толерантно – в отличие от *adulterium* (половой связи лиц, из которых хотя бы одно находилось в браке), инцеста (связи между родственниками), запрещенных и влекших наказание, а также случайных или временных связей с рабами, рабынями, блудницами и другими женщинами сомнительного поведения, наказания за которые, как правило, не следовало⁵¹⁴.

⁵¹² См.: Kaser M., Knütel R. *Römisches Privatrecht*. 18 Aufl. München, 2005. S. 292, 293.

⁵¹³ См.: Гарридо М.Х.Г. Указ. соч. С. 271.

⁵¹⁴ См.: Санфилипо Ч. Курс римского частного права. М., 2000. С. 113.

Традиция связывать брак с соблюдением определенной процедуры его оформления восходит к праву Византии: в конце IX в. император Лев Мудрый издал закон, предписывавший вступать в брак посредством церковного венчания – только он мог влечь правовые последствия (лишь два века спустя требование распространилось и на низшие страты общества – рабов и крепостных⁵¹⁵).

На Руси, как уже отмечалось нами в главе I, церковное венчание, введенное в IX в., долгое время практиковалось только в высших слоях общества – остальное население придерживалось обычаев и обрядов (общественное признание было важнее официального, государственного). В этом смысле также можно говорить о неких формах фактического брака.

В западных христианских государствах римско-католическая церковь длительное время не считала обязательным для заключения брака соблюдение каких-либо специальных процедур, хотя и рекомендовала католикам получение церковного благословения⁵¹⁶. (По учению римской церкви, таинство брака заключается не в церковном действии, а в самом существовании супружеского союза⁵¹⁷.) Были распространены так называемые «тайные браки». (До блуасского ордонанса Генриха III 1579 г., писал Н.С. Суворов, брак получал юридическую силу с выражения взаимного согласия, хотя бы и тайного⁵¹⁸ ...)

Церковными воззрениями (общекатолическими и французским), образованием множества религиозных направлений и сект и философией «естественного права», подчеркивал Н.С. Суворов, был порожден *гражданский брак*, то есть брак светского типа. (Европейскую историю его появления в разных странах – от Голландии до Франции – мы кратко изложили в § 2 гл. II «Брак – до-

⁵¹⁵ См., например: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 97.

Подробнее об этом см. также: Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 16-17 и след.

⁵¹⁶ Сивохина С.В. Указ. соч.

⁵¹⁷ См.: Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 24; Победоносцев К.П. Указ. соч. С. 19.

⁵¹⁸ См.: Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 24.

говор», а российскую – см. далее, в связи с характеристикой браков раскольников.)

Гражданский брак, в точном смысле этого термина, не есть разновидность фактического брака, так как предполагал и предполагает его государственную регистрацию – вместо или вместе с венчанием, последнее – на добровольной основе. («Гражданские» браки русских разночинцев XIX в. в этом смысле были «фактическими браками», «сожительствами», «невенчальными браками» – в стране, где церковное венчание объявлялось единственной и обязательной формой совершения брака православных.)

Своеобразным примером фактического брака был союз Жан-Жака Руссо с госпожой Рену. Знаменитый брак Руссо, который исповедовал идею брака как вида общественного договора, был «заключен» через 25 лет после его фактического начала. В книге Н.С. Суворова «Гражданский брак» дается описание этого события. Брачная церемония, по словам Руссо, совершалась «во всей простоте и во всей истинности природы»: в одной из комнат своей квартиры, в присутствии двух свидетелей, держа за руку госпожу Рену, Руссо произнес речь о той дружбе, которая соединяла их в течение 25 лет, и о принятом ими решении сделать этот союз нерасторжимым; затем он спросил свою сожительницу, разделяет ли она его чувства, и, получив положительный ответ, произнес речь об обязанностях супружества. (Ровно через год после этой церемонии мадам Руссо оставила своего супруга. Философ протестовал, требуя соблюдения обоюдного согласия на развод, то есть такого же договора, которым совершался брак. Но протест Руссо остался бесплодным⁵¹⁹.)

Особое место занимают браки раскольников, которые к фактическим можно отнести лишь условно (за исключением некоторого их числа). «В пользу церковного венчания, – отмечал Н.С. Суворов, – как не только наилучшей и достойнейшей формы вступления в брак, но и как вполне соответствующей русскому народному сознанию и русскому юридическому быту» свидетельствуют результаты поисков русских религиозных диссидентов, которые, в отличие от западных, достаточно быстро сми-

⁵¹⁹ См.: Суворов Н.С. Гражданский брак. С. 39–40.

рившихся с гражданской формой брака, «сохранили в себе непреодолимые стремления к религиозной форме заключения браков». Так, раскольники добывали для венчания «беглых попов», которые совершали над брачующимися «старые обряды» и по «старым книгам». Часть же раскольников, когда «дониконовское священство пресеклось», признала, что священства уже не существует более на земле, так как погибла истинная церковь, а следовательно, не может существовать и брака⁵²⁰. Впрочем, члены так называемых сект рационалистического направления, по утверждению Н.С. Суворова, состояли между собой в неосвященных союзах – притом не настаивали на введении светской (гражданской) формы их закрепления. Автор подчеркивал, что по русским понятиям того времени законного гражданского брака и не могло быть, последний понимался, в сущности, как «этикет для прикрытия того, что не всегда удобно бы было называть собственным именем»⁵²¹.

Однако же с гражданским браком пришлось-таки познакомиться и русскому законодательству, и русскому обществу – для решения брачной судьбы именно раскольников. Первым шагом явился указ Петра Великого от 24 марта 1719 г., коим, из соображений блага для постоянно нуждающейся в ресурсах государственной казны, предписывалось «с раскольников, которые женятся тайно не у церкви, без венечных памятей, наложить особый сбор, а именно рубли по три с человека мужескаго и женскаго пола, на обе стороны поровну, а с богатых и больше». Таким образом, после уплаты сбора государство как бы признавало их законными мужем и женой. Однако впоследствии снисхождение было отменено: браки раскольников не подлежали венчанию (священники, нарушившие данный запрет, сурово наказывались), а если раскольники сожительствовали без венчания, то могли быть «потребованы к розыску в страшный Преображенский приказ». Преследование таких «невенчанных браков» прекратилось лишь при Екатерине II. 19 апреля 1874 г. был принят закон о браке раскольников: их брак приобретал силу и последствия закон-

⁵²⁰Суворов Н.С. Указ. соч. С. 112.

⁵²¹ Там же. С. 115–116.

ного через запись в метрическую книгу, которые велись полицейскими чиновниками. Это был, таким образом, как бы «факультативный гражданский брак» – отнюдь не европейского образца, призванный, однако, придать фактическим с точки зрения гражданского и церковного законодательства союзам вынужденное обстоятельствами некоторое государственное признание⁵²². Законодатель, разумеется, понимал, что записью в полицейской книге дело не ограничится, но, допуская различного рода обряды, не придавал им юридического значения.

Современные формы фактических браков, сожителств, партнерств, фактических супружеств достаточно разнообразны – и сущностно, и терминологически. Так, М. Босанац из всего спектра вариантов предпочитает обозначать устойчивые союзы мужчины и женщины конкубинатом, разумеется, в широком (не римском) смысле. Конкубинат, по мнению автора, характеризуется неформальным возникновением, крепкими отношениями между партнерами, лишенными необходимости лицемерить и осознающими легкость фактического и не требующего формальностей разрыва⁵²³. Он же определяет его как длительный внебрачный союз мужчины и женщины, не намеревающихся формально закрепить свои семейные отношения⁵²⁴.

«Фактические брачные отношения, – отмечают В.И. Данилин и С.И. Реутов, – это более или менее продолжительные и устойчивые отношения между мужчиной и женщиной, которые живут одной семьей, ведут общее хозяйство». Фактический брак, продолжают авторы, «не гражданско-правовая сделка (что косвенно вытекает из действующего закона, а союз преимущественно личного характера, весьма близкий зарегистрированному браку»⁵²⁵. (Кстати, авторы предлагают использовать термин «фактическое супружество». На наш взгляд, эта терминологическая версия столь же условна, как и «фактический брак»: права супружества вытекают из брачного союза.)

⁵²² Суворов Н.С. Указ. соч. С. 119–123.

⁵²³ См.: Босанац М. Указ. соч. С. 55.

⁵²⁴ Там же. С. 54.

⁵²⁵ Данилин В.И., Реутов С.И. Указ. соч. С. 66–67.

Опираясь на судебные исследования фактического брака как основного и наиболее распространенного доказательственного факта в гражданском процессе по делам об установлении внебрачного отцовства (ст. 48 КоБС РСФСР; практика применения ст. 48 и ст. 49 СК РФ), можно сделать некоторые дополнения о существовании данного внебрачного союза. Так, правило ч. 2 ст. 48 КоБС РСФСР являлось своеобразным косвенным признанием частичного юридического значения фактического брака: доказанность совместного проживания и ведения общего хозяйства матерью (истцей) и предполагаемым отцом (ответчиком) до рождения ребенка при отсутствии обстоятельств, исключающих факт происхождения от данного лица (командировка, результаты гинекологической, урологической экспертизы и т.п.), вело к удовлетворению соответствующего иска. По сути, это была правоприменительная презумпция отцовства в фактическом браке. Совместное проживание подтверждалось (и подтверждается в настоящее время, так как фактические презумпции, как и нормативные, есть результат человеческого опыта, который не зависит от включения или невключения тех или иных словосочетаний в текст нормы права) наличием обстоятельств, характерных для семейных отношений: проживание в одном жилом помещении, совместное питание, взаимная забота друг о друге, совместный досуг и т.п. Ведение общего хозяйства трактуется как удовлетворение повседневных бытовых потребностей путем приобретения продуктов питания, приготовления пищи, уборки помещения, стирки белья, покупки предметов домашнего обихода и обстановки, вещей личного пользования и т.п.⁵²⁶

Таким образом, фактический брак есть союз мужчины и женщины, характеризующийся устойчивым, длительным совместным проживанием, ведением общего хозяйства, организацией досуга, а при наличии детей – родительской заботой о них, то есть поддержанием семейных отношений. Значит, главное – нахождение лиц в отношениях, характерных для супругов, в неюридическом контексте – тождественных.

⁵²⁶ См., например: Шахматов В.П. Законодательство о браке и семье (практика применения, некоторые вопросы теории). Томск, 1981. С. 126.

В литературе высказана и иная точка зрения о его существовании. Так, М.В. Кротов пишет: «Фактическим браком именуется отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированных в установленном законом порядке»⁵²⁷. Это не совсем так. В данном союзе могут не соблюдаться условия о возрасте, дееспособности, моногамии (лицо может, пусть и формально, состоять в зарегистрированном браке), запреты по состоянию в близком родстве или отношениях усыновления. Поскольку фактический брак безразличен семейному закону, первый может отвечать тем же. Другое дело, если бы он имел семейно-правовое значение, – тогда бы суд, устанавливая данный юридический факт, оценивал существо отношений во взаимосвязи с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку.

История советского и российского семейного права в вопросе о взаимодействии фактического брака и закона весьма противоречива. Как известно, в КЗоБСО 1926 г. данное явление получило правовое признание. Обсуждение проекта этого кодекса, особенно в обозначенной части, проходило весьма бурно. Так, Г.М. Свердлов отмечал, что послевоенная разруха и трудности НЭПа ставили многих женщин в зависимое положение от экономически более сильной стороны; в кулацкой и нэпманской среде весьма распространились «браки на срок», или «сезонные браки», батрачи с хозяином, – с целью эксплуатации ее труда в сочетании с иными удовольствиями... Это требовало правовой охраны фактических брачных отношений⁵²⁸.

Сторонники сохранения госрегистрации брака полагали, что она: 1) пресекает случаи создания союзов, не отвечающих законным условиям (о возрасте, свободе воли, запрете брака с близким родством и т.д.); 2) имеет значение для учета движения народонаселения; 3) противостоит легкомысленным связям; 4) исключает поддержку многоженства; 5) в деревне, где еще

⁵²⁷ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 269.

⁵²⁸ См.: Свердлов Г.М. Советское семейное право. С. 72.

достаточно крепко влияние церкви, продолжает играть серьезную роль в ослаблении этого влияния⁵²⁹.

Сторонники иной позиции также находили аргументы как объективного, так и субъективного порядка. Во-первых, фактических браков было много уже на тот момент (несмотря на отсутствие их защиты) – около ста тысяч (1923 г.), где слабейшая сторона, чаще всего женщина, бесправна. Во-вторых, нельзя приписывать принципиальное правообразующее значение формальному моменту в противовес существу отношений. «Разрешите, прежде всего, – писал Н.В. Крыленко, – отбросить критику Демьяна Бедного и его предложение считать состоящими в фактическом браке каждую парочку с Тверской». ... Случайная связь (даже с ребенком) не есть фактический брак⁵³⁰. Если отказались, поддерживал эту позицию Я.Н. Бранденбургский, делить детей на брачных и внебрачных, то не пора ли отказаться от деления браков на законные и незаконные? «Нельзя подходить, – продолжал автор, – к делу по-поповски, утверждая, что, если женщина будет знать, что советская власть дает защиту только зарегистрированному браку, она не поддастся никаким обольщениям и будет требовать от мужчины во что бы то ни стало заблаговременной регистрации». Регистрация не ведет к большей продолжительности брака и не способна эффективно бороться с распущенностью⁵³¹.

Д.И. Курский, особенно активно защищавший новации проекта, писал, что оградить права женщины, особенно в кратковременных, «сезонных» союзах, необходимо: в условиях безработицы алименты от бывшего мужа на год или полгода позволят ей хотя бы частично «встать на ноги», найти работу. Спекулирование женщин на алиментах (явление «алиментарных жен-

⁵²⁹ Свердлов Г.М. Советское семейное право. С. 73.

⁵³⁰ Крыленко Н.В. Проект о браке и семье // Сборник статей и материалов по брачному и семейному праву / Под ред. Д.И. Курского. М., 1926. С. 65.

⁵³¹ Бранденбургский Я.Н. Брак и его правовые последствия // Сборник статей и материалов по брачному семейному праву / Под ред. Д.И. Курского. М., 1926. С. 37.

щин») есть раздувание в тенденцию отдельных фактов⁵³². Прежний кодекс, продолжал автор в другом своем докладе, был принят, когда нераздельно господствовал церковный брак и не имелось другого способа оформления брачного союза – отсюда и столь решительное и жесткое требование регистрации (хотя уже и тогда раздавались голоса в поддержку фактического брака). Регистрации, однако, следует придать то значение, которое она и должна иметь, – «значение технического средства при спорах о правах, вытекающих из брака»⁵³³. Ранее фактические браки были как бы сомнительными в глазах общества и часто одного из фактических супругов – они перестанут быть сомнительными, «если дело будет поставлено во время спора в судебном порядке и рядом доказательств будет установлено, что эта брачная связь носила длительный характер, что она фактически признавалась вовне...»⁵³⁴. «Придет время (я глубоко убежден в этом), – заключал автор, – когда мы приравняем регистрацию во всех отношениях к фактическому браку или уничтожим ее совсем»⁵³⁴. Можно говорить о грядущем замещении фактическим браком брака зарегистрированного, так как первый представляет собой исключительно свободный союз, без «юридических оков» и, следовательно, является прообразом коммунистического типа отношений между мужчиной и женщиной⁵³⁵.

Высказывания Верховного Суда РСФСР носили по данному вопросу противоречивый характер. С одной стороны, было признано, что отсутствие регистрации прекращения прежнего зарегистрированного брака не должно служить препятствием для признания фактических брачных отношений с другим лицом со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями, так как формальное существование нерасторгнутого брака не имеет значения – лица могли бы оформить свои фактиче-

⁵³² См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 302–303.

⁵³³ Курский Д.И. Избранные статьи и речи. С. 245–246.

⁵³⁴ Там же. С. 290.

⁵³⁵ Там же.

Из литературных иллюстраций см., например: Рыбаков А. Дети Арбата. М., 1988. С. 325, 330, 361, 368.

ские отношения в любое время, расторгнув первый («законный») брак. Через десять лет (в 1945 г.) в других определениях и постановлениях данного суда указывалось, что суды не вправе допускать одновременного существования двух браков (зарегистрированного и фактического) и соответственно признавать юридическое значение за фактическим союзом – сначала следует расторгнуть первый брак⁵³⁶.

Размышляя над этим архифеноменом нашей семейно-правовой истории (со времен конкубината Древнего Рима), О.А. Хазова приходит к нескольким выводам. С одной стороны, цель защиты имущественных интересов женщин, особенно актуальная в то время, в определенной степени была достигнута. С другой стороны, практика привела к «перекосам» и гендерной асимметрии: легкость доказывания женщинами в судах фактического брака делала «мужчин совершенно беззащитными перед недобросовестными партнершами, претендовавшими и на жилую площадь, и на часть имущества своего "супруга", требовавшими часто установления отцовства в отношении детей, к которым эти мужчины не имели никакого отношения. Со временем на практике это привело к тому, что мужчины стали вообще остерегаться женщин и бояться вступать с ними в какие бы то ни было интимные отношения»⁵³⁷.

С такой оценкой и выводами трудно согласиться. Во-первых, большая часть аргументов в защиту новеллы Кодекса 1926 г. вполне убедительна. Во-вторых, правовое дозволение или правовой запрет, как известно, не снимает побочных эффектов, никогда не достигает идеала (закон – это «штаны», из которых мальчишка вырастает каждый раз через несколько месяцев, а также возможность, которой часто могут воспользоваться и мошенники). В-третьих, ошибки («перекосы») судебной практики были всегда, в том числе по делам об установлении внебрачного отцовства, и что же – отказываться от процедуры вообще?..

⁵³⁶ См.: Косова О.Ю. «Фактические браки» и семейное право // Правоведение. 1999. № 3. С. 113.

⁵³⁷ Гендерная экспертиза российского законодательства... С. 104.

Как мы уже отмечали ранее, Указом Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. фактическое супружество как юридический факт и отношение, частично регулируемое семейным правом, было дезавуировано, объявлено незаконным. И если в регуляции иных отношений с семейным элементом законодатель принципы Указа отринул (в 1965, 1968 – 1969 гг.), то применительно к рассматриваемому институту остался «ретроградом».

Консервативные⁵³⁸ взгляды по этому поводу еще достаточно распространены. Так, например, Л.П. Короткова и А.П. Вихров полагают, что семья изначально образовывается и пребывает только в рамках закона... Сожительство как брачное состояние без регистрации не порождает семейно-правовых последствий и свидетельствует о легкомыслии в брачных отношениях, об аморфности и ненадежности их, о безответственности перед семьей и обществом, а в конечном счете – о неприятии признаваемой законом и государством семьи⁵³⁹.

Ряд известных цивилистов-семейноведов не комментируют эту ситуацию, ограничиваясь констатациями положений КЗоБСО 1926 г. и соответствующими веяниями европейской семейно-правовой доктрины⁵⁴⁰.

Некоторые из современных авторов (начала XXI в.) вообще обходят проблему молчанием⁵⁴¹. Другие, не отрицая ее перспектив, полагают, что в настоящее время «почва» для решительных шагов еще не готова (например, О.Ю. Ильина)⁵⁴² и, возможно, еще не скоро будет готова (О.Ю. Косова)⁵⁴³, третьи настаивают на варианте весьма ограниченного признания. Например, С.В. Сивохиной, А.В. Слепаковой представляется целесообразным приравнять к супругам в правовых последствиях лишь тех участ-

⁵³⁸ Автор отнюдь не придает данному термину сколько-нибудь негативный смысл.

⁵³⁹ См.: Короткова Л.П., Вихров А.П. Семья – только в рамках закона // Правоведение. 1994. № 5 – 6. С. 160.

⁵⁴⁰ См., например: Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 73, 91–92.

⁵⁴¹ См., например: Пчелинцева Л.М. Указ. соч.

⁵⁴² См., например: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 34, 41.

⁵⁴³ См.: Косова О.Ю. «Фактические браки» и семейное право. С. 95.

ников фактических брачных отношений, которые были лишены возможности вступить в законный брак вследствие гибели одного из супругов в результате вооруженного конфликта, наступления недееспособности одного из фактических супругов и тому подобных чрезвычайных обстоятельств, при условии длительного срока сожительства, удовлетворения требованиям гетерогамии и требованиям ст. 14 СК РФ о препятствиях к заключению брака⁵⁴⁴.

Между тем основополагающий принцип российского (до 1991 г. – советского) брачного права о признании браком лишь союза, прошедшего государственную регистрацию, подвергается весьма основательному сомнению.

Так, уже в начале 70-х гг. XX в. мысль о допустимости возврата семейно-правовой защиты фактического брака была высказана С.И. Реутовым⁵⁴⁵. В 1983 г. и последующие годы в довольно резкой форме и развернутом виде она была представлена в работах автора настоящего исследования⁵⁴⁶. С разной степенью позитива смотрят на проблему М.В. Антокольская, О.А. Косова, М.В. Кротов и другие цивилисты.

Как мы уже отмечали, с внешней стороны фактический брак отличается от «законного» лишь актом государственной регистрации. Существо обоих явлений от этого не меняется. В этой связи можно привести своеобразную аналогию – норму ч. 4 ст. 23 ГК РФ: «...гражданин, осуществляющий предпринимательскую дея-

⁵⁴⁴ См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 117; Слепакова А.В. Фактические брачные отношения и право собственности // Законодательство. 2001. № 10. С. 15.

⁵⁴⁵ См.: Реутов С.И. К вопросу о фактических брачных отношениях // Вопросы гражданского, трудового и колхозного права. Пермь, 1973. С. 82–102.

⁵⁴⁶ См., например: Тарусина Н.Н. Спор о праве семейном в советском гражданском процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 57–59; Она же. Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов. Критический взгляд на советское семейное и гражданско-процессуальное законодательство // Годишник на Софийския университет «Св. Климент Охридски». Юридически ф-т. Кн. 3, т. 80/81. София, 1990. С. 88–89; Она же. Семейное право. С. 60–69.; Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство... С. 47–49, 59–67 и др. работы.

тельность...» без соответствующей регистрации, «не вправе ссылаться в отношении заключенных им сделок на то, что он не является предпринимателем. Суд может применить к таким сделкам правила настоящего Кодекса об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности». Тем более правомерна аналогия с ситуациями, предусмотренными правилами ст. 29 СК РФ о признании действительным брака, заключенного с грубейшим нарушением требований закона, лишь бы это соответствовало интересам несовершеннолетнего супруга или интересам созданной семьи. В обоих типах казусов мы имеем санацию правовой формы ради доброго существа явления, то есть преодоления этим самым существом формально-юридических предписаний. Более того, поскольку совместное проживание в «законном» браке не является конститутивным требованием (ч. 1 ст. 31 СК РФ: «Каждый из супругов свободен в выборе... мест пребывания и жительства»), а в фактическом, по определению, составляет самое его существо, можно утверждать, что не только в жизни, но и *de jure* «законный» брак есть «меньший» брак (или может быть «меньшим»), нежели фактический, в нем «меньше семьи»...

Фактический брак есть объективная реальность (так и хочется продолжить: данная нам в ощущениях...). Точное количество таких союзов установить невозможно – примерное же определяется при переписи населения: женщин, состоящих в браке, всегда больше, нежели мужчин (этот зазор в основном и составляют фактические супружества, в которых женщина полагает себя находящейся в браке, а мужчина – свободным от него)⁵⁴⁷. Кстати, именно ориентация демографов 20-х гг. XX в. (а с 1926 г. – и юристов) на сущностное отождествление «законного» и «фактического» браков и повлияла на программы проведения в стране переписей населения 1920, 1923, 1926 гг. и послевоенных – 1959, 1970, 1979, 1989 гг.: демографов, в отличие от «моралистов» или «юристов-нормативистов», интересует реально существующий союз мужчины и женщины, независимо от факта его регистрации

⁵⁴⁷ См., например: Чечот Д.М. Брак, семья, закон. Л., 1984. С. 30–31; Мананкова Р.П. Правовой статус членов семьи по советскому законодательству. С. 26–27.

в органах ЗАГС, семья как общественный организм, с помощью которого решаются вопросы рождаемости, народонаселения (кстати, наиболее парадоксальный итог был получен в результате переписи 1970 г.: мужчин состоявших в браке, оказалось на 1 млн. 300 тыс. меньше, чем женщин; частично это объяснялось явлениями многоженства в южных республиках, частично – субъективной оценкой фактического брака и опрашиваемыми, и счетчиками⁵⁴⁸: мужчины в таких случаях нередко воспринимают себя холостыми...).

В 1989 г. в России насчитывалось 36 млн. брачных пар, в 2002 г. – 34 млн. Причем впервые в истории российских переписей в последний раз считали не только официально зарегистрированные браки, но и внебрачные сожителства мужчин и женщин (фактические браки), численность которых составила около 3 млн. Таким образом, фактические браки, существовавшие как социальное (а в отдельные периоды правовой истории – и юридическое) явление всегда, в последние годы приобретают все большую распространенность⁵⁴⁹.

«Никакой законодательный запрет, – пишет М.В. Кротов, – не может исключить из обычной жизни внебрачные связи длительного характера, которые сами стороны, желая того или нет, признают фактическим браком. ...Общественная мораль в отношении фактических браков также претерпела определенные изменения, все более и более смягчая ту нетерпимость в отношении фактических браков, которая господствовала в 70 – 80-е годы»⁵⁵⁰.

Не считаться с этой реальностью нельзя. Недаром, отнюдь не «лоббируя» правовую защиту фактического супружества, О.Ю. Косова, тем не менее, утверждает: «... с точки зрения социологического толкования семьи очевидно, что и фактический брак нельзя не считать семейным союзом, если он выполняет те же социальные функции, что и семья, основанная на зарегистри-

⁵⁴⁸ См.: Мананкова Р.П. Правовой статус членов семьи по советскому законодательству.

⁵⁴⁹ См.: Сивохина Указ. соч. С. 100.

⁵⁵⁰ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 1998. С. 269.

рованном браке»⁵⁵¹. Но автора смущает, будет ли разумным вмешательство государства в частную жизнь лиц, которые сознательно, в силу различных причин, не регистрируют свои отношения в установленном порядке, «а значит, не стремятся получить со стороны государства правовую защиту»⁵⁵². Однако, во-первых, далеко не всегда воля к тому обоюдна: демографическая ситуация, традиции, жизненные обстоятельства (беременность, материнство, трудности в отношениях с «фактической» свекровью и т.п.) по-прежнему нередко ставят женщину в положение «слабого» или мирящегося с неизбежным партнером – не потащишь же мужчину в орган ЗАГС против его воли... Впрочем, нуждающимся в общественном сочувствии может оказаться и мужчина, правда, в очевидно меньшем числе случаев. Кроме того, осознание существования развивающегося фактического супружества меняется (как и самое существо), поэтому обоюдное нежелание будущей правовой защиты – далеко не факт. Потребность в такой защите может возникнуть. Например, женщина, не завершив своего образования и не попытавшись или не сумев добиться делового успеха, посвятила себя фактическому супругу, детям (если они в этом союзе родились, или детям мужа от первого брака) и даже «свойственникам» (например, уходу за больной свекровью), а супруг решает ее оставить, кстати, нередко тогда, когда она уже не имеет реальной возможности преодолеть свои образовательные, служебные и семейные проблемы... Во всех подобных случаях личные интересы беззащитны – так пусть защитятся хотя бы имущественные.

М.В. Антокольская также признает: фактические брачные отношения получают все большее распространение и ограничиваться просто констатацией факта, что они не порождают правовых последствий, недостаточно: «Фактический брак не следует приравнивать к зарегистрированному полностью, но за ним целесообразно было бы признать некоторые правовые последствия в области имущественных отношений. В частности, за супругом, состоящим длительное время в фактических брачных отноше-

⁵⁵¹ Косова О.Ю. О предмете семейного права. С. 77.

⁵⁵² Там же. С. 78.

ях, можно было бы признать право на алименты, на наследование по закону, а также прямо разрешить фактическим супругам заключать брачные соглашения, в том числе и с условием о распространении на их имущество режима общей совместной собственности супругов»⁵⁵³.

Любому государству, отмечает А.Д. Толстая, выгодно, чтобы граждане вступали в прочные семейные союзы, которые, независимо от своей регистрации, решают все основные функции семьи – сексуальную, экономическую, репродуктивную и образовательную. Проблема актуализируется и в связи с расширением международных связей, миграцией населения, а также в свете интеграции России в европейское пространство⁵⁵⁴.

Прежде чем строить позицию на принципиально иной основе, следует, пожалуй, вернуться к классификации М. Босанаца и определить, какой тип конкубината может и должен вызывать сочувствие общества. С точки зрения субъективных признаков должны решаться проблемы возраста, дееспособности, близкого родства, состояния партнеров по конкубинату в другом браке. С точки зрения публичности – вопрос о возможности общественного признания анонимного союза. В плане продолжительности связи – проблема срока как элемента фактического состава. Если бы речь велась лишь о правоприменительной презумпции отцовства в фактическом браке, ответы на эти вопросы значения бы не имели, достаточно было бы только доказать факт устойчивого и продолжительного совместного проживания с элементами ведения общего хозяйства матери ребенка и предполагаемого отца в соответствующий период. В нашем случае не только в связи с традицией признания законом несуществующим существующего, но и в связи со свойством формальной определенности правовых норм, с одной стороны, и их обусловленности общественной моралью – с другой, ответы на вопросы, возникающие из классификации М. Босанаца, имеют отрицательное значение.

⁵⁵³ См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. М., 1995. С. 120.

⁵⁵⁴ Толстая А.Д. Фактический брак: перспективы правового развития // Закон. 2005. № 10.

Если двигаться в направлении признания явления фактического брака, то, видимо, требования к нему должны в основном коррелировать с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку, кроме признака регистрации и необязательности совместного проживания: оба они подрывают самое существо фактического супружества. Это значит, что возраст, близкое родство, отношения усыновления, состояние в другом (зарегистрированном ли, фактическом ли) браке, неанонимность (публичность) союза – условия для признания судом факта фактического брака, если к такой возможности мы в принципе вернемся. Несколько сложнее с условиями дееспособности и фактами сокрытия заболеваний, предусмотренных правилом ч. 3 ст. 15 СК РФ. Как и в случае несоблюдения требования о брачном возрасте (для «законного» брака – ч. 2 ст. 29 СК РФ), определение значения данных фактов следует оставить на усмотрение суда. Да и в целом применительно к правовому признанию судом факта фактического брака логично и справедливо использовать аналогии норм СК РФ о санации и отказе в санации «недействительного брака» (ст. 29) и льготах для добросовестной стороны после признания брака недействительным (ст. 30).

(Кстати, жесткое по толкованию и перспективным задачам определение исследуемого явления М.В. Кротова подобный подход не исключает: «Фактическим браком именуются отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированные в установленном законом порядке»⁵⁵⁵).

На Западе еще в 70 – 80-е гг. ученые, общественность и политические деятели начали проявлять беспокойство относительно кризиса семейных ценностей, семьи, основанной на браке. Однако это привело не к «ужесточению» мер против фактических брачных союзов, как это произошло в Советском Союзе в 40 – 50-е гг., а, напротив, к соответствующей либерализации законодательства ряда стран.

⁵⁵⁵ См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 269.

Кстати, одной из первых определенных правовые последствия за фактическим браком признала Япония. Еще в 1915 г. Верховным Судом Японии было принято решение, возлагавшее обязанность по возмещению вреда на лицо, нарушившее обязанности, вытекавшие из фактического брака. Указанные нормы действуют и сегодня. В частности, закреплена ответственность неправомерного нарушителя обязанностей из фактических брачных отношений, которая предполагает полное возмещение материального и морального вреда. Вопрос о неправомерности решается по усмотрению суда – на основании анализа причин правонарушения (брак в близком родстве, двоеженство) или прямых запретов. Лично-правовую основу фактического брака составляют совместное проживание, сотрудничество и взаимная помощь, сохранение супружеской верности. При необходимости факт фактического брака устанавливается судом. На фактический брак распространяется режим собственности официального брака, кроме возможности заключения брачного договора, прав наследования и «законнобрачного» статуса детей. Социальное обеспечение и социальное страхование фактических супругов в целом приравниваются к супругам с официальным статусом. При прекращении фактического брака возможен раздел имущества по «брачной» схеме, в том числе путем применения по аналогии соответствующих норм ГК Японии (ст. 768)⁵⁵⁶.

В Нидерландах Законом о зарегистрированном партнерстве 1997 г. установлено, что мужчина и женщина, не вступая в брак, как это всегда было традиционно принято, могут заключить договор о совместной жизни, зарегистрировать его и тем самым создать семейный союз в виде партнерства. В 2000 г. в соответствии с Законом о дальнейшем сближении между браком и партнерством правовые различия между ними стали несущественными, при этом каждый из них может легко трансформироваться друг в друга⁵⁵⁷.

Ряд стран (Швеция, Бельгия, Венгрия, Франция, Португалия) приняли нормативные акты, которыми признаются порождающи-

⁵⁵⁶ См.: Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. С. 204–207.

⁵⁵⁷ Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 520.

ми правовые последствия отношения фактического совместного семейного проживания в течение длительного времени. Такие отношения по своему существу не являются браком по смыслу законодательства о браке и семье и называются сожительством⁵⁵⁸.

Новеллой ГК Франции в редакции закона 1999 г. стало введение нормы о конкубинате – с последующим распространением на конкубинов ряда социальных льгот. В ст. 515–8 ГК Франции конкубинат определяется как «фактический союз, характеризующийся совместной жизнью, представляющей устойчивый, продолжительный характер, между двумя лицами разного или одного пола, живущими в паре»⁵⁵⁹. При этом срок законом не определен.

Как отмечает С.В. Сивохина, в отличие от брака и от гражданского пакта солидарности, конкубинат – не юридическое, а фактическое состояние. Однако французское право учитывает эти пары и предоставляет им защиту в различных сферах. Для этого необходимо получить в мэрии сертификат конкубината (свидетельство свободного союза): этот документ позволяет конкубинам сохранять право проживания по месту жительства умершего конкубина-нанимателя, право на получение пособий по социальному обеспечению и некоторых пособий на семейные нужды (карты скидок и т.п.). Ряд организаций не требуют представления сертификата и удовлетворяются письменными заявлениями произвольной формы. Возможны два вида конкубината: простой, где пару составляют два человека, свободных от брака, и конкубинат-измена, когда один из сожителей состоит в браке⁵⁶⁰.

Весьма своеобразен подход к проблеме в Эквадоре. В этой стране еще в 1982 г. был принят закон «О регистрации фактического брака». А.В. Слепакова предполагает, что причинами такой принципиальной новеллы явились либерализация всей общественно-политической жизни в результате прихода в 1979 г. к власти гражданского правительства (после военного переворота 1972 г.), а также обстоятельства, аналогичные сложившимся в

⁵⁵⁸ Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 521.

⁵⁵⁹ Относительно однополых союзов, да еще в контексте уравнивания, мы уже высказывались.

⁵⁶⁰ См.: Сивохина С. В. Указ. соч. С. 104–106.

России к 1926 г., – недостаточным распространением среди католического населения установленной советской формы заключения брака. В ст. 1 закона установлено, что «постоянный и моногамный фактический брак продолжительностью более двух лет между мужчиной и женщиной, свободными от брачного союза, чтобы вместе жить, рожать детей и оказывать друг другу взаимную помощь, дает основание для образования общности имущества». Норма ст. 10 закона предписывает применять к пережившему фактическому супругу все правила о наследовании для «законных» супругов по ГК Эквадора, а ст. 11 – налоговое и пенсионное законодательство⁵⁶¹.

Социальным кодексом Германии в редакции 8 июня 2006 г. закреплены признаки супружеского сообщества: 1) совместное проживание на одной жилплощади более одного года; 2) наличие совместного ребенка; 3) взаимное материальное обеспечение и забота о проживающих с ними детях одного из партнеров или прочих близких родственников; 4) распоряжение имуществом или улаживание дел другого партнера. При доказанности одного из этих фактов союз мужчины и женщины признается фактическим сообществом и влечет обязанности по взаимной материальной поддержке.

Следует также иметь в виду, что разнообразные зарегистрированные партнерства, рассмотренные нами в параграфе, посвященном проблеме двуполого брачного союза, имеют, разумеется, силу и для сожительств (партнерств) мужчины и женщины – социально-экономическое партнерство Франции, зарегистрированные партнерства стран Скандинавии, Германии, Исландии, Бельгии, ЮАР, Португалии, региональные партнерства в Канаде и США и т.д.⁵⁶² Частично легализовала фактические брачные отношения Украина. Семейным кодексом 2003 г. устанавливается: «...если женщина и мужчина проживают одной семьей, но не

⁵⁶¹ Слепакова А.В. Указ. соч. С. 8–15.

⁵⁶² Подробнее об этом см.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В.В. Залесского. М., 2004; Ковлер А.И. Антропология права. М., 2002. С. 420–423; Толстая А.Д. Указ. соч. С. 21–29.

пребывают в зарегистрированном браке между собой, то имущество, приобретенное ими за время совместного проживания, принадлежит им на праве совместной собственности, если иное не предусмотрено письменным договором между ними». Предусматривается также возможность возникновения алиментных обязательств (ст. 16, 91 СК Украины)⁵⁶³.

Вызывают интерес два нормативных положения Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (в редакции от 20.07.2006 г.). Во-первых, среди общих начал семейного законодательства присутствует очень важное заявление: «Воспитание детей и ведение домашнего хозяйства признается общественно полезным трудом» (п. 3 ст. 3). Теоретически это подчеркивает необходимость защиты фактических супругов (как правило, женщины) в имущественной сфере, а практически – возможность создания справедливого прецедента, основанного на аналогии с нормами о законном супружеском имуществе. Во-вторых, в норме ст. 59, как мы уже отмечали ранее, дается определение семьи⁵⁶⁴. При этом ее конститутивные признаки, по сути, аналогичны признакам фактического брака (моральная и материальная общность и поддержка, совместное проживание, ведение общего хозяйства и т.п.), а в качестве субъектов, хотя и в порядке исключения, допускаются не только супруги, но и иные лица⁵⁶⁵. Полагая, что до признания необходимости хотя бы некоторой защиты фактических супругов, с учетом указанных предпосылок (которые отсутствуют в российском законодательстве), белорусскому законодательству остался один шаг.

Подведем некоторые итоги.

1. Термины «фактический брак», как и «гражданский брак», «сожитительство супругов» и т.п. условны. Однако с учетом специального значения понятия «гражданский брак» (светский – в отличие от церковного, равный по смыслу понятию «зарегистрированный», «законный» брак) первая филологическая конструкция предпочтительней. Это более соответствует и сложившейся тер-

⁵⁶³ СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁶⁴ Там же.

⁵⁶⁵ О семье как цели брака см. ранее.

минологической традиции в российской цивилистической (семейно-правовой) доктрине.

2. История и современность знают различные формы фактического брака – парный брак, конкубинат (в определенном смысле – и римский брак *sine manu*, а также *contubernium*), гражданский брак (не светский, а союз, сожительство на лично-договорной основе – вроде фактических семейных союзов в среде российских разночинцев, иногда – у религиозных диссидентов), зарегистрированное партнерство, пожизненное партнерство, региональное, фактический брак в собственном смысле слова (без договора и регистрации).

3. Классическим с точки зрения своей сущности является фактический брак – *союз мужчины и женщины*, заключенный ими с соблюдением общественно признанных условий о единобрачии, возрасте, дееспособности, родстве, усыновлении, характеризующийся устойчивым длительным совместным проживанием, ведением общего хозяйства, а при наличии детей – заботой о них, то есть поддержанием семейных отношений. При этом срок может быть определен законом (например, не менее одного года) или квалифицирован судом. «Квазифактическими» браками являются: 1) союзы формально *несвободных лиц*; однако, по аналогии с признанием юридического значения «фактического развода», не все они должны категорически отрицаться – по усмотрению суда, при условии доказанности факта длительного и устойчивого *прекращения отношений «законного» брака* такие союзы могут санироваться; 2) союзы, не отвечающие классическим требованиям, предъявляемым к зарегистрированным бракам (возраст, родство и т.п.); они также могут, на наш взгляд, санироваться судом – *по точной схеме санации недействительного брака*.

4. Развитие института фактического брака в плане его признания как юридического факта может осуществляться различным образом: 1) по аналогии с КЗоБСО 1926 г. – путем *установления факта фактического брака в особом производстве гражданского процесса*, в том числе в случае смерти, объявления умершим или безвестно отсутствующим одного из участников союза; 2) путем предоставления фактическим супругам права за-

ключать договоры о семейном партнерстве – как в простой письменной форме, так и с нотариальным удостоверением.

5. Целесообразно и справедливо распространить на фактических супругов право: а) общности супружеского имущества и его раздела по правилам СК РФ; б) заключения договора о режиме имущества в фактическом браке (семейном партнерстве) – по образцу брачного договора; в) заключения соглашения об алиментах или на иск об их взыскании; г) на презумпцию отцовства в фактическом браке (при законном подтверждении последнего).

6. Следует защищать жилищные интересы фактических супругов – в рамках ст. 31 ЖК РФ, причислив их к членам семьи, а также предусмотреть некоторые права в области наследования (при этом, если наследодатель состоял в официальном браке, но фактически не проживал с «законным» супругом длительное время, следовало бы предоставить суду возможность оценить конкретную ситуацию и вынести справедливое решение; сроки «фактического развода» и «фактического брака» могут быть установлены в законе: 1 год, 5 лет, 10 лет – как решит законодатель, причем все же дифференцированно – в зависимости от защищаемого интереса.

7. В социально-обеспечительном, налоговом и других аспектах льготирования семейных союзов соответствующая реакция законодателя также была бы логичной и желательной.

Глава III. Недействительность брака

§ 1. Основания, процедура и правовые последствия недействительности брака

Как мы отмечали ранее, между различными требованиями, предъявляемыми к семейному союзу мужчины и женщины, чтобы объявить его браком, существует определенная субординация. При отсутствии регистрации, хотя бы были соблюдены все прочие условия, нет брака и его правовых последствий (до тех пор, разумеется, пока мы не вернемся к юридическому признанию и защите фактического супружества). Напротив, если государственная регистрация осуществлена, правовые последствия возникают, несмотря на несоблюдение любого из условий (или их совокупности) вступления в брак: приобретает силу презумпция действительности брака — как следствие презумпции действительности административно-правового акта, которая может быть опровергнута только в судебном исковом порядке.

Недействительность брака есть признанная судом его порочность в связи с несоблюдением условий его заключения, последствием которой является аннулирование брачного правоотношения. Примерно такое же определение дается В.П. Шахматовым: «Недействительность брака — это его дефектность, обусловленная нарушением в момент его регистрации установленных законом требований, предъявляемых к вступающим в брак»⁵⁶⁶.

Институт недействительности брака то появлялся, то исчезал с российского «правового горизонта»: например, Кодекс 1918 г. четко проводил различие между разводом и признанием брака недействительным, в Кодексе 1926 г. данный институт отсутствовал — при нарушении условий вступления в брак можно было ставить вопрос о судебном оспаривании записи о регистрации брака, стабильный вариант законодательной редакции был закре-

⁵⁶⁶ Шахматов В.П. Законодательство о браке и семье (практика применения, некоторые вопросы теории). С. 11.

плен в Кодексе 1969 г. и подтвержден, разумеется, с изменениями, СК РФ 1995 г.

С.Н. Братусь и П.Е. Орловский, комментируя сущность данного института, отмечали, что «признание брака недействительным является санкцией в отношении лиц, регистрирующих его с нарушением установленных законом условий»⁵⁶⁷. М.Т. Оридорога в целом разделяет данную точку зрения: юридический смысл категории недействительности брака заключается в правовом воздействии на лиц, заключивших его с нарушением требований закона; государство отказывается признавать законность данного правоотношения и аннулирует его, оказывает принуждение на стороны и ставит их в юридически невыгодное положение»⁵⁶⁸. А.М. Рабец, полагая, как и многие другие цивилисты⁵⁶⁹, исследуемую конструкцию санкцией, уточняет, что «семейно-правовой санкцией является не сама недействительность брака, а устанавливаемые законом последствия недействительности брака». Однако это уточнение вряд ли основательно и соответствует общей формуле санкций, куда включаются и главный компонент (признание недействительным, то есть аннулирование правоотношения), и конкретные элементы в виде тех самых последствий, о которых пишет автор. Так трактуется сущность данной санкции и М.В. Антокольской⁵⁷⁰, и В.А. Рясенцевым⁵⁷¹, и другими цивилистами.

М.В. Кротов усматривает сущность санкции в исследуемом случае не в мере защиты и не в мере ответственности: основная цель нормы – в констатации того, что стороны не достигли же-

⁵⁶⁷ См.: Комментарий к Кодексу о браке и семье РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся и П.Е. Орловского. М., 1971. С. 74.

⁵⁶⁸ См.: Оридорога М.Т. Брачное правоотношение. Киев, 1971. С. 67.

⁵⁶⁹ См.: Рабец А.М. Алиментные обязательства между супругами. Томск, 1974. С. 15; Антокольская М.В. Семейное право. М., 2002. С. 117; Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 71; Пчелинцева Л.М. Семейное право. М., 1999. С. 115; Тихиня В.Г. Комментарий к Кодексу Республики Беларусь о браке и семье / Под ред. В.Г. Тихиня, В.Г. Голованова. Минск, 2000. С. 55; и др.

⁵⁷⁰ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 125.

⁵⁷¹ См.: Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 71.

лаемого правового результата⁵⁷². Однако это не так. М.В. Антокольская совершенно справедливо отмечает, что, в зависимости от наличия или отсутствия вины у стороны или обеих сторон, «санкция – признание брака недействительным» сводится либо к мере ответственности (фиктивный брак, обман и т.п.), либо к мере защиты (не знали о близком родстве, о фактической недееспособности и т.д.) – соответственно за правонарушение или за объективное противоправное поведение⁵⁷³. Это вполне отвечает доктринальному представлению о дифференциации санкций вообще.

В.П. Шахматов и Б.Л. Хаскельберг предлагают различать недействительные и несостоявшиеся браки. Последние являются следствием сговора одного из «вступивших в брак» и должностного лица органа ЗАГС. Так, в результате противоправных действий работника сельского совета и одной гражданки был зарегистрирован ее брак с Дмитруком в его отсутствие и вопреки его желанию⁵⁷⁴. И такие казусы не единичны. Для несостоявшихся браков характерно, что о регистрации брака «супруги» или один из них обычно узнают после того, как она была произведена. Их нельзя, продолжают авторы, квалифицировать как недействительные браки, ибо последние не всегда ведут к полному аннулированию всех правовых последствий. Речь должна идти о «несостоявшихся браках», юридическую реакцию на которые необходимо оформлять иском об аннулировании записи о несостоявшемся браке. В известном смысле, считают ученые, недействительные и несостоявшиеся браки соотносятся между собой как оспоримые и ничтожные сделки⁵⁷⁵. Однако, на наш взгляд, это было бы неточно, так как и те, и другие составляют «клиентуру» института недействительности сделок (ст. 166 ГК РФ). Другое дело, что подобная параллель уместна при сравнительном анализе различных оснований признания брака недейст-

⁵⁷² См.: Гражданское право Ч. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 339.

⁵⁷³ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 127.

⁵⁷⁴ См.: Шахматов В.П., Хаскельберг Б.Л. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. С. 123.

⁵⁷⁵ Там же. С. 125–126.

вительным: есть обстоятельства, которые влекут недействительность априори, исключая судебное усмотрение, и есть такие, что предполагают альтернативное развертывание событий в гражданском процессе. В то же время сама конструкция несостоявшихся браков представляется нам основательной и заслуживает внимания *de lege ferenda*.

Итак, основаниями признания брака недействительным служат нарушения позитивных условий его заключения или несоблюдения запретов (ограничений), предусмотренных нормами ст. 12 – 15 СК РФ.

Право на предъявление иска существенно дифференцировано – как раз в зависимости от объективной стороны деяния. Так, прокурор назван в качестве возможного инициатора процесса во всех случаях, кроме казуса о сокрытии одним из супругов заболеваний (п. 3 ст. 15, ч. 5 п. 1 ст. 28 СК РФ). Орган опеки и попечительства вправе предъявить иск о признании брака недействительным, если нарушено условие о брачном возрасте, дееспособности или запрет брака в отношениях усыновления. Наиболее широкий круг инициаторов процесса предусмотрен в случае несоблюдения требований ст. 14 СК РФ: супруг, не знавший о наличии препятствий, супруг по предыдущему расторгнутому браку, опекун недееспособного, другие лица, права которых нарушены заключением брака, орган опеки и попечительства, прокурор. И во всех случаях такое право принадлежит добросовестному супругу (ст. 28 СК РФ).

Существо ряда нарушений не ведет к очевидной ничтожности брака. Так, брак, заключенный с лицом, не достигшим совершеннолетия, которому не был снижен брачный возраст законным порядком, может быть объявлен судом действительным (санирован), если этого требуют интересы несовершеннолетнего супруга, а также при отсутствии его согласия на признание брака недействительным (п. 2 ст. 29 СК РФ). Суд не может признать брак фиктивным, если стороны до рассмотрения дела в порядке гражданского судопроизводства фактически создали семью.

Суд может признать действительным брак, если к моменту рассмотрения дела отпали обстоятельства, которые препятствовали его заключению. Очевидно, что единственным непреодоли-

мым препятствием, вследствие своей неизменности, является близкое родство.

Санация же при нарушении принципа единобрачия имеет свою особенность действия во времени и пространстве: если нарушитель до судебного рассмотрения дела успел расторгнуть первый брак, то второй может влечь последствия только с момента прекращения первого (это вытекает из систематического толкования норм ст. 25 и п. 1 ст. 29 СК РФ). По общему правилу, брак не может быть признан недействительным после его расторжения, за исключением случаев близкого родства либо состояния одного (обоих) супругов в момент регистрации брака в другом нерасторгнутом браке. Полагаем, что данное положение п. 4 ст. 29 СК РФ (уточненное нами в части множественности нарушителей) не является разумным и справедливым, так как различие между казусами может состоять лишь в предприимчивости и динамизме тех, кто успел расторгнуть брак, который, в противном случае, мог быть признан недействительным. Поскольку правовые последствия развода и недействительности построены принципиально по-разному, постольку правильно было бы ограничиться такой альтернативой, как санация недействительного брака судом.

Каковы же эти последствия? Если при расторжении брака брачное правоотношение прекращается на будущее время – с соответствующей модификацией смежных правоотношений (имущественных, по воспитанию детей и т.д.), то при признании брака недействительным общим правилом является двусторонняя реституция, то есть приведение сторон в первоначальное положение с момента его заключения. В то же время, коль скоро брак не гражданско-правовая сделка, а особая разновидность семейно-правового договора, существо которого не допускает столь формализованного подхода ко всем событиям, происшедшим с супругами до судебного признания их отношений недействительными, семейный закон традиционно предусматривает значительные изъятия из общего правила. Первое касается статуса детей: недействительность не влияет на их права (п. 3 ст. 30 СК РФ). Второе – добросовестного супруга: суд полномочен признать за ним права в отношении алиментирования, раздела имущества на ос-

нове семейно-правовых принципов, по брачному договору; добросовестный супруг волен требовать возмещения причиненного ему материального и/или морального вреда, а также сохранить избранную им при регистрации брака фамилию.

Следует признать, что построение схемы правовых последствий не во всех правовых системах совпадает с российской⁵⁷⁶. Так, например, в Японии существенно дифференцируются последствия в зависимости от характера нарушения: пороки воли ведут к недействительности брака и реституции, а нарушение условия о брачном возрасте, единобрачии и запрета брака между близкими родственниками – к аннулированию брака и отрицательным последствиям только на будущее время⁵⁷⁷. В Болгарии (п. 1 ст. 98 СК) правовые последствия "уничтоженного" брака приравниваются к последствиям развода, а недобросовестность в первом имеет значение вины во втором (о брачной вине см. в главе о прекращении брака). Однако в большинстве стран общее правило о правовых последствиях признания брака недействительным относительно совпадает с российским вариантом.

§ 2. Фиктивность в брачно-правовой сфере

Явления фиктивности в цивилистике весьма распространены. То же самое приходится констатировать и в области жизнедеятельности семейных правоотношений: фиктивными могут быть брак, развод, раздел общесупружеского имущества, брачный договор, взыскание алиментов, признание отцовства, усыновление, опека, приемное родительство и т.д.⁵⁷⁸

Такая супервариативность уже сама по себе создает основу для автономности, специфичности института семейно-правовой

⁵⁷⁶ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 520.

⁵⁷⁷ См.: Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. С. 186–187.

⁵⁷⁸ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях // Правоведение. 1983. № 2. С. 84–87; Она же. Семейное право. С. 134–142.

фиктивности: аналогия с фиктивными гражданско-правовыми сделками (мнимыми и притворными) возможна, но не исчерпывающая. Мнимая сделка совершается лишь для вида, без цели реально создать соответствующие ей правовые последствия – видимости последних для субъектов вполне достаточно. В притворной сделке стороны также стремятся достигнуть отнюдь не того правового результата, который должен возникнуть из совершаемой сделки, но она, кроме того, играет роль прикрытия своей формой истинной сделки⁵⁷⁹.

Фиктивным является такое действие или отношение, которое внешне – по правовой форме – отвечает требованиям закона, а по цели и содержанию не соответствует ему, вплоть до противоположности. В отличие от фикции (особого технико-юридического приема), которая выполняет, как мы уже отмечали ранее, роль своеобразного неординарного сорегулятора общественных отношений, наряду с классическими технологиями, достигая совместно с ними не только цели формальной определенности правовых предписаний, но нередко выполняя и социально-нравственные задачи, фиктивность есть безусловное негативное явление – правонарушение или аморальный поступок (если государственной реакции не предусмотрено, а применение санкций по аналогии невозможно).

Семейно-правовые фиктивные акты и отношения не укладываются в общую цивилистическую типизацию еще и потому, что сущностно разнообразны, тесно связаны с личностью участников, далеко не всегда для них можно выстроить схему классических цивилистических последствий в виде реституции, если вообще можно изобрести юридически вразумительную реакцию.

Применительно к брачно-правовой сфере можно зафиксировать пять разновидностей фиктивности. Остановимся на их характеристике подробнее.

Фиктивное заявление о вступлении в брак относится к типично российским казусам (а до этого – советским). Изначально

⁵⁷⁹ См., например: Тархов В.А. Гражданское право. Общая часть. Уфа, 1998. С. 230–231; Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. Ю.К. Толстого и А.П. Сергеева. С. 216–217.

оно было обусловлено явлением всеобъемлющего товарного дефицита и созданием в этой связи сети специализированных отделов или магазинов («салонов для новобрачных»), где по талонам, выданным органом ЗАГС (на основании факта подачи заявления о вступлении в брак), можно было приобрести не только свадебные наряды, но и белье, одежду, обувь, посуду и прочие необходимые в быту вещи. После либерализации цен были открыты также специальные отделы или магазины, где можно было (по тем же самым талонам) приобрести продукты питания для свадебного стола. Мимо таких возможностей некоторые граждане (и притом немалое, к сожалению, число) пройти не могли... и подавали фиктивные заявления о вступлении в брак, чтобы желанные талоны получить. Соответственно работники органов ЗАГС и дворцов бракосочетаний пытались этому явлению противостоять: выдавали талоны двух типов (первый был действителен до регистрации брака для приобретения свадебных нарядов, второй – после регистрации для покупки всего остального); в паспортах делали карандашные пометки, чтобы поймать «злоумышленников» при подаче ими заявлений неоднократно; «продуктовые карточки», разумеется, выдавались до свадьбы, так как еда была необходима к свадебному столу.

Возможны и другие мотивы данного фиктивного акта. В настоящее время «дефицитная напряженность» (в контексте фиктивного заявления) спала. Однако фиктивные заявления о вступлении в брак не потеряли своей мотивации полностью. Например, граждане, желающие пройти всестороннее бесплатное медицинское обследование (а у некоторых в определенном возрасте это становится «хобби»), могут воспользоваться соответствующими гарантиями, предоставленными нормой ст. 15 СК РФ. (Как говорил великий Аркадий Райкин о важности дефицита: всегда чего-нибудь должно не хватать...) Таким образом, существо этого действия – в подаче заявления о вступлении в брак без намерения его последующей регистрации с целью получения льгот и выгод, сопровождающих процедуру заключения брачного союза.

Наиболее распространенным, известным и, соответственно, достаточно давно находящимся под санкцией семейного закона (ч. 3 ст. 43 КоБС РСФСР, п. 1 ст. 27 СК РФ; КЗоБСО РСФСР

1926 г. института недействительности брака не знал) является **фиктивный брак**. В КоБС РСФСР имелось лишь указание на возможность признания недействительным брака, заключенного без намерения создать семью, как фиктивного. В СК РФ содержится краткое определение данного явления: признается недействительным фиктивный брак, «то есть если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью» (п. 1 ст. 27). Однако дефиниция предлагается как бы походя, отнюдь не среди условий заключения брака. Между тем большинство цивилистов полагают создание семьи целью брака и его конститутивным признаком. Значит, и данное основание недействительности брака должно находиться в системе с другими, а не на «выселках».

Следует отметить, что фиктивность как основание недействительности брака – также типично российское явление: даже семейное законодательство большинства стран бывшего социалистического лагеря такого института не имело⁵⁸⁰, хотя в ряде случаев опосредованно или по аналогии добиться признания фиктивного брака недействительным было можно. Так, И. Хадерка отмечал лишь косвенную известность законодательству ЧССР явления фиктивного брака: в Инструкции Министерства внутренних дел ЧССР «О заключении браков иностранных граждан с чехословацкими гражданами» приводились примеры заключения браков «без намерения основать супружеский союз» с целью получения разрешения на пребывание иностранца в ЧССР или с целью получения чехословацким гражданином разрешения на выезд за границу. И. Хадерка характеризовал данное явление как двустороннюю симуляцию (фиктивный брак) в отличие от односторонней симуляции, которая как фиктивный брак им не квалифицировалась⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ См., например: Семейный и опекунский кодекс ПНР. М., 1967; Семейный кодекс на НРБ. София, 1985; Семейное право зарубежных европейских социалистических стран / Под ред. В.П. Грибанова и А.М. Беляковой М., 1979.

⁵⁸¹ См.: Хадерка И. Вступление в брак. Правовые аспекты. М., 1980. С. 164–166.

Правовая реакция на фиктивный брак была возможна в Югославии⁵⁸². Наиболее близко к российскому варианту находились теория и практика Румынии⁵⁸³.

Правовая природа фиктивного брака близка природе мнимой сделки (в том числе аналогична для двусторонне фиктивного брака)⁵⁸⁴. Существо и виды брачной фиктивности, как правило, обсуждались и обсуждаются с точки зрения субъективной и объективной стороны данного деяния.

Первый аспект включает, во-первых, мотивацию фиктивного акта: получение прописки – регистрации в обход существующих правил; приобретение права на жилую площадь, социальное обеспечение; возможность уклониться от нежелательного распределения на работу, место службы по окончании военного училища и других учебных заведений, где «распределение» сохранилось; приобретение права на въезд в соответствующую страну, получение вида на жительство и т.п.; желание числиться замужем по мотивам как корыстного, так и сугубо личного характера⁵⁸⁵, вступление в брак с престарелым или тяжело больным человеком с целью завладения имуществом после его смерти, которое недобросовестный супруг рассчитывает получить по наследству – на основании закона или завещания⁵⁸⁶.

Как отмечает Л. Максимович, социальные причины данного правонарушения далеко не всегда кроются в пороках развития личности. Определенная часть фиктивных браков – не болезнь, а симптом неадекватного законодательства, чрезмерного ограничения прав граждан⁵⁸⁷. На наш взгляд, это спорное утверждение: конечно, российское государство отличалось (и не только, впрочем, оно) запретительностью и категорическими императивами,

⁵⁸² Семейное право зарубежных европейских социалистических стран С. 341.

⁵⁸³ См.: Там же. С. 241.

⁵⁸⁴ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. С. 131.

⁵⁸⁵ Подробнее о мотивах и судебной практике см.: Тарусина Н.Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях. С. 84–85; Белякова А.М. Вопросы советского семейного права в судебной практике. М., 1989. С. 20–22.

⁵⁸⁶ См.: Максимович Л. Фиктивный брак // Закон. 1997. № 11. С. 73.

⁵⁸⁷ Там же. С. 73–74.

однако нарушали запреты далеко не все, да и запрет запрету – рознь, как нарушение нарушению также. Например, в односторонне фиктивном браке недобросовестная сторона, нередко используя влюбленность другой стороны, получает желаемую регистрацию, вид на жительство и т.п., и затем, достигнув «блага», спешит расторгнуть брак, нанося тяжкую психологическую травму добросовестной стороне (тем большую, если раскроется фиктивность брака и будет применена процедура признания его недействительным, а не развода). Государство, конечно, может быть «монстром», но грань, за которой следует категорическое оправдание правонарушения (кроме, разумеется, отказа исполнять преступные приказы), весьма тонка. Фиктивные браки, как правило, связаны с корыстными побуждениями, а не обусловлены необходимостью физического выживания, защиты слабой стороны, собственной чести и т.п.

Во-вторых, субъективный контекст предполагает проблему дифференциации фиктивности на классическую двустороннюю (именно она по своей природе аналогична фиктивной гражданско-правовой сделке) и одностороннюю. При этом, как показывает судебная практика, последний вариант более распространен, хотя нередко и сложнее в плане судебного доказывания факта фиктивности.

В-третьих, данный вид аналитики используется для отличия фиктивного брака от брака «по расчету» и от недействительного брака, заключенного вследствие обмана. Первое отличие проводится по объективной стороне отношения (брак по расчету характеризуется созданием семьи, нормальных супружеских отношений, хотя его социальная природа и не вполне соответствует положениям ст. 1 СК РФ – о построении семейных отношений «на чувствах взаимной любви и уважения»...). Второе – прежде всего по цели правонарушителя: обман используется как способ создания с брачным партнером семьи, то есть реального брака, а фиктивность (односторонняя симуляция) – как способ использования правовой конструкции зарегистрированного брака для достижения корыстных целей без намерения создать реальную семейную общность.

Второй аспект позволяет ответить на весьма сложный практический вопрос: можно ли признать союз фиктивным, если стороны вступили в отношения, характерные для супругов? Теоретический спор давно разрешен⁵⁸⁸: да, ибо в односторонне фиктивном браке недобросовестный субъект вынужден симулировать добропорядочность своих целей для реализации недобропорядочных. Практически же решение затруднено, особенно при крайней осторожности недобросовестного «супруга», а также в связи с допущением фактов невыполнения обычных супружеских обязанностей и раздельным проживанием супругов в действительном браке. Впрочем, некоторые юристы не исключают возможности признания брака недействительным как фиктивного, даже если в таком союзе родился ребенок⁵⁸⁹, что сомнительно: пожалуй, в подобных случаях «количество» явно перешло в «иное качество»... (Возможно, именно для подобных случаев следует ввести в семейный закон норму о неблагоприятных последствиях расторжения брака при наличии особых типов вины⁵⁹⁰.)

Доказательственная сторона в процессе по иску о признании брака недействительным как фиктивного весьма сложна.

Отличить его от брака по расчету, брака по ошибке («затмение влюбленности»), легкомыслию и т.п. часто не только непросто, но даже невозможно.

Одним из интереснейших примеров успешного дела является процесс в одном из судов Москвы по иску И.Я. Сыркиной к В.Н. Каревичу (с одновременным рассмотрением встречного иска последнего о расторжении брака). В речи адвоката Б.В. Филиппова отмечалось, что Каревич вступил в брак только для получения прописки, жилой площади и работы в Москве. Это подтверждалось следующими обстоятельствами дела. Сыркина с дочерью проводила отпуск в Одессе, на пляже она познакомилась с Каревичем, молодым, интересным инженером, имеющим ту же специальность, что и она, жителем г. Черновцы. Из разговора Каревич выяснил, что Сыркина одинока, имеет хорошую двухкомнатную квартиру, в которой проживает с 8-летней дочерью; со своей стороны он пожаловался новой знакомой на

⁵⁸⁸ См., например: Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 86–90; Шишигина Н. Условия и последствия признания брака недействительным // Советская юстиция. 1975. № 14. С. 19–20.

⁵⁸⁹ См., например: Максимович Л. Фиктивный брак. С. 74–75.

⁵⁹⁰ См. об этом в главе о прекращении брака.

одиночество и неустроенный быт. Отпуск дамы подходил к концу – «кавалер» явно и настойчиво начал проявлять свою влюбленность и даже настоял на проводах ее в Москву. В Москве он задержался на несколько дней, убеждая будущую истцу в своей любви и горячем желании видеть ее своей женой. На четвертый день было подано заявление в орган ЗАГС. Жених улетел домой. В письмах невесте исподволь проводилась мысль о том, чтобы она не афишировала свой брак, не готовилась к «пышной» свадьбе, не приглашала даже родственников, так как он противник официоза.

В день регистрации Каревич прибывает в Москву с маленьким чемоданчиком, на кольца и скромный ужин в ресторане у него не оказывается денег. Затем начинаются хлопоты с пропиской, по совету опытного сотрудника паспортного стола Сыркина оформляет пока временную регистрацию. И тогда происходит первая ссора – Каревич, не желая быть «временным мужем», уезжает домой. Сыркина оформляет постоянную прописку, устраивает мужа на работу в институт, где работает сама (это занимает определенное время, что крайне раздражает Каревича). Как только регистрация и работа получены, Каревич в первый же рабочий день настаивает на подаче заявления о расторжении брака ввиду разочарования в жене. Измученная претензиями и скандалами, Сыркина не возражает. И брак был бы расторгнут – Каревич сохранил бы максимум запланированных благ. Однако в квартире Сыркиной появляется молодая женщина, с которой, как выяснилось, Каревич несколько лет жил в фактическом браке и у которой взял займы 500 рублей, чтобы «расписаться» с москвичкой. Обе женщины убеждаются, что обмануты Каревичем. Сыркина обращается за советом к адвокату. В итоге предъявляется иск о признании брака недействительным как фиктивного, а Каревичем заявляется встречный иск о расторжении брака. Дело истицей было выиграно⁵⁹¹.

Правовые последствия недействительности фиктивного брака традиционны и не исключительны: двусторонняя реституция – с соблюдением “правовых льгот” для добросовестной стороны и нераспространением реституции на статус детей (ст. 30 СК РФ).

Между тем и в этом вопросе позиция российского семейного права далеко не адекватна зарубежным вариантам. Так, и новый СК Республики Болгарии не только не предусматривает фиктивность как основание недействительности брака, но и последняя

⁵⁹¹ Подробнее об этом см.: Речи советских адвокатов по гражданским делам. М., 1976. С. 60–70.

Другие классические дела – как с односторонней, так и двусторонней фиктивностью см.: Тарусина Н.Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях.

вообще выстраивается по иным правилам, нежели в нашем Семейном кодексе: «уничтожение» (недействительность) брака рассматривается как один из способов его прекращения (ст. 94); последствия уничтожения равны последствиям расторжения брака, а недобросовестность стороны имеет значение вины при разводе (ст. 98)⁵⁹². Подобная позиция не случайна. Классики болгарского семейного права (Н. Меворах и Л. Ненова) полагают, что лицам, виновным в недействительности брака, негоже предоставлять возможность прекратить его по упрощенной процедуре.

Л. Ненова в качестве акта судебного толкования по этому вопросу приводит следующее решение Верховного Суда НРБ: симуляция брака не может доказываться; общественное значение акта регистрации столь важно, что он не может быть отменен по основанию тайного соглашения и в силу такого соглашения прекращен брак как симулятивный⁵⁹³.

“Соображения в пользу такого решения могут быть почерпнуты, – отмечает Л. Ненова, – и в самом единстве бракосочетания, которое совершается с участием государственного органа”⁵⁹⁴. Ища поддержки своего коллеги Н. Мевораха, автор знакомит нас со следующим его находчивым замечанием: «...в браке мы имеем в качестве стороны не только супругов, но и общество, а общество в данном случае не участвует в скрытых уговорах и скрытых целях вступающих в брак»⁵⁹⁵. Однако, приводя иные позиции, частично и полностью не совпадающие с болгарской, в частности российскую, немецкую и французскую⁵⁹⁶, Л. Ненова оставляет их практически без комментариев. Между тем «святость» акта с участием государственного регистратора брачного союза уже, например, не поддерживается автором при обнаружении значимых пороков воли и/или сокрытии иных существенных об-

⁵⁹² Семейный кодекс на РБ. София, 1993.

⁵⁹³ Ненова Л. Ничтожный брак // Годишник на Софийския университет. Юридически факултет. 1978. Т. 71. С. 326.

⁵⁹⁴ См.: Там же.

⁵⁹⁵ Там же. (Переводы с болг. Н.Н. Тарусиной).

⁵⁹⁶ Там же. С. 327.

стоятельств⁵⁹⁷. Да и СК РФ в этом случае предписывает уничтожение брака (ст. 96). В конце концов во всех цивилизованных странах акты государственных органов – и индивидуальные, и даже нормативные – могут быть объявлены «ничтожными» судебной властью...

Следует также заметить, что после исключения из семейного закона института недействительности фиктивного усыновления (поскольку решение об усыновлении теперь выносится судом, возможна лишь чрезвычайная процессуальная процедура – отмена судебного решения в порядке производства по вновь открывшимся обстоятельствам или же в кассационном или надзорном производстве⁵⁹⁸) признание недействительным фиктивного брака оказалось единственной реакцией семейного закона на случаи фиктивности как в брачной, так и семейно-правовой сфере в целом.

В частности, официальная реакция закона отсутствует на случай **фиктивного развода**, хотя в практике он распространен весьма давно, и в доктринальном, а также правоприменительном плане на данную проблему обратили внимание ученые и практики еще в 70-х гг. XX в.⁵⁹⁹ Поводом к фиктивному разводу, как правило, служит желание сторон обойти жилищное законодательство (получить или улучшить социальное жилье), специальные правила о регистрации граждан (в Москве и т.п. городах), ранее – междугородном обмене квартир. Особое место занимают случаи «союзов» фиктивного развода и **фиктивного раздела имущества** или **фиктивного брачного договора**, имеющие целью уйти полностью или частично от имущественных гражданско-правовых обязательств одного из супругов.

Признание фиктивного развода (единоличного или в комплексе с другими фиктивными актами) недействительным – на основании аналогии норм семейного закона о фиктивном браке и гражданского закона о фиктивной сделке (ст. 5 СК РФ), в части определения соответственно гражданско-правовых, администра-

⁵⁹⁷ Ненова Л. Указ. соч. С. 323–325.

⁵⁹⁸ Подробнее об этом см.: Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 139.

⁵⁹⁹ См., например: Зимарин В. Расторжение брака // Социалистическая законность. 1975. № 3. С. 61.

тивно-правовых или уголовно-правовых последствий, – не вызывает серьезных затруднений: реституция, взыскание, привлечение...

Сложнее с семейно-правовыми последствиями, ибо отношения носят сугубо личный характер, стороны могли трансформировать их в фактический развод – и объявление его недействительным выглядело бы, на первый взгляд, парадоксально. Однако и полная санация, как, например, фиктивного брака, здесь неуместна, так как «санация наоборот» есть не меньший парадокс.

Видимо, целесообразно применять «полусанацию»: правовые отношения (или правовые последствия), возникновения (наступления) которых неправомерно добивались стороны, должны подвергнуться реституции; прекращение брака, если супруги уже не желают возобновления брака⁶⁰⁰, считать состоявшимся с момента вступления в законную силу судебного решения по иску.

Возможен и другой вариант. Если суд установит, что «фиктивно разведенные» супруги или один из них в настоящее время стремятся к действительному прекращению брачного правоотношения, следует разрешить предъявленные прокурором (или иным законным заявителем) требования об аннулировании всех правовых последствий, кроме семейно-правовых, а последние определить с соблюдением следующей процедуры: 1) при взаимном стремлении к разводу прекратить брак по правилам ст. 23 СК РФ; 2) при одностороннем – отложить дело слушанием на 3 месяца (то есть максимально возможный срок – ч. 2 ст. 22 СК РФ), при подтверждении просьбы – признать фиктивный развод действительным с момента вступления данного решения в законную силу, сообщить отделу ЗАГС об изменении даты прекращения брака или в порядке кассации (надзора).

⁶⁰⁰ В. Зимарин (прокурор Н-ской области) в качестве примера приводит казус из своей практики: супруги фиктивно расторгли брак, чтобы произвести выгодный обмен своей квартиры в г. Днепропетровске на квартиру в г. Киеве; муж, переехав (временно без жены) в г. Киев, не захотел выполнить договоренностей и зарегистрировать брак со своей женой повторно; «бывшая» жена обратилась с жалобой в прокуратуру... (см.: Зимарин В. Указ. соч. С. 61).

Упомянутый здесь **фиктивный раздел имущества** может быть подвергнут двум различным процедурам – в зависимости от способа осуществления данного акта. Если супруги заключили соглашение о разделе брачной собственности, то предъявляется иск о признании этого соглашения недействительным. Если раздел осуществлен судебным решением в результате бракоразводного (по правилам ст. 24 СК РФ) или автономного процесса, его фиктивность должна подтверждаться в порядке пересмотра судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам. **Фиктивный брачный договор** есть разновидность фиктивной сделки. Признание его недействительным осуществляется по правилам ГК РФ, на что указывает бланкетная норма ч. 1 ст. 44 СК РФ. Цели данного деяния аналогичны фиктивному разделу имущества.

Таким образом, фиктивность в данной сфере весьма «мозаична», сами фиктивные акты нуждаются в систематизации и формировании вразумительной реакции семейного закона.

Глава IV. Прекращение брака

Под прекращением брака понимают, в отличие от признания брака недействительным с его аннулированием возникших брачно-правовых последствий, прекращение отношений действительного (законного) супружества на будущее время, а вместе с ними – прекращение или преобразование целого комплекса семейных правоотношений личного и имущественного порядка.

Брак может быть прекращен вследствие наступления события – смерти супруга (или объявления его умершим судебным решением), а также по желанию стороны (сторон) путем расторжения супружеского союза (ст. 16 СК РФ).

Традиционно особое внимание уделяется как в законодательном, так и доктринальном плане именно разводу: основаниям к нему, сущности права на расторжение брака, выбору оптимальной меры свободы развода и адекватных бракоразводных процедур.

§ 1. Право на расторжение брака и подведомственность бракоразводных дел

Коль скоро брак есть разновидность семейно-правового договора, очевидной его характеристикой является триада: 1) свобода брака предполагает свободу его расторжения; мера относительности этой свободы существенно отличается от меры, данной законом для гражданско-правовых договоров, – ввиду известных особенностей брачного правоотношения, возможного осложнения ситуации «третьей жизнью» (детьми) и государственным интересом в защите этой жизни и семьи в целом как одного из важнейших атомов российского общества; 2) расторжение брака связано с девиантностью, конфликтностью⁶⁰¹, с необходимостью

⁶⁰¹ Подробнее об этом см.: Тарусина Н.Н. Конфликт и конфликтность – понятия юрисдикционного процесса // Проблемы понятийного ап-

превращая регулятивное брачное правоотношение в охранительное с охранительным же субъективным правом на развод; 3) договор, как правило, может быть расторгнут соглашением сторон, а при разногласиях (споре) – специальным органом (в нашем случае – в обе схемы подключаются органы ЗАГС, мировой судья, суд общей юрисдикции).

«Фактический распад брака, – пишет Е.А. Крашенинников, – обуславливает возникновение у супругов права на развод, то есть охранительного субъективного семейного права требовать от суда прекращения регулятивных брачных прав и обязанностей. Любой из супругов может воспользоваться этим правом путем предъявления иска о расторжении брака. Вынося решение по иску, суд защищает не подлежащие прекращению регулятивные правомочия истца по брачному правоотношению и не служащее средством такого прекращения притязание о расторжении брака, а охраняемый законом интерес в прекращении брачного правоотношения»⁶⁰².

И снова выстраивается «триада»: 1) фактический распад брака («смерть» брака) становится юридическим фактом, вызывающим к жизни охранительное правоотношение (брачный конфликт, противоречие, потребность покинуть «конфликтное брачное поле»); 2) субъективное охранительное право на развод – предметом судебного осуществления; 3) охраняемый законом интерес в прекращении брачного правоотношения – предметом судебной защиты; соответственно бракоразводное дело – предметом судебной деятельности. (Я.Р. Веберс отмечал, что суд решает только вопрос об осуществлении права на расторжение брака⁶⁰³.)

Эти рассуждения не считаются аксиоматичными, подвергаются уточнению и критике⁶⁰⁴, однако и то, и другое не носит, на

парата наук гражданского и гражданского процессуального права. Ярославль, 1987. С. 106–107, 113.

⁶⁰² Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль, 1995. С. 57–58.

⁶⁰³ См.: Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. С. 92.

⁶⁰⁴ См., например: Машутина Ж.Н. К вопросу об объекте защиты по преобразовательному иску // Механизм защиты субъективных граждан-

наш взгляд, характера принципиальных, «подрывных» возражений, и мы не будем на них останавливаться (тем более что теория охранительных правоотношений получила широкое признание, а последняя «триада» выстроена на ее основе⁶⁰⁵).

Весьма спорным является другой вопрос: кому адресовано требование в бракоразводном правоотношении – второму супругу или суду? В семейно-правовом смысле, конечно, субъекту брачного правоотношения, в гражданско-процессуальном – суду, так как судебное решение имеет в данном случае конститутивное значение, будучи ответом на классический преобразовательный иск (о прекращении брака путем его расторжения)⁶⁰⁶. Второй супруг после удовлетворения иска судом претерпевает неблагоприятные последствия (и в этом-то и состоит его обязанность, корреспондирующая праву первого супруга на развод⁶⁰⁷): прекращение брака помимо его воли (желания), модификация (изменение, преобразование или прекращение) смежных с брачным лично-правовых и имущественных семейных правоотношений.

Между тем высказана и принципиально иная точка зрения. Е.А. Крашенинников полагает, что преобразовательное притязание (в нашем случае – о расторжении брака) связывает своего носителя (истца) не с ответчиком, а только с судом, так как именно суд может произвести прекращение данного правоотношения. При этом из того обстоятельства, что притязание адресовано суду, не

ских прав. Ярославль, 1990. С. 129–131; Анисимова Л.И., Иванова С.А. К вопросу о преобразовательных исках // Там же. С. 133.

⁶⁰⁵ См. например: Елисейкин П.Ф. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. Ярославль, 1975. Вып. 1. С. 8; Бутнев В.В. Несколько замечаний к дискуссии о теории охранительных правоотношений // Вопросы теории охранительных правоотношений. Ярославль, 1997. С. 7–10; Он же: Механизм судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Вып. 4. Ярославль, 2000. С. 74–88.

⁶⁰⁶ О конститутивном судебном решении и преобразовательных исках см., например: Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 31–42.

⁶⁰⁷ См.: Бутнев В.В. Механизм судебной защиты... С. 86–87.

следует, что он становится стороной в процессе и не выступает соответственно «судьей в отношении самого себя», он решает не в собственном деле, а в деле сторон⁶⁰⁸. С этим оригинальным воззрением почти можно было бы согласиться, хотя в данной конструкции из бракоразводного (охранительного) правоотношения и «исчезает» ответчик (второй супруг). Но утверждение о том, что суд становится участником данного (материально-правового) отношения с истцом, усиленное утверждением, что при этом суд в рамках такого правоотношения «не снабжен функцией веления», истец и суд находятся в равнопоставленных позициях, а отношения власти и подчинения между ними устанавливаются только в гражданском процессе, возникшем по поводу осуществления преобразовательного притязания⁶⁰⁹ (в данном случае – на прекращение брака), на наш взгляд, не может быть принято. Брачный конфликт (охранительное правоотношение) существует между супругами. Они могут обойтись без суда и зафиксировать «смерть» брака в органах ЗАГС, конечно, кроме случаев «обременения умершего брака» детьми, но это уже настолько искусственная конструкция, сооруженная для обеспечения интересов детей после развода, что она, как чрезвычайное исключение, не может быть правилом. Кроме того, опираясь на классический канон гражданского процессуального права, трудно представить и ситуацию равнопоставленности истца и суда, пусть и не в строго процессуальном правоотношении. Вслед за классиками процессуалистики полагаем, что вопрос все же исчерпывается конкретизирующей функцией судебного решения (Н.Б. Зейдер⁶¹⁰, К.И. Комиссаров⁶¹¹ и др.) конститутивного типа (М.А. Гурвич⁶¹²).

⁶⁰⁸ См.: Крашенинников Е.А. Еще раз о преобразовательных исках // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2000. С. 64–66.

⁶⁰⁹ Там же. С. 66.

⁶¹⁰ См.: Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 92–97.

⁶¹¹ См.: Комиссаров К.И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 26.

⁶¹² См.: Гурвич М.А. Указ. соч. С. 31–42.

В цивилистике высказана и еще одна точка зрения, совершенно иначе квалифицирующая природу и существо права на развод. Так, С.М. Пелевин утверждал, что данное право есть элемент правоспособности, вытекающий из принципа свободы брака и свободы развода, поэтому спорить о нем бессмысленно: правоспособность, как известно, возникает с личностью и не зависит от субъективного отношения к ее элементам. Развод «в чистом виде», продолжал автор, содержит в себе не спор о праве, «а спор о причинах брачно-семейного конфликта, да и то только в тех случаях, когда супруги по-разному оценивают конфликтную ситуацию и проявляют процессуальную активность в этом отношении». Установление судом обстоятельств, подтверждающих невозможность дальнейшей совместной жизни супругов, не имеет никакого отношения к признанию судом права на развод. Если для заключения брака необходимо взаимное согласие сторон, то как взаимное решение о прекращении брака, так и одностороннее о том желание подрывает существо супружеского союза: нет взаимного согласия на его продолжение (как прежде – на заключение) – нет и брака. Поэтому наличие права на развод нет необходимости доказывать – даже одностороннего волеизъявления достаточно для прекращения брака, ибо оно само по себе свидетельствует о том, что брак распался.

Кроме того, С.М. Пелевин подчеркивал и второй аспект «бессмысленности» применения судебной формы при расторжении брака: на практике наблюдается явное стремление истца (или обеих сторон) приводить в качестве причин нестабильности брака и мотивов развода те, которые оцениваются судьями как доказательственные факты более высокой степени достоверности (например, измена, систематическое пьянство мужа, утрата чувства любви и т.п. – в то время как в действительности за этим могут скрываться отсутствие жилья, ссоры с родителями и другие причины, не столь убедительные и очевидные для суда); нередко наблюдается также пассивность ответчика. Из всего законного диапазона средств доказывания суду приходится опираться в основном на объяснения сторон – все это ведет к невозможности установления действительных обстоятельств бракоразводного

дела. Поэтому наиболее приемлемым способом расторжения брака является административная, а не судебная процедура⁶¹³.

Надо отдать должное автору в успешности социологической составляющей его позиции и оригинальности использованных технологий, для 70-х гг. XX в. весьма редких⁶¹⁴, притом что и в нашей практике встречалось немало случаев, ставящих под сомнение реальность установления «истины» по бракоразводному делу. Так, обобщением соответствующих материалов одного из судов г. Н было установлено, что в большинстве исковых заявлений в качестве причины нестабильности брака и основания иска указывалось «несходство характеров». Воистину – причина весьма распространенная и содержательно неопределенная. Однако в нашем случае дело усугублялось тем, что на доске образцов документов был представлен проект искового заявления с указанием в качестве примера именно данной причины.... На «гадательный» характер суждений суда обращает внимание и И.П. Коржаков⁶¹⁵.

Тем не менее с данной позицией трудно согласиться. Правоспособность, как известно, есть способность лица иметь права и нести обязанности, которая сопровождает его, будучи абстрактной и неотчуждаемой характеристикой, с рождения до смерти. В том смысле и право на брак, и право на развод, и другие правовые возможности лица можно рассматривать как элементы правоспособности. Но конкретное субъективное право, основанное на правоспособности, существует в рамках конкретного правоотношения⁶¹⁶. Если расторжение брака есть безусловное (беспорное) следствие отсутствия согласия на продолжение брака, вторая

⁶¹³ См.: Пелевин С.М. О подведомственности дел о расторжении брака // Вестн. ЛГУ. 1972. № 5. Серия: Экономика. Философия. Право. Вып. 1. С. 122–127.

⁶¹⁴ Подробнее см.: Пелевин С.М. Вопросы эффективности правового регулирования разводов в СССР: Дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1972.

⁶¹⁵ См.: Коржаков И.П. Расторжение брака в судебном порядке: гражданско-процессуальные аспекты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1996. С. 14.

⁶¹⁶ Анализ дискуссии о праве на развод в этом контексте см., например: Иванова С.А. Особенности судебного рассмотрения дел о расторжении брака. М., 1984. С. 13–15.

сторона свободы заключения супружеского союза, то оно есть и продолжение цепочки «субъективное право на заключение брака – субъективное право на его расторжение». Для прекращения конкретного супружества необходим юридико-фактический состав (дестабилизация или острая конфликтность отношений, законно оформленная воля на прекращение союза, ее юридическая фиксация тем или иным способом) – для «элемента правоспособности» этого, как известно, не требуется.

В этом смысле право на развод не отличается от права на алименты или права на раздел общесупружеского имущества и т.п. Более того, если брак есть особое семейно-правовое договорное отношение, то его прекращение, по крайней мере в одностороннем порядке, не отвечает, как мы уже отмечали, классическому канону. Коль скоро брак являет собой еще и особую социальную ценность, и сложный правовой комплекс, тот или иной государственный контроль за кардинальными в нем изменениями неизбежен (имеем же мы обязательную нотариальную и/или регистрационную форму контроля за движением отдельных объектов гражданских прав). Нельзя также противопоставлять формулы «спор о праве» и «спор о причинах конфликта», ибо второе есть элемент конкретизации первого.

Последний аргумент С.М. Пелевина относится к характеристике судебного познания и доказательственной деятельности сторон. Автор делает вывод о проблематичности установления искомого факта (сохранение семьи невозможно), так как стороны обычно ссылаются на противоречивые мотивы развода, легко приспосабливаются к общественному мнению (с большей степенью вероятности предполагая предпочтение судьи в части убедительности оснований иска) и не используют иных средств доказывания, кроме собственных объяснений. И что же? В других спорах личного характера, где также нет или почти нет иных средств доказывания, задача суда не проще, если не сложнее (например, в споре о праве на воспитание ребенка). Кроме того, определенная беспомощность суда в таких делах и склонность их на этом основании и по причине большой загруженности другими делами «штамповать» разводы – дополнительные аргументы ско-

рее в пользу судебной специализации, нежели отказа от судебной процедуры в принципе.

Противники судебной процедуры расторжения брака были, есть и будут. Это естественно: развод – распространенное и сложное явление, касающееся очень многих, в том числе иной раз и самих цивилистов. Постоянные поиски оптимальных решений этой проблемы закономерны, а часто – личностно выстраданы.

Так, еще И.А. Покровский отмечал, что, «превращая брак в клетку, в которую можно свободно войти, но которая тотчас же наглухо запирается, придавая ему характер внешней принудительности, государство этим самым в высокой степени извращает ту обстановку, которая необходима для подлинного развития нравственной стороны брачного союза»⁶¹⁷. Улучшая условия общественной жизни, продолжал автор, устраняя социальные причины, пагубно влияющие на крепость брачного союза, государство сделало бы неизмеримо больше для оздоровления семейного строя, нежели упорствуя в поддержке принципа нерасторжимости брака⁶¹⁸.

О.Ю. Ильина отмечает: «Поскольку государство одним из принципов семейного законодательства называет добровольность брачного союза мужчины и женщины, то оно, очевидно, должно признавать и их право добровольного, без вмешательства кого-либо, а также в любое время и без каких-либо препятствий решать вопросы о его расторжении»⁶¹⁹. Далее автор, констатируя неэффективность судебной процедуры, чрезмерность государственного контроля над супружеством, дисбаланс соотношения частных и публичных начал в данном вопросе, предлагает исключить из главы 4 СК РФ нормы, предусматривающие судебный порядок расторжения брака⁶²⁰.

Не вдаваясь в преждевременную дискуссию о неэффективности и даже противопоказанности делу о разводе судебной проце-

⁶¹⁷ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 172.

⁶¹⁸ Там же. С. 174.

⁶¹⁹ Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 42.

⁶²⁰ Там же. С. 53–55, 61.

дуры⁶²¹, заметим, однако, что одностороннее расторжение договора (при возражении о том контрагента), как правило, нуждается в судебном подтверждении. Таким образом, если все «клетки» И.А. Покровского открыть, получится произвол. (Впрочем, данный ученый акцентировал внимание именно на принципе нерасторжимости брака, о котором мы и речи не ведем – ввиду его неактуальности в настоящее время.)

При этом зарубежные версии бракоразводного законодательства в основном ориентированы на судебную подведомственность данной категории дел – с дифференциацией процедур в зависимости от «спорности» или «бесспорности» ситуации. В США, впрочем, допускается и внесудебный порядок расторжения брака, если брачным договором разрешены все имущественные вопросы и определены права и обязанности в отношении детей – при обязательном, правда, условии: если ни одна из сторон не оспаривает положения данного договора⁶²².

История советского бракоразводного законодательства, кратко изложенная нами в главе I, свидетельствует о «скачкообразности» позиции относительно вопроса о подведомственности бракоразводных дел: от суперлиберальной внесудебной процедуры до исключительно судебной – и притом с преобладанием публичных, императивных начал.

Как известно, подведомственность есть свойство дела быть рассмотренным тем или иным органом в определенном юридическом порядке⁶²³. При определении правил подведомственности законодатель руководствуется целым рядом соображений. Однако среди всей суммы критериев определения подведомственности гражданского (в нашем случае брачно-семейного) дела решающее значение имеет характер объекта защиты, особенности само-

⁶²¹ Подробнее об этом см. в § 3 данной главы.

⁶²² См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В.В. Залесского. М., 2004. С. 121-122.

⁶²³ См., например: Курс советского гражданского процессуального права / Под ред. Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М., 1981. Т. 2. С. 5–6 (автор главы – Ю.К. Осипов).

го дела – предмета юрисдикционной (административной, судебной, общественной-правовой) деятельности, социальная ценность защищаемых интересов. Как не привести крылатое изречение по этому поводу С.В. Курылева: «Расточительно и неумно ставить воинскую часть на охрану дровяного сарая – здесь достаточно замка. Наоборот, по меньшей мере легкомысленно в охране государственных границ ограничиваться замком на шлагбауме пересекающей границу дороги. Так же необходимо решать вопросы и при выборе форм охраны субъективных прав и интересов граждан и организаций»⁶²⁴. Роль дополнительных критериев играют: состояние законности в данной области защиты, особенности политической и экономической ситуации в стране в конкретный период, уровень правовой культуры, национальные и наднациональные традиции, степень загруженности правозащитной системы (в нашем случае – прежде всего суда), общественное мнение, состояние, тенденции юридической науки, иные соображения законодателя, а также его ошибки.

Особенности брачного правоотношения нами уже были отмечены с самых разных точек зрения: исторической, социально-правовой, формально-юридической, а также с точки зрения взаимодействия частных и публичных интересов и соответствующих начал их обеспечения.

История бракоразводной идеи, начавшись в парном браке с его полной свободой прекращения союза, в римском браке с относительной свободой развода, продолжилась в христианском браке, в том числе российском православном, с принципом святости брачных уз и их нерасторжимости (кроме как в порядке особой исключительности), превратившись в свою очередную противоположность сразу после октябрьской революции, затем в очередную противоположность в 40 – 50-е гг. «сталинского императива», и, наконец, достигла периода относительно «мирного сосуществования» своей доктринальной, законодательной и правоприменительной сущности.

⁶²⁴ Курылев С.В. Формы защиты и принудительного осуществления субъективных прав и право на иск // Тр. Иркутск. гос. ун-та. Т. 22, вып. 3. Серия юрид. Иркутск, 1957. С. 176.

«Многомнение» о путях совершенствования бракоразводной процедуры, о котором мы частично уже упоминали, даже относительно радикального толка, все же развивается в рамках интеллигентной научной дискуссии и спокойного размышления законодателя над проектами ее усовершенствования. Остановимся на этом подробнее.

§ 2. Административный развод

Административно-процессуальная форма, по сути своей, более всего отвечает задаче «констатации смерти брака». Орган ЗАГС как бы осуществляет государственную регистрацию соглашения супругов о расторжении брака. Однако не всякий обладает таким договорным правом и не всякий административный развод основан на соглашении. Семейным кодексом, как и КоБС РСФСР 1969 г., установлены две административно-правовые бракоразводные технологии – основная и факультативная.

Применение первой основано на трех юридических фактах-предпосылках: отсутствие у супругов общих несовершеннолетних детей, взаимное согласие на прекращение брака, формальная реализация взаимной воли на развод (подача заявления, явка на регистрацию, оплата госпошлины и т.п.).

Территориально регистрация осуществляется органом ЗАГС по месту жительства супругов, одного из них или по месту заключения брака (ст. 32 ФЗ «Об актах гражданского состояния»; далее – ФЗ «Об АГС»). По общему правилу, подается совместное заявление по установленной форме. При невозможности явки одного из супругов воля последнего может быть фиксирована отдельным заявлением, удостоверенным нотариусом. Акт регистрации производится в присутствии хотя бы одного из супругов по истечении месяца со дня подачи заявления (КоБС РСФСР устанавливал срок в 3 месяца, что нередко провоцировало супругов к созданию видимости спора, чтобы воспользоваться судебной процедурой, которая при соответствующем их «спектакле» под названием «Совместная жизнь абсолютно невозможна» могла быть осуществлена гораздо быстрее, если не в один день; в на-

стоящее время срок административного развода и судебного развода по взаимному согласию одинаков – 1 месяц (п. 4 ст. 33 ФЗ «Об АГС», п. 2 ст. 23 СК РФ), а судебная исковая процедура несколько сложнее – все это является превенцией против подобных фиктивных споров). О факте регистрации каждому из бывших супругов выдается свидетельство о расторжении брака. (В нем, кстати, фиксируется и выбор фамилии супруга: сохранение брачной или возврат к добрачной, то есть собственной фамилии, данной от рождения.)

Применение второй бракоразводной технологии, суть которой – в расторжении брака по одностороннему заявлению супруга, рассчитано на особый случай: признание второго супруга недееспособным, объявление его безвестно отсутствующим или осуждение за совершение преступления к лишению свободы на срок свыше трех лет (ст. 20 СК РФ). Наличие одного из указанных альтернативных юридических фактов должно быть подтверждено копией судебного решения (приговора). Орган ЗАГС в трехдневный срок извещает супруга, отбывающего наказание, либо опекуна недееспособного супруга или управляющего имуществом безвестно отсутствующего супруга (а в случае их отсутствия – органа опеки и попечительства) о поступившем заявлении и дате регистрации расторжения брака (один месяц со дня заявления).

Споры, вытекающие из брака (раздел общесупружеского имущества, взыскание алиментов и пр.), рассматриваются в судебном порядке. Ранее по КоБС РСФСР наличие подобных сопутствующих споров меняло административную подведомственность собственно бракоразводного дела на судебную, что, на наш взгляд, не отвечало сущности складывавшихся правоотношений: 1) если супруги полагают свой брак «умершим» и договорились об административно-правовой констатации этого факта, то возникшие между ними споры о разделе имущества и алиментировании (бывшего супруга) не должны «переворачивать» правило о подведомственности бракоразводного дела, ибо споры эти, в отсутствие детей, преимущественно частные (можно было бы квалифицировать их как «исключительно частные», однако возможны ситуации, где необходимо особо защитить интересы социально

слабой стороны – одного из супругов); 2) когда закон предоставляет одному из супругов обоснованную «льготу» в виде права на односторонний развод, нелогично и несправедливо ее отбирать в связи с заявлением вторым супругом или его опекуном о наличии споров из правоотношений, смежных с брачными. Поэтому действующий вариант СК РФ вполне оправдан.

§ 3. Расторжение брака в суде

А. Несколько общепроцессуальных предпосылок

Несмотря на постоянное присутствие (с перерывом в 40 – 50-е гг.) в семейно-правовой доктрине XX и начала XXI в. сторонников административной концепции, гражданско-процессуальный бракоразводный «ключ» остается технологичным и эффективным средством решения брачных проблем. При этом гражданский процесс продолжает специализироваться в зависимости от предмета судебной деятельности – в нашем случае семейного дела, а еще точнее – дела о расторжении брака и смежных с ним дел из семейных правоотношений, с браком тесно, иной раз неразрывно связанных.

И.А. Покровский именовал семейное, в том числе брачное, право одной из «самых чувствительных областей гражданского права, ибо, быть может, нигде не затрагиваются столь интимные интересы человеческой личности, как именно здесь»⁶²⁵. А. Боровиковский писал: «Должно ясно сознавать пределы той помощи, какую может оказать суд, когда к нему обращается семейная распря. ... гражданские судебные установления не приспособлены для разрешения семейных дел – нужно искать каких-то особых судей и особый трибунал. Так пусть же его ищут»⁶²⁶.

К сожалению, как многое иное, это «яблоко, упавшее на голову» российским юристам, подвигло на практические эксперименты юристов других стран. В настоящее время семейные су-

⁶²⁵ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 162.

⁶²⁶ Боровиковский А. Отчет судьи. С. 271, 273.

ды⁶²⁷ в той или иной степени суверенности и качества специализации функционируют в Великобритании, Германии, Польше, США (отдельных штатах), Японии и др.⁶²⁸ Так, еще в 70-е гг. семейные суды в порядке эксперимента были созданы в Польше. Обобщая опыт организации и работы таких судов, М.Я. Булошников отмечает широту их компетенции (семейные и опекунские дела, рассмотрение дел о преступлениях несовершеннолетних и т.п.), особые требования к отбору судей (повышенный возрастной барьер, подготовка в области психологии, тестирование и другие формы квалификационных экзаменов), взаимодействие семейных судов с консультациями по вопросам брака и семьи и диагностическими центрами, насыщенность суда профессиональными кураторами, участие психолога в судебном заседании, контакт судьи с семьями своего «участка» и другие методические и организационные особенности⁶²⁹.

В Японии к юрисдикции семейного суда относятся споры между супругами, родителями и детьми (в том числе признание недееспособным, о назначении опекунов, содержании иждивенца). Рассмотрение дел в семейном суде осуществляется судьей в присутствии специальных советников, избираемых из рядовых граждан и сообщающих свое мнение судье. В отличие от обычной процедуры предусматривается закрытая форма судебного заседания, нет устного состязания, дела решаются на основе сравнительно широкого судебного усмотрения. По многим брачно-семейным искам установлена предварительная примирительная процедура. Примирительная комиссия, ее осуществляющая, со-

⁶²⁷ Идея о судебной семейно-правовой специализации имеет не косвенное, а прямое значение для нашей темы, так как дело о расторжении брака, по общему правилу, усложняется присоединением к нему дел о месте проживания ребенка, взыскании алиментов на него и одного из супругов, а также о разделе имущества (см. 23–24 СК РФ).

⁶²⁸ См., например: Здрок О.Н. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2005. С. 70; Пучинский В.К. Английский гражданский процесс. М., 1974. С. 10; Давтян А.Г. Гражданское процессуальное право Германии. М., 2000. С. 96.

⁶²⁹ См.: Булошников М.Я. Специализированные суды в ПНР // Проблемы семейного права. М., 1980. С. 70.

стоит из судьи семейного суда и двух членов, назначаемых данным судом. К юрисдикции судов общей компетенции относятся иски о признании недействительности брака, об аннулировании развода, об усыновлении, о признании отцовства (однако по ним также обязательна предварительная примирительная процедура в примирительной комиссии при семейном суде)⁶³⁰. Не все в описанной схеме, на наш взгляд, обоснованно (например, в вопросе подведомственности), но, видимо, это в большей своей части соответствует традиции данной правовой системы. В 70 – 80-е гг. идея специализированных судов, в том числе семейных, была внедрена в некоторых штатах США⁶³¹. Здесь также для нас с точки зрения опыта и преемственности не все приемлемо, так как правоприменительная специализация в этой стране, начиная с адвокатуры (особенно) и заканчивая юстицией (в меньшей степени), даже чрезмерна, а процессуальная форма осложнена множеством деталей и формальных условностей, что не отвечает традициям российской правовой системы. (Автор описывает ситуацию на основе некоторых собственных наблюдений.) Но главное – осуществляются попытки оптимизации рассмотрения семейных конфликтов.

В России идея после 75-летнего перерыва вновь зазвучала в конце 60-х гг. Так, Н.Г. Юркевич, горячий и чуть ли не единственный в ту пору сторонник судебной семейно-правовой специализации, в 1969 г. писал: «Судьи, особенно на уровне народных судов, продолжают оставаться универсалами, энциклопедистами. Но времена энциклопедистов давно прошли. Отказ от специализации в этой области серьезно затрудняет использование достижений современной науки на благо укрепления семьи и правосудия»⁶³². Важно отметить, продолжает автор, что «капиталисты

⁶³⁰ См.: Вагацума Саказэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. С. 172–173.

⁶³¹ См., например: Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки. М., 2006. С. 303; Елисеев Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М., 2004. С. 283–284.

⁶³² Юркевич Н.Г. Некоторые вопросы развода в свете социологии // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 44.

считают выгодным содержать специальные суды, а в них штаты социальных работников...»⁶³³.

Отдельные голоса в защиту идеи специализированных судов звучали и позже, однако активно она начала обсуждаться общественностью и законодателями лишь в 1988 – 1999 гг. Через еженедельник «Семья» и другие средства массовой информации лидеры Детского фонда, социологи и юристы вывели данную идею на уровень реальной потребности. При обсуждении проекта Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о судопроизводстве 1989 г. именно идея семейно-правовой судебной специализации явилась предпосылкой первого компромисса по данному вопросу, зафиксированного в норме п. 3 ст. 23: «Законодательством союзных республик может быть предусмотрено создание составов судов, специализированных для рассмотрения отдельных категорий дел (дел о несовершеннолетних, семейных и других)»⁶³⁴.

В этом компромиссном решении имелись свои плюсы: избранная альтернатива специализации была дешевле, проще в исполнении, сохраняла нашу традиционную, в отличие от многих других стран, приверженность принципу доступности судебной защиты на основе упрощенной схемы судебной системы, а также предполагала сохранение общей профессиональной квалификации судей в противовес ограниченности надолго заданной им узкой специализации.

Однако дешевизна и простота решения – это, разумеется, далеко не все, что требуется правозащитной системе. Выигрыш в одном месте может оказаться проигрышем в другом. Дорогой специализированный суд, не сгибаясь под тяжестью бесконечной в своем количестве и разнообразной в своем качестве лавины дел, разрешал бы правовые (в нашем случае – семейные) конфликты быстрее и эффективнее, мог бы в необходимых случаях провести профилактическую работу, уделить внимание каждому человеку, ищущему правосудия. Углубленные знания судей в определенной

⁶³³ Юркевич Н.Г. Некоторые вопросы развода в свете социологии. С. 43.

⁶³⁴ Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1989. № 23. Ст. 441.

отрасли юриспруденции, сопряженные с общепрофессиональной подготовкой и специальными знаниями в области социологии, психологии и психиатрии, позволили бы разрешать семейные тяжбы по возможности справедливо и менее болезненно.

В принципе практика пошла по пути организации специализированных судебных составов по семейным делам, по крайней мере, там, где это было возможно. Сохранилась такая специализация в очень ограниченных формах и сейчас. Идея же организации специализированных семейных судов так и не была реализована: начался очередной этап «перестройки», затем – «либерализация цен» и тяжелый переход в новую экономическую и политическую эпоху. Стало не до «дорогих» идей. Перефразируя призыв А. Боровиковского о семейном суде «... пусть же его ищут», закончим наши размышления по данному вопросу формулой: надо искать такие суды за рубежом, обобщать их современный опыт и готовить пока теоретическую, гражданско-процессуальную, семейно-правовую и иную почву для посева соответствующих «семян» в благоприятное время. Некоторые обнадеживающие признаки наступления такого времени появились в конце 90-х гг. Так, А.М. Нечаева, обобщая стратегические направления развития законодательства в сфере охраны семьи в качестве одного из ключевых отметила именно организацию в судебной системе России специальных семейных судов⁶³⁵. Норма ч. 2 ст. 4 ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» устанавливает: «Обязательными являются обеспечение приоритета личного и социального благополучия ребенка, обеспечение специализации правоприменительных процедур (действий) с его участием или в его интересах, учет особенностей возраста и социального положения ребенка».

Таким образом, поиск гармонии взаимодействия семейного, в том числе брачного, права и гражданского процесса в российском правовом пространстве осуществляется постоянно и систематически, хотя и не всегда успешно. Впрочем, некоторый неуспех вполне объективен: даже если мы создадим максимально идеальные усло-

⁶³⁵ См.: Нечаева А.М. Семья как самостоятельный объект семейно-правовой охраны // Государство и право. 1996. № 12. С. 107.

вия такого взаимодействия, строго «по канону», все равно результат будет не вполне удовлетворителен, ибо процессуальные массовые одежды, как и правовые в целом, всегда отстают в размере и стилистике от развивающегося объекта и среды его обитания. Тем не менее это не должно тормозить процесс динамичного совершенствования гражданского процессуального права, в том числе в направлении различных вариантов судебной семейно-правовой специализации и совершенствования действующих гражданско-процессуальных норм, специализированных на рассмотрение и разрешение семейных в целом и брачных дел в частности.

При этом самая очевидная специализация, но иного рода, постоянно присутствует в семейном законодательстве: именно в КоБС РСФСР и СК РФ более, чем в каких-либо иных кодифицированных отраслевых законах, активно и содержательно присутствуют специальные гражданско-процессуальные нормы, регулирующие деятельность суда по разрешению семейных дел⁶³⁶ – и прежде всего дел о расторжении брака и смежных с ними споров.

Именно на основе аналитики содержания этих «бракоразводных» норм и их взаимодействия с общепроцессуальными положениями мы и попытаемся охарактеризовать судебный развод *de facto*, *de jure* и *de lege fetenda*.

Б. Подсудность дел о расторжении брака

Ранее, как известно, все бракоразводные дела рассматривались судами общей юрисдикции (районными народными судами) в исковом производстве. В настоящее время ситуация принципиально изменилась.

Во-первых, существенно дифференцирована гражданско-процессуальная форма в зависимости от наличия спора о разводе: новеллой СК РФ стало производство о расторжении брака по

⁶³⁶ Подробнее об этом см.: Чечина Н.А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права // Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2004. С. 513–514; Кострова Н.М. Судопроизводство по семейным делам. Махачкала, 1978. С. 15–16; Тарусина Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. С. 51–55.

взаимному согласию, которое давно уже было введено в ряде европейских стран⁶³⁷. Наряду с ним, разумеется, осталось классическое исковое производство о рассмотрении спорных случаев.

Первая технология, как и административная, ориентирована на «констатацию смерти брака», однако под судебным контролем. К предпосылкам ее применения относятся две существенно отличные друг от друга группы юридических фактов: 1) у сторон есть право на административный развод, однако они не достигли согласия в реализации этого права; 2) стороны стремятся к прекращению брака, но имеют общих несовершеннолетних детей.

Если первый вариант предпосылок ведет лишь к необходимости формального судебного принуждения, то наличие второго обусловлено традиционным и понятным желанием государства и общества защитить интересы ребенка.

Сторонница концепции административной формы развода О.Ю. Ильина выражает сомнение в том, что с помощью судебной процедуры расторжения брака «супругов с детьми» можно эффективно защитить интересы последних.. Супруги, полагает автор, получившие свободу от брака, с меньшей агрессивностью и более разумно смогут решить вопросы, касающиеся их общих детей⁶³⁸. С этим трудно согласиться: 1) при «бесспорном разводе» в своей будущей свободе супруги и не сомневаются – агрессивности взяться неоткуда (если только они или один из них не агрессивен по натуре); зато имеется выигрыш во времени при решении вопросов о месте проживания ребенка и его алиментировании; 2) в «спорном» же разводе комплексное снятие конфликтности также предпочтительнее, чем «купирование» проблемы по частям.

Гражданско-процессуальная форма для обоих типов «бесспорных» казусов максимально упрощена (заявление подается супругами, примирительная процедура не применяется, в существо брачного конфликта суд не вникает), с другой стороны, для

⁶³⁷ См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. Гражданские и торговые кодексы. М., 1986. С. 26.

⁶³⁸ См.: Ильина О.Ю. Особенности судебного рассмотрения дел о расторжении брака. С. 51–53, 61.

второго типа введена дополнительная «защитная технология»: суд обязан определиться с судьбой ребенка (детей), проживающего (проживающих) в «умирающей» семье их родителей. Данное служебное начало реализуется тремя альтернативными способами: суд либо утверждает соглашение супругов-родителей о месте проживания ребенка и его алиментировании (предварительно проверив их на предмет соблюдения интересов последнего), либо решает эти вопросы по существу требования, заявленного одной из сторон, либо, если соглашения супругов нарушают интересы ребенка или указанные требования не заявлены, осуществляет конкретизацию правоотношений по собственной инициативе. Второй и третий ситуационные варианты, конечно же, свидетельствуют о наличии между сторонами спора о праве. По классическому сценарию это должно было бы привести к исковому производству в «чистом» виде. Однако перед нами совершенно специальный набор элементов гражданско-процессуальной формы, сознательно допускающий указанные внутренние противоречия.

Сущность производства о расторжении брака по взаимному согласию не является исковой. При этом если супруги достигли всех необходимых соглашений о детях и суд их утвердил, то производство природно ближе особому, в частности, производству об установлении фактов, имеющих юридическое значение. Однако, поскольку подобная гармония достигается отнюдь не всегда, разделять исследуемое производство на два подпроизводства («бесспорное» в полном объеме и частное «бесспорное») нецелесообразно, тем более что они взаимопроникаемы. Поэтому, на наш взгляд, имеет смысл выделить группу специальных производств гражданского процесса, которые сущностно «выпадают» из классической схемы трех основных производств. («Наличие двух моделей расторжения брака, – отмечает И.П. Коржаков, – подчеркивает отличие процедуры как от искового, так и от особого производства»⁶³⁹.)

Кроме указанной новеллы, введено еще одно принципиальное изменение, касающееся регламентации подсудности между

⁶³⁹ См.: Коржаков И.П. Указ. соч. С. 12–13.

районными судами и мировыми судьями: в соответствии с нормой ч. 1 ст. 23 ГПК РФ мировыми судьями рассматриваются: а) дела о расторжении брака, если между супругами отсутствует спор о детях (п. 2); б) дела о разделе общесупружеского имущества (п. 3); в) иные возникающие из семейно-правовых отношений дела, за исключением дел об оспаривании отцовства (материнства), об установлении отцовства, лишении родительских прав, усыновлении (п. 4). Правилом ч. 3 ст. 23 определено, что при объединении нескольких связанных между собой требований, изменении предмета иска, если новые требования становятся подсудными районному суду, все требования подлежат его рассмотрению.

Тем самым, как справедливо отмечает О.Г. Миролубова, проявляется нестыковка двух норм: в общей норме (п. 4) законодатель изымает из компетенции мирового судьи только три категории споров, связанных с детьми, в специальной (п. 2) – споры о детях вообще. Соответственно неясно, какие споры имеются в виду – все споры о детях или только те, которые предусмотрены нормой ст. 24 СК РФ (о месте проживания ребенка и его алиментировании). В этой связи выстраиваются самые различные варианты⁶⁴⁰.

При этом, как показывает практика, данные вопросы в некоторых судах и рядом мировых судей обходятся с легкостью: принимается заявление о расторжении брака, а о наличии других требований стороны не опрашиваются, тем самым грубо нарушаются правила ст. 24 СК РФ.

О.Г. Миролубова, подчеркивая комплексность бракоразводных дел (в смысле предписаний ст. 24 СК РФ и возможностей ч. 1 ст. 151 ГПК РФ⁶⁴¹), предлагает бракоразводные (а возможно, и иные семейные) дела целиком передать в компетенцию районных судов – тем более в связи с возрождением идеи о судебной се-

⁶⁴⁰ Подробно об этом см.: Миролубова О.Г. О подсудности бракоразводных дел // Вестник Поморского университета. Серия «Гуманитарные и социальные науки». 2006. № 4. С. 160 – 164.

⁶⁴¹ Об этом см. далее.

мейно-правовой специализации⁶⁴². (Статистика подтверждает, что подобное изъятие не поменяет соотношение сил принципиально, так как у мировых судей останется достаточный набор подсудных категорий дел. Так, в 2005 – 2006 гг. дела о расторжении брака составили до 8% от всех исковых дел, рассмотренных мировыми судьями Ярославской области, – и это без учета уголовных и административных дел.)

В. Процессуальные особенности рассмотрения дела о разводе

Перечень инициаторов процесса ограничен нормой п. 2 ст. 16 СК РФ: супруг или опекун супруга. Полагаем, однако, в исключительных случаях, например, когда первый супруг является опекуном второго супруга и вероятно наступление конфликта интересов, такое право может реализовать прокурор, несмотря на личный характер дела, так как в соответствии с нормой ст. 45 ГПК РФ он уполномочен таким образом защитить интересы недееспособного гражданина (а также и в других случаях – тяжелой болезни, преклонного возраста заинтересованного лица и т.п.⁶⁴³).

Сохранено весьма специфическое правило об ограничении гражданско-процессуальной правоспособности супруга. Норма ст. 17 СК РФ повторила правила ст. 31 КоБС РСФСР: «Муж не имеет права без согласия жены возбуждать дело о расторжении брака во время беременности и в течение года после рождения ребенка». Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что запрет распространяется и на случаи, когда ребенок родился мертвым или умер, не дожив до достижения им возраста одного года⁶⁴⁴.

Это правило является своеобразным гендерным диссонансом. Перед нами один из случаев, когда неравенство обеспечивает ра-

⁶⁴² Миролюбова О.Г. О подсудности бракоразводных дел. С. 160–164.

⁶⁴³ Споры по данному вопросу активно велись и при универсальной норме ст. 41 ГПК РСФСР. См., например: Иванова С. А. Указ. соч. С. 19-22; Кострова Н.М. Указ. соч. С. 37; Фархтдинов Я.Ф. Судебное рассмотрение дел о расторжении брака. Казань, 1978. С. 39–40.

⁶⁴⁴ Постановление от 05.11.1998 г. № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» (п. 1).

венство: женщина в это время испытывает физические и психологические трудности, нуждается в заботе и т.д. Наконец, она выполняет важнейшую социальную функцию материнства (прекрасно, если еще и обусловленную ее внутренней потребностью). Правда, невозможность инициации развода в одностороннем порядке, справедливо отмечает О.А. Хазова, может являться лишь формальным препятствием к расторжению брака и едва ли ограждает женщину от переживаний, связанных с этим фактом и процедурой подтверждения «смерти брака»⁶⁴⁵; тем не менее отсрочка психологической драмы может оказаться ей необходимой.

Запрет абсолютен. Однако муж может и не быть отцом этого ребенка (что подтверждено судебным решением, – оспаривание отцовства не ограничено сроками), женщина может вести «пикантный» образ жизни и (доведем ситуацию до абсурда) «перманентно» беременеть и даже рожать детей от других мужчин; наконец, женщина может «организовать» поздний выкидыш или иным способом убить ребенка... Все эти случаи находятся в рамках указанного императива. Защищать социально важные интересы необходимо, но – в разумных пределах. Как видим, иногда «юридически сочувствовать» в таком распаде брака нужно мужчинам. Поэтому полагаем, что ограничение их «бракоразводной» правоспособности (ст. 17) должно сохраняться, но не иметь абсолютного значения.

Так, например, норма ст. 35 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье устанавливает: «Расторжение брака недопустимо во время беременности жены и до достижения ребенком возраста трех лет без письменного согласия другого супруга на расторжение брака при условии, что он проживает с ребенком и осуществляет родительскую заботу о нем, за исключением случаев, когда отцовство по отношению к ребенку признано другим лицом или по решению суда сведения о муже как об отце ребенка исключены из записи акта о рождении ребенка».

Не все в приведенном правиле представляется нам обоснованным: чрезмерен срок ограничения (3 года), сомнительно ген-

⁶⁴⁵ См.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Л.Н. Завадской. С. 109.

дерное равенство, однако предусмотренные исключения могут быть взяты в качестве образца.

Иначе сформулировано условие о действии запрета в норме ст. 34 СК Республики Молдова: «... если ребенок родился живым и в течение года оставался жизнеспособным».

В любом случае норма ст. 17 СК РФ нуждается в уточнении, преобразовании из категорического императива в относительный.

В бракоразводном процессе традиционно применяется примирительная процедура. Ранее она состояла в отложении дела слушанием до 6 месяцев, причем количество данных актов не ограничивалось – лишь бы соблюдался указанный максимальный срок.

В связи с дифференциацией гражданско-процессуальной формы на «бесспорную» и «спорную» примирительная процедура претерпела существенные изменения: общей для обоих вариантов осталась классическая судебная формула «настаивают ли стороны на своих требованиях и не желают ли они заключить дело примирением», а вот специальные отлагательные сроки теперь применяются только при наличии между супругами спора о расторжении брака, которые при этом уменьшились до трех месяцев (п. 2 ст. 22 СК РФ). Однако для развода по взаимному согласию также установлен срок, являющийся, по сути, латентной формой примирительной процедуры (п. 2 ст. 23 СК РФ): «Расторжение брака производится судом не ранее истечения месяца со дня подачи супругами заявления о расторжении брака». Этот срок, кроме того, равен сроку административного развода, чтобы не поощрять супругов использовать судебную процедуру вместо административной – для ускорения решения вопроса (как это наблюдалось по КоБС РСФСР).

Примирение сторон в бракоразводном процессе является самостоятельной процессуальной технологией принципа диспозитивности и не относится к разновидностям мировых соглашений. Из договорной природы последних вытекают два важных вывода: 1) мировым соглашением разрешаются только те проблемы, которые могут быть урегулированы сторонами и без помощи суда; 2) вопросы, отнесенные к специальной судебной компетенции,

исключают возможность мирового соглашения, — устанавливая императивную судебную подведомственность, законодатель выводит их за скобки договорного регулирования⁶⁴⁶.

Ввиду связанности брачного правоотношения с целым комплексом других семейных правоотношений и частично — гражданско-правовых (например, жилищных) бракоразводный процесс традиционно «интегрируется» за счет присоединения к делу о расторжении брака различного ассортимента семейных дел.

В соответствии с ГПК РФ право это принадлежит как истцу, так и суду (п. 1 ст. 151). Однако право первого ограничено правом суда выделить одно или несколько соединенных требований в отдельное производство — из соображений целесообразности (п. 2 ст. 151 ГПК РФ). Все эти перечисленные нормы имеют диспозитивную природу.

Вместе с тем, как мы уже отмечали, одной из классических форм взаимодействия семейного и гражданско-процессуального законодательства является значительное присутствие в СК РФ специальных процессуальных норм. К сожалению, не все они соответствуют базовым предпосылкам — нормам общего характера ГПК РФ.

Именно так обстоит дело и в нашем случае. Нормы ст. 24 СК РФ, распространяя свое действие как на производство о расторжении брака по взаимному согласию, так и на спорное исковое, являются императивными, хотя внутри себя и содержат определенные диспозитивные варианты: при рассмотрении дела о разводе суд обязан либо утвердить соглашение о месте проживания ребенка и его алиментировании, либо дать ответ на соответствующие требования одного из супругов, либо решить эти вопросы по собствен-

⁶⁴⁶ См., например: Гукасян Р.Е. Мировое соглашение как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 142. См. также: Тарусина Н.Н. О мировых соглашениях по семейным делам // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Вып. 6. Ярославль, 2005. С. 46–50.

ной инициативе; одновременно суд утверждает соглашения супругов о разделе общего имущества и алиментировании одного из них или дает ответ на требования супругов, впрочем располагая правом выделить первое из двух дел в отдельное производство, если раздел имущества затрагивает интересы третьих лиц.

Эти весьма специфические нормы, не имеющие аналога при взаимодействии гражданско-процессуального закона с другими отраслями законодательства, обусловлены не только системностью правоотношений, но и, как мы уже отмечали, наличием государственного интереса в специальной (особой) защите прав и интересов ребенка, женщины-матери, иных социально слабых субъектов и их неизменно важных интересов.

При этом наиболее спорной с точки зрения природы и сущности является, конечно, положение об обязанности суда решить вопросы о детях по собственной инициативе (если таковой не последовало от сторон бракоразводного процесса). Это исключение из «классики диспозитивного жанра» восходит еще к Декрету «О расторжении брака» от 19.12.1917 г. (последующие акты, в том числе кодексы 1918 и 1926 гг., такого императива не содержали) и в еще более жесткой форме присутствует в Указе Президиума Верховного Совета от 08.07.1944 г. В КоБС 1969 г. содержание данного правила было несколько неопределенным, что потребовало толкования Пленума Верховного Суда СССР⁶⁴⁷. СК РФ эту неопределенность устранил. (Подобные «задолжения» суда не являются эксклюзивом нашего семейного закона: норма ст. 39 КоБС Республики Беларусь обязывает суд решить вопросы о месте проживания ребенка, порядке участия в его воспитании отдельно проживающего родителя и об алиментировании ребенка; правило ст. 90 ГК Испании предписывает суду и супругам урегулировать вопросы проживания, воспитания и алиментирования детей, использования семейного жилья и предметов обихода, алиментирования одного из супругов⁶⁴⁸.)

⁶⁴⁷ См.: пп. 13 и 14 Постановления от 28.11.1980 № 9 и п. 4 Постановления от 07.12.1979 № 9.

⁶⁴⁸ См.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. С. 200.

Однако то обстоятельство, что данные специальные нормы не имеют основы в ГПК РФ, затрудняет их применение – тем более, что положение ст. 4 ФЗ от 14.11.2002 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Гражданского процессуального кодекса РФ» объявляет нормы ГПК приоритетными по отношению к процессуальным нормам, содержащимся в других законах, в том числе СК РФ.

Однако многие процессуалисты обходят эту трудность, утверждая, что обязанность суда по собственной инициативе решить перечисленные вопросы должна квалифицироваться не как право суда возбудить гражданское (семейное) дело, а как его полномочие при вынесении судебного решения выйти за пределы заявленных истцом требований (п. 3 ст. 196 ГПК РФ⁶⁴⁹).

Некоторое основание к тому содержится в п. 5 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 23 от 19.12.2003 г. «О судебном решении»: выход за пределы исковых требований в том числе означает разрешение требования, которое не заявлено, а также удовлетворение требования истца в большем размере, чем оно было заявлено. Таковые возможности, действительно, вытекают из ряда материально-правовых норм, например, п. 2 ст. 166 ГК РФ (о праве суда по собственной инициативе применить последствия недействительности ничтожной сделки), ч. 5 ст. 394 ТК РФ (о праве суда при рассмотрении требования о признании увольнения незаконным и восстановлении на работе по своей инициативе изменить основания или формулировку увольнения)⁶⁵⁰.

Однако рассматриваемый нами казус принципиально отличается от приведенных примеров: вопросы, которые по собственной инициативе обязан разрешить суд, вытекают не из брачного правоотношения, а из других абсолютно самостоятельных семейных правоотношений – родительских и по материальному содер-

⁶⁴⁹ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Защита семейных прав. Ярославль, 1985. С. 36–39; Она же. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. С. 52–53.

⁶⁵⁰ Подробнее об этом см.: Миролюбова О.Г. О взаимодействии гражданско-процессуальных и семейно-правовых норм в бракоразводном процессе (ст. 23, 24 СК РФ) // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Вып. 5. Ярославль, 2004. С. 110.

жанию. Поэтому данное правило п. 2 ст. 24 СК РФ является не частным случаем правила п. 3 ст. 196 ГПК РФ, а нормой-исключением, которая вступает в противоречие с нормой ст. 4 ГПК РФ (о возбуждении гражданского дела). Достижение правовой гармонии между нормами ст. 24 СК РФ и ст. 4 ГПК РФ возможно двумя путями: либо приведением первой в соответствие со второй, либо наоборот. Причем если первый вариант является сугубо формальным, то второй решает важную задачу оптимальной защиты социально значимых интересов. Кроме того, как справедливо отмечает О.Г. Миролюбова, соответствующее дополнение следует внести и в норму ч. 5 ст. 151 ГПК РФ (о соединении исковых требований)⁶⁵¹.

Не вполне ясно и соотношение норм ст. 23 и 24 СК РФ: в первой содержатся указания только о месте проживания детей и их алиментировании и ничего – о защите интересов супругов. Полагаем это необоснованным – тем более, что в странах, где процедура развода по взаимному согласию внедрена гораздо раньше России, весь этот комплекс вопросов предусмотрен к разрешению⁶⁵².

Однако и этим размышления, вызванные толкованием правил ст. 24 СК РФ, не исчерпываются. Так, еще в 1978 г. М.Я. Булошников, обобщая опыт зарубежного законодательства, в том числе вопросы комплексного разрешения брачного конфликта, отмечал, что судебное решение, расторгающее брак, должно обеспечить правовыми средствами будущее сотрудничество родителей в воспитании детей, максимально полно определиться с иными правовыми последствиями развода, в том числе и в жилищном вопросе⁶⁵³.

Полагаем, что главными критериями оптимального решения проблемы «интеграции» бракоразводного процесса являются два: 1) насколько сопутствующие семейные дела мешают суду вы-

⁶⁵¹ См.: Миролюбова О.Г. О взаимодействии гражданско-процессуальных и семейно-правовых норм в бракоразводном процессе (ст. 23, 24 СК РФ). С. 112.

⁶⁵² Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 199, 527.

⁶⁵³ См.: Булошников М.Я. Развод: некоторые правовые проблемы // Развитие законодательства о браке и семье. М., 1978. С. 90–91.

полнить функцию по примирению супругов в целях сохранения семьи (в спорном разводе); 2) способствует ли комплексное решение смежных с брачным конфликтом правовых вопросов скорейшей и менее болезненной нормализации защиты «постбрачного» периода жизни бывших супругов и их детей. В этом смысле действие данных критериев, конечно же, строго индивидуально. Однако полагаем тем не менее, что вопрос о порядке общения с ребенком должен быть включен в перечень ст. 24 (23) СК РФ. Возможно, по крайней мере, на диспозитивном уровне и включение вопроса о семейном жилье (в рамках нормы ст. 31 ЖК РФ). Это подтверждается и зарубежным опытом, и обычными практическими соображениями⁶⁵⁴.

До внесения соответствующих дополнений в ст. 23 и 24 СК РФ считаем возможным применять, в этом положительном контексте, общие нормы ст. 151 ГПК РФ, так как характер перечня ст. 23 – 24 СК РФ не представляется нам категорически исчерпывающим.

Судебное разбирательство бракоразводного дела, независимо от того, единичен ли предмет судебного исследования (брачный конфликт) или осложнен присоединенными к нему сопутствующими делами, должно осуществляться, на наш взгляд, «келейно»⁶⁵⁵, отнюдь не при стечении публики, как правило, в закрытом судебном заседании, что следует из общего смысла нормы п. 2 ст. 10 ГПК РФ и из соображений разумности.

Главным искомым фактом предмета доказывания по-прежнему декларируется «невозможность дальнейшей совместной жизни супругов и сохранения семьи» (п. 1 ст. 22 СК РФ). Однако буквальное толкование формулы ч. 2 п. 2 ст. 22 позволяет прийти к выводу, что суд не вправе, если меры по примирению

⁶⁵⁴ Подробнее об этом см.: Миrolюбова О.Г. О взаимодействии гражданско-процессуальных и семейно-правовых норм в бракоразводном процессе (ст. 23, 24 СК РФ). С. 114–115.

⁶⁵⁵ О случаях «сверхпубличности» подхода к бракоразводным делам см.: Булошников М.Я. Развод: некоторые правовые проблемы. С. 87–88.

супругов оказались безрезультатными, отказать в иске, на котором настаивает супруг-истец или тем более оба супруга.

При разводе по взаимному согласию мотивы прекращения брака не выясняются (п. 1 ст. 23 СК РФ). Но и в спорных случаях, если супруги отказываются сотрудничать в этом вопросе с судом по каким-либо соображениям (нежелание вмешательства в частную жизнь в целом, наличие негативных обстоятельств нравственного порядка и т.п.), никаких мер к таким супругам, за исключением косвенной – отложения разбирательства дела на максимально допустимый срок – суд предпринять не может. Иногда не хочет, чаще не имеет на это времени, нередко не обладает необходимыми специальными познаниями, например, в области психологии, руководствуясь в своих оценках жизненным опытом. (Кстати, у многих мировых судей нет и такового, что является аргументом как в пользу возврата этой категории дел в районные суды, так и в пользу семейно-правовой судебной специализации.)

О.Ю. Ильина полагает, что указание в законе на невозможность сохранения семьи как основание развода неточно: если в браке рожден ребенок, то отношения между ним и родителями после прекращения брака сохраняются – это свидетельствует и о сохранении, пусть и особенной, но семьи⁶⁵⁶.

С данной точкой зрения трудно согласиться. Как мы уже отмечали, кроме явления семьи (и соответствующего ему понятия), существуют и иные семейные связи, обусловленные правовыми и другими предпосылками социального порядка. Они действительно, сохраняются, но, кстати, иногда лишь формально, так как по смыслу семейного закона, в интересах ребенка, суд может ограничить его общение с отдельно проживающим родителем (ч. 2 п. 1 ст. 66 СК РФ).

Ни право на развод, ни выстраивание его последствий традиционно не связывается в российском семейном законодательстве с виной супруга (супругов). Между тем иное нормативное решение вполне типично для зарубежной законодательной и судебной практики не только до реформ бракоразводного процесса, но в ряде

⁶⁵⁶ Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. С. 55.

стран и после (Болгария, Италия, Франция, отдельные штаты США и др.)⁶⁵⁷. Иногда это сопровождается перечнем оснований к разводу, а в контексте вины связано с брачным правонарушением.

Так, в болгарской теории семейного права «брачная вина» определяется как «субъективное отношение супруга к брачным нарушениям и их результату – глубокому и непоправимому расстройству брака», брачное же нарушение есть противоправное деяние супруга, заключающееся в нарушении супружеских обязанностей (например: необеспечение семейного благополучия, заботы о детях, необоснованное раздельное проживание, измена и т.п.⁶⁵⁸). Суд устанавливает вину лишь по просьбе одного из супругов. Факт «брачной вины» может повлиять на судьбу имущественных правоотношений бывших супругов, в том числе алиментных обязательств, обязательств по несению судебных расходов, связанных с разводом, и др.

СК РФ предусматривает лишь косвенные варианты «брачной вины»: недостойное поведение супруга в браке может освободить второго супруга от обязанности по его материальному содержанию (ст. 92); неполучение одним из супругов доходов по неуважительной причине и/или расходование общего имущества в ущерб интересам семьи является основанием для отступления от принципа равенства долей в совместной собственности при ее судебном разделе (п. 2 ст. 39). Однако подобная «брачная вина» никоим образом не связана с судьбой бракоразводного процесса, что принципиально.

Иначе, чем в КоБС РСФСР, решен в СК РФ вопрос о моменте прекращения брака вследствие судебного развода. Законодатель 1969 г. считал своим долгом «биться за сохранение брака до конца», доводя нормативную позицию до абсурда: вступившее в законную силу судебное решение о разводе могло находиться в «подвешенном состоянии» сколь угодно долго, так как брак прекращался после регистрации решения в органах ЗАГС, а инициа-

⁶⁵⁷ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 526–528.

⁶⁵⁸ См.: Ненова Л. Вината в българското семейно право. София, 1983. С. 49–58.

тива данного акта принадлежала одному или обоим супругам, которые нередко не спешили ее проявить или вовсе не проявляли. Соответственно возможна была парадоксальная ситуация, когда один супруг, заплативший присужденную ему часть пошлины, обратившийся в орган ЗАГС и получивший свидетельство о расторжении брака, считался свободным от брачных уз, а второй, бездействовавший, как бы продолжал состоять в браке... Нормы ст. 25 СК РФ исключают столь необычный вариант развития событий: брак прекращается судебным разводом со дня вступления в законную силу судебного решения; суд обязан в течение трех дней направить выписку из этого решения в орган ЗАГС по месту регистрации брака; с этого момента супруги могут получить свидетельства о расторжении брака, заплатив, разумеется, установленную пошлину.

Восстановление брака в случае явки супруга, объявленного умершим или признанного безвестно отсутствующим, и отмены соответствующих судебных решений осуществляется органом ЗАГС только по совместному заявлению супругов (а не автоматически, как раньше), впрочем, при условии, если другой супруг не вступил в новый брак (ст. 26 СК РФ).

Вопросы к главам

Глава I

1. Особенности брачных отношений древних славян (до крещения Руси).
2. Соотношения принуждения и сговора в брачном обычном праве древних славян.
3. Моногамия и полигамия брачных отношений древних славян.
4. Сущность принципиальных изменений в брачном праве после крещения Руси (X – XII вв.).
5. Примеры высокого положения женщины в X – XII вв.; XIII – XVI вв.
6. Домострой: положительные и отрицательные элементы социального регулирования брачной жизни.
7. Основания характеристики лично-правового и имущественно-правового статуса супругов в XII – XVII вв.
8. Брак в XVIII – XIX вв.: запрет близкого родства и свойства.
9. Брак в XVIII – XIX вв.: соотношение свободы воли и согласия родителей.
10. Ограничение количества браков (XII – XIX вв.).
11. Возможность полигамии (XIX в.).
12. Брачный возраст (XII – XIX вв.).
13. Браки раскольников.
14. Реформы Петра I в сфере брачного права.
15. Реформы русских императриц в сфере брачного права.
16. Прелюбодеяние как основание расторжения брака (XII – XIX вв.).
17. Причины появления гражданских (светских) браков.
18. Принципиальные изменения в брачном законодательстве в первых декретах Советской власти.
19. Новеллы КЗоБСО 1926 г.

20. Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г.: изменения в брачном праве.

21. Основные положения КОБС РСФСР 1969 г.

Глава II

1. Брак – таинство (XII – начало XX в.).
2. Брак – гражданско-правовой договор (до XX в.).
3. Брак – институт особого рода.
4. Причины отсутствия дефиниции брака в семейном законодательстве.
5. Определение понятия брака.
6. Существенные признаки брака.
7. Брак – гражданско-правовой или семейно-правовой договор.
8. Цель брака – создание семьи.
9. Брак – союз мужчины и женщины.
10. Брачный возраст.
11. Снижение брачного возраста: федеральный и региональный аспекты.
12. Медицинские аспекты заключения брака.
13. Пороки воли при вступлении в брак.
14. Принцип моногамии.
15. Брачная правоспособность и дееспособность.
16. Квазибрачные партнерства.
17. Фактический брак: от партнерского брака и конкубината – к современным формам.
18. Проблемы защиты интересов фактических супругов.
19. Процедура регистрации брака.
20. Особенности брачного правоотношения.
21. Брак как правовой институт, юридический факт и правоотношение.

Главы III и IV

1. Сущность недействительности брака.
2. Фиктивный брак.
3. Фиктивность в брачной сфере.
4. Основания признания брака недействительным.
5. Санация недействительности брака.
6. Порядок признания брака недействительным.
7. Прокурор и органы опеки и попечительства как инициаторы судебного процесса о признании брака недействительным.
8. Сущность правовых последствий недействительности брака.
9. Статус добросовестного супруга в недействительном браке.
10. Способы прекращения брака.
11. Расторжение брака и признание брака недействительным: сравнительная характеристика оснований.
12. Расторжение брака и признание брака недействительным: сравнительная характеристика правовых последствий.
13. Подведомственность дела о расторжении брака.
14. Административная концепция бракоразводного процесса.
15. Право на расторжение брака.
16. Административный развод: общие правила.
17. Административный развод: специальные правила (основания и порядок).
18. Основания судебного развода по взаимному согласию.
19. Вопросы, разрешаемые судом в процессе по делу о разводе по взаимному согласию.
20. Развод по взаимному согласию и при наличии спора: сравнительная характеристика процедуры.
21. Ограничение права мужа на предъявление иска о расторжении брака.
22. Основания расторжения брака. Вопрос о вине.
23. Опекун и прокурор как инициаторы бракоразводного процесса.
24. Примирительная процедура в бракоразводном процессе.

25. Примирение по делу о разводе и мировое соглашение.
26. Вопросы, разрешаемые судом в процессе по делу о расторжении брака (при наличии спора).
27. Защита интересов ребенка в бракоразводном процессе.
28. Защита интересов семьи в бракоразводном процессе.
29. Значение судебного решения по делу о разводе.
30. Момент прекращения брака при административном и судебном разводе.
31. Правовые последствия расторжения брака.

Литература

Нормативно-правовые акты и практика их применения

1. Конституция РФ.
2. Гражданский кодекс РФ.
3. Семейный кодекс РФ.
4. Жилищный кодекс РФ.
5. Гражданско-процессуальный кодекс РФ.
6. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 г. № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» // Сборник постановлений пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по гражданским делам. – М., 2006.

Специальная литература

1. Агарков, М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М.М. Агарков // Избранные труды по гражданскому праву. – Т. 1. – М., 2002.
2. Александров, Н.Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений / Н.Г. Александров // Учен. зап. ВИЮН. – Вып. 6. – М., 1976.
3. Алексеев, В.П. История первобытного общества / В.П. Алексеев, А.И. Першиц. – М., 1999.
4. Алексеев, Н.А. Гей-брак: Семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве / Н.А. Алексеев. – М., 2002.
5. Алексеев, Н.А. Правовое регулирование положения сексуальных меньшинств / Н.А. Алексеев. – М., 2002.
6. Алексеев, С.С. Проблемы теории права / С.С. Алексеев. – Свердловск, 1972. – Т. 1.

7. Анисимова, Л.И. К вопросу о преобразовательных исках / Л.И. Анисимова, С.А. Иванова // Механизм защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1990.
8. Антокольская, М.В. Лекции по семейному праву / М.В. Антокольская. – М., 1995.
9. Антокольская, М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права / М.В. Антокольская // Государство и право. – 1995. – № 6.
10. Антокольская, М.В. Семейное право / М.В. Антокольская. – М., 1997.
11. Антокольская, М.В. Семейное право / М.В. Антокольская. – М., 2001.
12. Антокольская, М.В. Семейное право / М.В. Антокольская. – М. 2002.
13. Арбатова, М. Феминизм / М. Арбатова // Известия. – 1998. – 19 февр.
14. Афанасьева, И.В. Роль и значение правового регулирования в решении проблем брачно-семейных отношений / И.В. Афанасьева, Ш.Х. Заман // Семейное право. – 2004. – № 2.
15. Бабаев, В.К. Презумпции в советском праве / В.К. Бабаев. – Горький, 1974.
16. Бекленищева, И.В. Гражданско-правовой договор. Классическая традиция и современные тенденции / И.В. Бекленищева. – М., 2006.
17. Белякова, А.М. Советское семейное право / А.М. Белякова, Е.М. Ворожейкин. – М., 1974.
18. Белякова, А.М. Вопросы советского семейного права в судебной практике // А.М. Белякова. – М., 1989.
19. Бернам, У. Правовая система Соединенных Штатов Америки / У. Бернам. – М., 2006.
20. Боровиковский, А. Отчет судьи / А. Боровиковский. – Т. 2. – СПб., 1892.
21. Босанац, М. Внебрачная семья / М. Босанац. – М., 1981.
22. Бошко, В.И. Очерки советского семейного права / В.И. Бошко. – Киев, 1952.
23. Брагинский, М.И. Договорное право / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. – Кн. I. – М., 2001.

24. Бранденбургский, Я.Н. Брак и его правовые последствия / Я.Н. Бранденбургский // Сборник статей и материалов по брачному и семейному праву / Под ред. Д.И. Курского. – М., 1926.

25. Булошников, М.Я. Развод: некоторые правовые проблемы / М.Я. Булошников // Развитие законодательства о браке и семье. – М., 1978.

26. Булошников, М.Я. Специализированные суды в ПНР / М.Я. Булошников // Проблемы семейного права. – М., 1980.

27. Бутнев, В.В. Несколько замечаний к дискуссии о теории охранительных правоотношений / В.В. Бутнев // Вопросы теории охранительных правоотношений. – Ярославль, 1997.

28. Бутнев, В.В. Механизм судебной защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов / В.В. Бутнев // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. – Вып. 4. – Ярославль, 2000.

29. Вагацума, Сакаэ. Гражданское право Японии / Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. – М., 1983.

30. Веберс, Я.Р. О понятии дееспособности граждан в советском гражданском и семейном праве / Я.Р. Веберс // Осуществление и защита личных и имущественных прав. – Рига, 1968.

31. Веберс, Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Я.Р. Веберс. – Рига, 1976.

32. Владимирский-Буданов, М.Ф. Обзор истории русского права / М.Ф. Владимирский-Буданов. – Ростов н/Д, 1995. (Переиздание труда 1886 г.).

33. Ворожейкин, Е.М. Советское семейное право / Е.М. Ворожейкин, А.М.Белякова. – М., 1974.

34. Ворожейкин, Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права / Е.М. Ворожейкин // Советское государство и право. – 1967. – № 4.

35. Ворожейкин, Е.М. Семейные правоотношения в СССР / Е.М. Ворожейкин. – М., 1972.

36. Воронина, О.А. Феминизм и гендерное равенство / О.А. Воронина. – М., 2004.

37. Вошатко, А.В. Договор уступки как распорядительная сделка / А.В. Вошатко // Сборник статей к 50-летию Е.А. Крашенинникова. – Ярославль, 2001.

38. Гарридо, М.Х.Г. Римское частное право: казусы, иски, институты / М.Х.Г. Гарридо. – М., 2005.

39. Гегель, Г.В.Ф. Философия права / Г.В.Ф. Гегель // Соч. – М.; Л., – 1934. – Т. 7.
40. Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Л.Н. Завадской. – М., 2001.
41. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.А. Васильева. – М., 2005.
42. Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. – Т. 1. – М., 1993.
43. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – Ч. 1. – М., 1998.
44. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – Ч. 3. – М., 2001.
45. Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. – Т. 2, полутом 1. – М., 2000.
46. Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сборник нормативных актов. Гражданские и торговые кодексы. – М., 1986.
47. Гукасян, Р.Е. Мировое соглашение как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений / Р.Е. Гукасян // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. – Саратов, 1969.
48. Гурвич, М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы / М.А. Гурвич. – М., 1976.
49. Давтян, А.Г. Гражданское процессуальное право Германии / А.Г. Давтян. – М., 2000.
50. Даль, В.И. Толковый словарь живого великорусского языка / В.И. Даль. – Т. 4. – Пб., 1884.
51. Данилин, В.И. Юридические факты в советском семейном праве / В.И. Данилин, С.И. Реутов. – Свердловск, 1989.
52. Демин, А.В. Общие вопросы теории административного договора / А.В. Демин. – Красноярск, 1998.
53. Денисов, А.И. Теория государства и права / А.И. Денисов. – М., 1948.
54. Джазоян, Е.А. Категория фикции в гражданском праве: автореф. ... дис. канд. юрид. наук / Е.А. Джазоян. – М., 2006.
55. Домострой. – М., 1990.
56. Елисеев, Н.Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран / Н.Г. Елисеев. – М., 2004.

57. Елисейкин, П.Ф. О понятии и месте охранительных отношений в механизме правового регулирования / П.Ф. Елисейкин // Юридические гарантии применения права и режим социалистической законности в СССР. – Ярославль, 1975. – Вып. 1.
58. Ефименко, А. Крестьянская женщина / А. Ефименко // Дело. – 1873. – № 3.
59. Ефименко, П. Семья архангельского крестьянина по обычному праву / А. Ефименко // Судебный журнал. – 1873. – Кн. 4.
60. Жюллио де ла Морандьер, Л. Гражданское право Франции / Л. Жюллио де ла Морандьер. – М., 1958.
61. Забелин, И. Домашний быт русских цариц в XVI и XVII столетиях / Забелин И. – М., 1907.
62. Забелин, И.Е. Домашний быт русских цариц / И.Е. Забелин. – М., 1869.
63. Загоровский, А. О разводе по русскому праву / А. Загоровский. – Харьков, 1884.
64. Загоровский, А.И. Курс семейного права / А.И. Загоровский. – Одесса, 1909.
65. Законодательство Екатерины II // Под ред. О.И. Чистякова, Т.Е. Новицкой. – М., 2007.
66. Законодательство Петра I. – М., 1997.
67. Законы гражданские. – Кн. Первая / Сост. И.М. Тютрюмов. М., 2004.
68. Здрок, О.Н. Гражданский процесс зарубежных стран / О.Н. Здрок. – М., 2005.
69. Зейдер, Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу / Н.Б. Зейдер. М., 1966.
70. Зимарин, В. Расторжение брака / В. Зимарин // Социалистическая законность. – 1975. – № 3.
71. Иванова, С.А. Особенности судебного рассмотрения дел о расторжении брака / С.А. Иванова. – М., 1984.
72. Ильина, О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России / О.Ю. Ильина. – Тверь, 2005.
73. Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации / О.Ю. Ильина. – М., 2007.
74. Иоффе, О.С. Обязательственное право / О.С. Иоффе. – М., 1978.

75. Иоффе, О.С. Советское гражданское право / О.С. Иоффе. – Ч. 3. – Л., 1965.
76. Исаков, В.Б. Юридические факты в советском праве / В.Б. Исаков. – М., 1984.
77. Кавелин, К. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза / К. Кавелин. – СПб., 1884.
78. Kaser, M. Römisches Privatrecht / M. Kaser, R. Knütel. – 18 Aufl. – München, 2005.
79. Кант, И. Метафизика нравов: В двух частях / И. Кант // Соч. – М., 1965. – Т. 4.4.2.
80. Князева, Е.В. Диспозитивность в семейном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е.В. Князева. М., 2003.
81. Ковлер, А.И. Антропология права / А.И. Ковлер. – М., 2002.
82. Кодекс законов о браке, семье и опеке РСФСР. Постатейные материалы. – М., 1953.
83. Кодекс Республики Беларусь о браке и семье. От 9 июля 1999 г. № 278 – 3 (с последними изменениями по состоянию на 20.07.06 г. № 164 – 3) // СПС КонсультантПлюс.
84. Коллонтай, А. Как борются работницы за свои права / А. Коллонтай. – М., 1919.
85. Коллонтай, А.М. Любовь и новая мораль / А.М. Коллонтай // Философия любви: сб. – М., 1990. – Ч. 2.
86. Коллонтай, А.М. Новая мораль и рабочий класс // А.М. Коллонтай. – Пг., 1919.
87. Комиссаров, К.Н. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства / К.Н. Комиссаров. – Свердловск, 1971.
88. Комментарий к Кодексу о браке и семье РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся и П.Е. Орловского. – М., 1971.
89. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. – М., 2003.
90. Комментарий к СК РФ / Под ред. П.В. Крашенинникова, П.И. Седугина. – М., 2001.
91. Кондаков, Н.И. Логический словарь / Н.И. Кондаков. – М., 1971.
92. Корецкий, А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / А.Д. Корецкий. – СПб. 2001.

93. Коржаков, И.П. Расторжение брака в судебном порядке: гражданско-процессуальные аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И.П. Коржаков. – Саратов, 1996.

94. Королев, Ю.А. Семья как субъект права / Ю.А. Королев // Журнал российского права. – 2000. – № 10.

95. Короткова, Л.П. Семья – только в рамках закона / Л.П. Короткова, А.П. Вихров // Правоведение. – 1994. – № 5 – 6.

96. Косова, О.Ю. О предмете семейного права / О.Ю. Косова // Сибирский юридический вестник. – 1998. – № 1.

97. Косова, О.Ю. Семейное и наследственное право России / О.Ю. Косова. – М., 2001.

98. Косова, О.Ю. «Фактические браки» и семейное право / О.Ю. Косова // Правоведение. – 1999. – № 3.

99. Костомаров, Н.И. Исторические монографии и исследования. Кн. 2. Т. 19. Очерк домашней жизни и нравов великорусского народа и старинные земские соборы / Н.И. Костомаров. – СПб., 1906.

100. Кострова, Н.М. Судопроизводство по семейным делам / Н.М. Кострова. – Махачкала, 1978.

101. Крашенинников, Е.А. Еще раз о преобразовательных исках / Е.А. Крашенинников // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 2000.

102. Крашенинников, Е.А. К теории права на иск / Е.А. Крашенинников. – Ярославль, 1995.

103. Крашенинников, Е.А. Фактический состав сделки / Е.А. Крашенинников // Очерки по торговому праву. Вып. 11. – Ярославль, 2004.

104. Крыленко, Н.В. Проект о браке и семье / Н.В. Крыленко // Сборник статей и материалов по брачному и семейному праву / Под ред. Д.И. Курского. М., 1926.

105. Кудрина, С.А. Мужчина – женщина – любовь: печать греха или тайна вечности? / С.А. Кудрина, А.Н. Филькин. – Ярославль, 1997.

106. Кузнецова О.А. Презумпция в российском гражданском праве: автореф. ... дис. канд. юрид. наук / О.А. Кузнецова. – Екатеринбург, 2002.

107. Куриленко, О.Г. Регулирование брачного правоотношения по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук / О.Г. Куриленко. – М., 2003.

108. Курс советского гражданского процессуального права / Под ред. Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. – М., 1981. – Т. 2.
109. Курский, Д.И. Избранные статьи и речи / Д.И. Курский. – М., 1958.
110. Курылев, С.В. Формы защиты и принудительного осуществления субъективных прав и право на иск / С.В. Курылев // Тр. Иркутск. гос. ун-та. – Т. 22, вып. 3. Серия юрид. – Иркутск, 1957.
111. Лаврентьевская летопись // Полное собрание русских летописей. – Т. 1. – СПб., 1846.
112. Левшин, Э.М. Становление и развитие брачно-семейного законодательства в дореволюционной России: автореф. ... дис. канд. юрид. наук / Э.М. Левшин. – Нижний Новгород, 2003.
113. Ленин, В.И. Полн. собр. соч. / В.И. Ленин. – Т. 23.
114. Лушников, А.М. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов / А.М. Лушников, М.В. Лушникова, Н.Н. Тарусина. – М., 2006.
115. Максимович, Л. Фиктивный брак / Л. Максимович // Закон. – 1997. – № 11.
116. Максимович, Л.Б. Материнство и отцовство: эволюция правового регулирования / Л.Б. Максимович // Семейное право России: проблемы развития: сборник обзоров и статей. – М., 1996.
117. Мананкова, Р.П. Правовые проблемы членства в семье / Р.П. Мананкова. – Томск, 1985.
118. Матвеев, Г.К. Советское семейное право / Г.К. Матвеев. – М., 1985.
119. Мачульская, Е.Е. Право социального обеспечения / Е.Е. Мачульская. – М., 1998.
120. Машутина, Ж.Н. К вопросу об объекте защиты по преобразовательному иску / Ж.Н. Машутина // Механизм защиты субъективных гражданских прав. – Ярославль, 1990.
121. Мейер, Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2 / Д.И. Мейер. – М., 1997. (По изданию 1902 г.)
122. Миролюбова, О.Г. О взаимодействии гражданско-процессуальных и семейно-правовых норм в бракоразводном процессе (ст. 23, 24 СК РФ) / О.Г. Миролюбова // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. – Вып. 5. – Ярославль, 2004.

123. Миролубова, О.Г. О подсудности бракоразводных дел / О.Г. Миролубова // Вестник Поморского университета. Серия «Гуманитарные и социальные науки». – 2006. – № 4.

124. Муратова, С.А. Семейное право / С.А. Муратова. – М., 2001.

125. Нахова, Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию / Е.А. Нахова. – Саратов, 2006.

126. Невзгодина, Е.Л. Правовая защита брака по Семейному кодексу РФ / Е.Л. Невзгодина // Вестн. Омск. ун-та. – 1998. – Вып. 4.

127. Неволин, К.А. История российских гражданских законов / К.А. Неволин. – Ч. 1. – М., 2005.

128. Ненова, Л. Вината в българското семейно право / Л. Ненова. – София, 1983.

129. Ненова, Л. Ничтожня брак / Л. Ненова // Годишник на Софийския университет. Юридически факултет. – 1978. – Т. 71.

130. Нечаева, А.М. Новый Семейный кодекс / А.М. Нечаева // Государство и право. – № 6. – 1996.

131. Нечаева, А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики / А.М. Нечаева. – М., 2007.

132. Нечаева, А.М. Семейное право / А.М. Нечаева. – М., 1998.

133. Нечаева, А.М. Семейное право / А.М. Нечаева. – М., 2006.

134. Нечаева, А.М. Семья как самостоятельный объект семейно-правовой охраны / А.М. Нечаева // Государство и право. – 1996. – № 12.

135. Нижник, Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории / Н.С. Нижник. – СПб., 2006.

136. Новицкий, И.Б. Избранные труды по гражданскому праву / И.Б. Новицкий. – Т. 2. – М., 2006.

137. Новицкий И.Б. Римское право / И.Б. Новицкий. – М., 1993.

138. Оридорога, М.Т. Брак и его форма / М.Т. Оридорога // Правовые вопросы семьи и воспитания детей. – М., 1968.

139. Оридорога, М.Т. Брачное правоотношение / М.Т. Оридорога. – Киев, 1971.

140. Орлова, Н.В. Правовое регулирование брака в СССР / Н.В. Орлова. – М., 1971.

141. Оршанский, И.Г. Исследования по русскому праву обычному и брачному / И.Г. Оршанский. – СПб., 1879.

142. Оршанский, И.Г. Народный суд и народное право // Журнал гражданского и уголовного права / И.Г. Оршанский. – 1875. – № 3.
143. Отечественное законодательство XI – XX веков. Ч. 2. – М., 1999.
144. Пахман, С.В. Обычное гражданское право в России / С.В. Пахман. – М., 2003. (Труды 1877 и 1879 гг.)
145. Пелевин, С.М. Вопросы эффективности правового регулирования разводов в СССР: дис. ... канд. юрид. наук / С.М. Пелевин. – Л., 1972.
146. Пелевин, С.М. О подведомственности дел о расторжении брака / С.М. Пелевин // Вестн. ЛГУ. – 1972. – № 5. Серия: Экономика. Философия. Право. Вып. 1.
147. Пергамент, А.И. К вопросу о правовом положении несовершеннолетних / А.И. Пергамент // Учен. зап. ВИЮН. – Вып. 3. – М., 1955.
148. Петражицкий, Л.И. О пользе политических прав женщин / Л.И. Петражицкий. – СПб., 1907.
149. Петражицкий Л.И. Теории права и государства в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицкий. – СПб., 1910. – Т. 2.
150. Платон. Пир // Соч. – М., 1970. – Т. 2.
151. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 2. – М., 2003. (Публикуется по изданию 1896 г.)
152. Повесть временных лет / По ред. В.П. Андриановой-Перетц. – Ч. 1. – М., 1950.
153. Покровский, И.А. История римского права / И.А. Покровский. – СПб., 1998.
154. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – М., 1998.
155. Полное собрание законов Российской империи. Собрание 2-е. – СПб., 1830 – 1884. – Т. 5.
156. Полянский, П.Л. Личные права и обязанности супругов в советском семейном праве / П.Л. Полянский // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2006. – № 5.
157. Право социального обеспечения / Под. ред. К.Н. Гусова. – М., 1999.
158. Пухан, И. Римское право / И. Пухан, М. Поленак-Акимовская. – М., 2000.

159. Пучинский, В.К. Английский гражданский процесс / В.К. Пучинский. – М., 1974.

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

161. Пушкарева, Н.Л. Частная жизнь русской женщины: невеста, жена, любовница (X – начало XIX в.) / Н.Л. Пушкарева. – М., 1997.

162. Пчелинцева, Л.М. Семейное право России / Л.М. Пчелинцева. – М., 2004.

163. Рабец, А.М. Алиментные обязательства между супругами / А.М. Рабец. – Томск, 1974.

164. Рабинович, Н.В. Спорные вопросы советского социалистического семейного права / Н.В. Рабинович // Учен. зап. ВЮЗИ. – М., 1948.

165. Реутов, С.И. К вопросу о фактических брачных отношениях / С.И. Реутов // Вопросы гражданского, трудового и колхозного права. – Пермь, 1973.

166. Речи советских адвокатов по гражданским делам. – М., 1976.

167. Римское частное право / Под. ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. – М., 2006.

168. Российское законодательство X – XX веков / Под общ. ред. О.И. Чистякова. – М., 1984. – Т. 1.

169. Российское законодательство X – XX веков / Под общ. ред. О.И. Чистякова. – М., 1985. – Т. 2.

170. Российское законодательство X – XX веков / Под общ. ред. О.И. Чистякова. – М., 1985. – Т. 3.

171. Российское законодательство X – XX веков / Под общ. ред. О.И. Чистякова. – М., 1986. – Т. 4.

172. Рясенцев, В.А. Семейное право / В.А. Рясенцев. – М., 1967.

173. Санфилипо, Ч. Курс римского частного права / Ч. Санфилипо. – М., 2000.

174. Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР по гражданским делам. – М., 1995.

175. Свердлов, Г.М. Брак и развод / Г.М. Свердлов. – М., 1949.

176. Свердлов, Г.М. Советское семейное право / Г.М. Свердлов. – М., 1958.
177. Семейный кодекс на НРБ. – София, 1985.
178. Семейный кодекс на РБ. – София, 1993.
179. Семейное право зарубежных европейских социалистических стран / Под ред. В.П. Грибанова и А.М. Беяковой. – М., 1979.
180. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В.В. Залесского. – М., 2004.
181. Семейный и опекунский кодекс ПНР. – М., 1967.
182. Семенов, Ю.И. Происхождение брака и семьи / Ю.И. Семенов. – М., 1974.
183. Собрание законодательства СССР. – 1936. – № 34.
184. Сивохина, С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции: дис. ... канд. юрид. наук / С.В. Сивохина. – Самара, 2006.
185. Синайский, В.И. Русское гражданское право / В.И. Синайский. – М., 2002.
186. Слепакова, А.В. Фактические брачные отношения и право собственности / А.В. Слепакова // Законодательство. – 2001. – № 10.
187. Смолина, Л.А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л.А. Смолина. Казань, 2006.
188. Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. – М., 1982.
189. Социология / Под ред. В.Н. Лавриненко. – М., 1998.
190. Суворов, Н. Учебник церковного права / Н. Суворов. – М., 1908.
191. Суворов, Н. Учебник церковного права. Т. 2 / Н. Суворов. – Ярославль, 1890.
192. Суворов, Н.С. Гражданский брак / Н.С. Суворов // Юридическая библиотека. – 1896. – № 11.
193. Суворов, Н.С. Учебник церковного права / Н.С. Суворов. – М., 2004. (По изданию 1908 г.)
194. Судебная практика Верховного Суда СССР. – 1949. – № 11.

195. Сулейманова, С.А. Правоспособность граждан (физических лиц) по российскому гражданскому праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С.А. Сулейманова. – М., 2002.

196. Суханов, Е.А. О видах сделок в германском и российском гражданском праве / Е.А. Суханов // Вестник гражданского права. – 2006. – № 2, т. 6.

197. Таль, Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование / Л.С. Таль. – Ч. 1. – Ярославль, 1913.

198. Тарбагаева, Е.Б. Юридические предположения в гражданском процессе (исковое производство): автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е.Б. Тарбагаева. Л., 1983.

199. Тарусина, Н.Н. Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов. Критический взгляд на советское семейное и гражданско-процессуальное законодательство / Н.Н. Тарусина // Годишник на Софийския университет «Св. Климент Охридски». Юридически ф-т. Кн. 3. Т. 80/81. – София, 1990.

200. Тарусина, Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса / Н.Н. Тарусина – М., 2001.

201. Тарусина, Н.Н. Защита семейных прав / Н.Н. Тарусина. – Ярославль 1985.

202. Тарусина, Н.Н. Конфликт и конфликтность – понятия юрисдикционного процесса / Н.Н. Тарусина // Проблемы понятийного аппарата наук гражданского и гражданского процессуального права. – Ярославль, 1987.

203. Тарусина, Н.Н. О мировых соглашениях по семейным делам / Н.Н. Тарусина // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. – Вып. 6. – Ярославль, 2005.

204. Тарусина, Н.Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях // Правоведение / Н.Н. Тарусина. – 1983. – № 2.

205. Тарусина, Н.Н. Семейное право / Н.Н. Тарусина. – М., 2001.

206. Тарусина, Н.Н. Спор о праве семейном в советском гражданском процессе: дис. ... канд. юрид. наук / Н.Н. Тарусина. – Л., 1983.

207. Тарусина, Н.Н. Очерки теории российского семейного права / Н.Н. Тарусина. – Ярославль, 1999.

208. Тархов, В.А. Гражданское право. Общая часть / В.А. Тархов. – Уфа, 1998.
209. Тихиня, В.Г. Комментарий к Кодексу Республики Беларусь о браке и семье / Под ред. В.Г. Тихиня, В.Г. Голованова. – Минск, 2000.
210. Тихомиров, Ю.А. Договор как регулятор общественных отношений / Ю.А. Тихомиров // Правоведение. – 1990. – № 5.
211. Толстая, А.Д. Фактический брак: перспективы правового развития / А.Д. Толстая // Закон. – 2005. – № 10.
212. Толстой, Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство / Ю.К. Толстой // Правоведение. – 1998. – № 2.
213. Толстой, Ю.К. О теоретических основах кодификации гражданского законодательства / Ю.К. Толстой // Правоведение. – 1957. – № 1.
214. Тютрюмов, И.М. Гражданское право / И.М. Тютрюмов. – Юрьев, 1922.
215. Унгер, И. Брак в его всемирно-историческом развитии / И.Унгер. – СПб., 1885.
216. Фархтдинов, Я.Ф. Судебное рассмотрение дел о расторжении брака / Я.Ф. Фархтдинов. – Казань, 1978.
217. Франчози, Дж. Институционный курс римского права / Дж. Франчози. – М., 2004.
218. Хадерка, И. Вступление в брак. Правовые аспекты / И.Хадерка. – М., 1980.
219. Хазова, О.А. Брак и развод в буржуазном семейном праве. Сравнительно-правовой анализ / О.А. Хазова. – М., 1988.
220. Харчев, А.Г. Брак и семья в СССР / А.Г. Харчев. – М., 1979.
221. Хасбулатова, О.А. Российская гендерная политика в XX столетии: мифы и реалии / О.А. Хасбулатова. – Иваново, 2005.
222. Цатурова, М.К. Русское семейное право XVI – XVIII вв. / М.К. Цатурова. – М., 1991.
223. Черданцев, А.Ф. Толкование права и договора / А.Ф. Черданцев. – М., 2003.
224. Чечина, Н.А. Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права / Н.А. Чечина // Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб., 2004.
225. Чечот, Д.М. Брак, семья, закон / Д.М. Чечот. – Л., 1984.

226. Чечот, Д.М. Социология брака и развода / Д.М. Чечот. – Л., 1973.

227. Чиквашвили, Ш.Д. Спорные проблемы семейного законодательства / Ш.Д. Чиквашвили // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. – М., 2005.

228. Чичерова, Л.Е. Ответственность в семейном праве: вопросы теории и практики: автореф. ... дис. канд. юрид. наук / Л.Е. Чичерова. – Краснодар, 2004.

229. Шахматов, В.П. Законодательство о браке и семье / В.П. Шахматов. – Томск, 1981.

230. Шахматов, В.П. Новое законодательство о браке и семье. Ч. 1 / В.П. Шахматов. – Томск, 1969.

231. Шахматов, В.П. Новый кодекс о браке и семье РСФСР / В.П. Шахматов, Б.Л. Хаскельберг. – Томск, 1970.

232. Шершеневич, Г.Ф. Учебник русского гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. – Казань, 1905.

233. Шишигина, Н. Условия и последствия признания брака недействительным / Н. Шишигина // Советская юстиция. – 1975. – № 14. – С. 19–20.

234. Юркевич, Н.Г. Брак и его правовое регулирование: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Н.Г. Юркевич. – М., 1967.

235. Юркевич, Н.Г. Заключение брака по советскому праву / Н.Г. Юркевич. – Минск, 1965.

236. Юркевич Н.Г. Некоторые вопросы развода в свете социологии / Н.Г. Юркевич // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. – Саратов, 1969.

237. Юркевич Н.Г. Советская семья / Н.Г. Юркевич. – Минск, 1970.

Рекомендуемая тематика курсовых работ

1. Правовые основы брака у древних славян.
2. Брачное право XII – XVII вв.
3. Семейное право и «Домострой».
4. Брачное право: реформы Петра I.
5. Гражданский брак. История вопроса.
6. Брачное право при российских императрицах.
7. Дефиниция брака в законе: анализ дискуссии.
8. Брак – семейно-правовой договор.
9. Брак – таинство.
10. Брак – институт особого рода.
11. Брак – гражданско-правовая сделка. Критика концепции.
12. Проблемы гендерного равенства в браке (XXI в.).
13. Брачное правоотношение: понятие и место в системе семейных правоотношений.
14. Брачный возраст: история и современная постановка вопроса.
15. Заключение брака: медицинские аспекты.
16. Брачные запреты.
17. Фиктивный брак.
18. Брак и семья. Правовой аспект.
19. Брак – союз мужчины и женщины.
20. Заключение брака: пороки воли.
21. Принципы брачной моногамии: история и современность.
22. Брак и брачный договор.
23. Вина в брачном праве: история вопроса, зарубежные версии, российское законодательство.
24. Расторжение брака. История вопроса (X – начало XX в.).
25. Расторжение брака. Законодательство XX в.
26. Административная концепция развода.
27. Развод по взаимному согласию: зарубежные версии и российское законодательство.

28. Спорный и «бесспорный» развод: сравнительная характеристика.

29. Проблемы применения ст. 23 и 24 СК РФ.

30. Проблемы совершенствования действующего законодательства о разводе.

31. Основания расторжения брака: история вопроса, зарубежные версии, российское законодательство.

32. Защита интересов ребенка при расторжении брака родителей.

33. Судебное решение о расторжении брака и момент прекращения брака. История вопроса и действующее законодательство.

Рекомендуемая тематика выпускных квалификационных работ

1. Православие и брак. Исторический контекст.
2. Семейно-правовое положение российской женщины в X – XVII вв.
3. Семейно-правовое положение российской женщины в XVIII – XIX вв.
4. Проблемы гендерного равенства в браке и семье (X – XVIII вв.).
5. Проблемы гендерного равенства в браке и семье (XIX – XX вв.).
6. Фактический брак: понятие, исторические формы, современное состояние проблемы.
7. Процедура заключения брака: история вопроса.
8. Брак: разграничение правового регулирования между светским и церковным законодательством (X – начало XX в.).
9. Брак: понятие и условия действительности по российскому законодательству.
10. Цивилистические концепции сущности брака.
11. Брак: взаимодействие семейного и гражданского права.
12. Недействительность брака: история вопроса и современность.
13. Брак и партнерства: зарубежные и российская позиции.
14. Фиктивность в брачно-правовой сфере.
15. Расторжение брака. История вопроса (X – XX вв.).
16. Взаимодействие частных и публичных начал в брачном праве.
17. Современные концепции бракоразводного законодательства.
18. Защита интересов семьи в бракоразводном процессе.
19. Нравственность и брачный закон.
20. Брак и современные религиозные конфессии России.
21. Перспективы развития российского брачного законодательства.

Учебное издание

Тарусина Надежда Николаевна

Брак по российскому семейному праву

Учебное пособие

Редактор, корректор В.Н. Чулкова
Компьютерная верстка И.Н. Ивановой

Подписано в печать 19.09.2007. Формат 60х84/16. Бумага тип.
Усл. печ. л. 14,88. Уч.-изд. л. 12,1. Тираж 200 экз. Заказ

Оригинал-макет подготовлен
в редакционно-издательском отделе ЯрГУ.

Ярославский государственный университет
150000 Ярославль, ул. Советская, 14

Отпечатано
ООО «Ремдер» ЛР ИД № 06151 от 26.10.2001.
г. Ярославль, пр. Октября, 94, оф. 37
тел. (4852) 73-35-03, 58-03-48, факс 58-03-49.

