

Министерство образования и науки Российской Федерации
Ярославский государственный университет
им. П.Г. Демидова
Кафедра социального и семейного законодательства

Н.Н. Тарусина
Е.А. Исаева
О.Г. Миролубова
О.И. Сочнева

Ребенок как субъект права:
актуальные цивилистические аспекты

Ярославль 2013

УДК 347.61/.64
ББК X 629.2+X624
Т 22

Рецензенты:

доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ **Туманова** Лидия Владимировна,
доктор юридических наук, профессор **Ильина** Ольга Юрьевна

Издание подготовлено при поддержке гранта РГНФ
№ 12-03-00521-а «Ребенок в пространстве права:
цивилистический аспект».

**Тарусина Н.Н., Исаева Е.А., Миролюбова О.Г.,
Т22 Сочнева О.И.** Ребенок как субъект права: актуальные
цивилистические аспекты: монография / ЯрГУ. Яро-
славль, 2013. 152 с.
ISBN 978-5-8397-0924-9

В книге исследуются вопросы детского права как комплексной отрасли законодательства, семейная и гражданско-процессуальная правосубъектность ребенка, семейно-правовой статус, а также обобщается зарубежное законодательство и практика о статусе однополых родителей (преимущественно на примере Великобритании и США).

Издание адресовано ученым и практикующим юристам, а также аспирантам и студентам, обучающимся по программам аспирантуры, магистратуры, специалитета и бакалавриата направления «Юриспруденция».

Работа издана в авторской редакции.

УДК 347.61/.64
ББК X 629.2+X624

ISBN 978-5-8397-0924-9

© Ярославский государственный
университет им. П.Г. Демидова, 2013
© Тарусина Н.Н., Исаева Е.А.,
Миролюбова О.Г., Сочнева О.И., 2013

Оглавление

1. О «детском праве» как комплексном нормативно-правовом блоке социального законодательства (О.И. Сочнева) 5
2. Ребенок: понятие, семейная правосубъектность (Н.Н. Тарусина). 40
3. О субъективных семейных правах и обязанностях ребенка (Н.Н. Тарусина) 60
4. О гражданско-процессуальной правосубъектности ребенка (Н.Н. Тарусина) 95
5. Ребенок: жилищные права и интересы (О.Г. Миролубова).....103
6. Правовой статус однополного союза: деградация института семьи или закрепление современных тенденций развития «западного» общества (Е.А. Исаева).122

1. О «детском праве» как комплексном нормативно-правовом блоке социального законодательства

Естественной, существующей на уровне природных инстинктов потребностью любого живого существа является забота о своем потомстве, поскольку именно наличие многочисленного и сильного потомства обеспечивает продолжение рода и сохранение в животном царстве той ниши, которая была завоевана в процессе эволюционного развития. А в человеческом обществе именно через детей «наследуется многовековой исторический опыт»¹.

В современных политических и социально-экономических условиях существования человеческого общества эта потребность находится далеко за пределами инстинкта самосохранения и образует сложное сочетание *интереса родителей* в любви и заботе о собственном «чаде», стремлении «дать ему самое лучшее», подготовить к самостоятельной жизни – с одной стороны, с другой – *интереса государства* в формировании у ребенка необходимых гражданских качеств². Правовое регулирование охраны прав и интересов ребенка является объективной потребностью любого гражданского общества и государства, а

¹ Нечаева А.М. Семейное право. М., 2010. С. 135.

² В нормативном варианте данные интересы нашли свое закрепление в преамбуле Конвенции ООН о правах ребенка от 20.11.1989 г. (Справочно-правовая система «Консультант Плюс») и в п. 1 и п.3 ст. 1 СК РФ как основные начала семейного законодательства РФ: построение семьи на чувствах любви, уважения, приоритет семейного воспитания детей, заботы об их благосостоянии и развитии, обеспечение приоритетной защиты их прав и интересов (по тексту Конвенции – необходимость обеспечения ребенку семейного окружения, атмосферы счастья, любви и понимания, специальной охраны и заботы как до, так и после рождения). Подробнее об этом см., например: Нечаева А.М. Защита интересов ребенка: семейно-правовые предпосылки // Государство и право. 2010, №6. С. 77–78; Шерстнева Н.С. Принципы семейного права. М., 2004. С. 32–43.

развитие межгосударственного сотрудничества, миграционных процессов, заключение межнациональных (интернациональных) браков, формирование системы международного усыновления «выводит» права и интересы ребенка за пределы государственных границ.

Закономерным результатом гуманизационных процессов (признание свободы личности, ее естественных прав, необходимости защиты наиболее уязвимых слоев общества) в международном праве стало принятие в 20-м веке ряда документов, посвященных как общей регламентации прав человека, так и специальных, направленных на обеспечение и защиту прав и интересов ребенка³. Следствием принятия этих актов стало не только признание ребенка равноправным субъектом общественных отношений, но и наделение его комплексом только ему присущих прав, обеспеченных особыми специфическими правовыми гарантиями и механизмами их защиты, что позволяет говорить о формировании в международном гуманитарном праве особой подотрасли – детского права⁴. К числу основных системных действующих источников международно-правового характера в сфере охраны и защиты прав и интересов детей следует отнести принятые на уровне ООН: Всеобщую декларацию прав человека от 10 декабря 1948 года, по смыслу которой статус ребенка интегрирован в общеправовой статус человека⁵,

³ Подробнее о системе международно-правовых актов, посвященных вопросам правового статуса ребенка см., напр.: Король И.Г. Личные неимущественные права ребенка по семейному законодательству Российской Федерации. М., 2010. С. 29–30, 34–35; Нечаева А.М. Семейное право. М., 2010. С. 146–154; Темникова Н.А. Защита личных прав ребенка по семейному законодательству России. Омск, 2010. С. 5–21; Титова Т.А. Конвенция о правах ребенка в системе общей регламентации прав человека: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2000. С. 11–16.

⁴ См.: Тарусина Н.Н. Семейное право: Учебное пособие. М., 2001. С. 112.

⁵ В соответствии с преамбулой Всеобщей декларации прав человека равные и неотъемлемые права признаются присущими *всем членам человеческой семьи*, а согласно ст. 2 *каждый человек* должен обладать всеми правами и свободами, провозглашенными Декларацией. По смыслу указанных положений ребенок как существо человеческое наделен закрепленными в Декларации правами и свободами, и прежде всего теми,

а также исключительно «детские – Декларацию прав ребенка от 20 ноября 1959 г. и Конвенцию о правах ребенка от 20 ноября 1989 г., которая по своему содержанию стала «своеобразным общим знаменателем»⁶ любого законодательства, где речь идет о правовом статусе несовершеннолетних. К указанным выше актам присоединилась и Российская Федерация.

Особое место среди указанных правовых актов должна занять Европейская конвенция об осуществлении прав детей от 25 января 1996 года⁷, которая содержит ряд прогрессивных положений, направленных на обеспечение «прав и высших интересов детей» в сфере осуществления правосудия путем предоставления соответствующих процессуальных прав и возможности их беспрепятственной реализации, в том числе в процессе судопроизводства по вопросам семейных отношений⁸. Следует отметить, что необходимость закрепления в российском гражданском процессуальном законодательстве комплекса норм, регламентирующих порядок реализации ребенком при рассмотрении судом дел, затрагивающих его права и интересы, своих процессуальных прав (быть проконсультированным, высказывать свое мнение и быть информированным о возможных последствиях его выражения, иметь независимого представителя, полностью или частично осуществлять правомочия стороны в судопроизводстве (ст. 3, 5, 6 названной Европейской конвенции) справедливо обосновывается в юридической литературе⁹

которые связаны с такими присущими с момента рождения благами как жизнь, здоровье, личная неприкосновенность, достоинство. Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 года) // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

⁶ Нечаева А.М. Семейное право. М., 2010. С. 154.

⁷ Европейская конвенция об осуществлении прав детей (Страсбург, 25.01.1996 г.) // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

⁸ Преамбула Европейской конвенции об осуществлении прав детей.

⁹ См., например: Батова О.С. Особенности процессуального положения несовершеннолетнего по делам, связанным с воспитанием детей / Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / Под ред. Л.Ф. Лесницкой, М.А. Рожковой. М., 2008 (Справочная правовая система «Консультант Плюс»); Сочнева О.И. О самостоятельной реализации несовершеннолетним права на судебную защиту семейных прав и охраняемых законом интересов // Проблемы защиты субъективных граждан-

на протяжении последних лет. Вместе с тем к Европейской конвенции Российская Федерация присоединилась 10 мая 2001 года, однако до настоящего времени не признала для себя ее положения обязательными, несмотря на соответствующее указание Президента РФ о необходимости ее ратификации, обозначенное в Распоряжении № 91-рп от 22.02.2001 г. «О подписании Европейской конвенции об осуществлении прав детей»¹⁰.

В силу правил ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы¹¹. В частности, в ст. 17, 38, 43 и 45, Конституции РФ продекларированы признание и защита государством прав и свобод человека, а следовательно, и ребенка в соответствии с требованиями международных актов. В свою очередь, судебная защита прав и свобод, защита материнства, детства и семьи со стороны государства, забота о детях и их воспитание,

ских прав: сб. науч. тр. Ярославль: ЯрГУ, 2009. Вып. 10. С. 44–47; Туманова Л.В. Некоторые проблемы гражданского судопроизводства с участием несовершеннолетних // Тенденции развития гражданского процессуального права в России: сб. науч. статей. СПб, 2008. С. 97.

¹⁰ Распоряжение Президента РФ «О подписании Европейской конвенции об осуществлении прав детей // Собрание законодательства РФ. 22.02.2001. №9. Ст. 850.

¹¹ Несмотря на закрепление в ст. 15 Конституции РФ принципа приоритета общепризнанных норм и принципов международного права и международных договоров РФ над нормами национального законодательства, вопрос об отнесении форм международного права к числу источников отдельных отраслей права российского остается не урегулированным. Так, например, акты международного права в ст. 3 СК РФ не указаны среди источников семейного законодательства, а ст. 3 Федерального закона №124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ» не указывает их среди актов, составляющих законодательство РФ об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации. Однако этот вопрос, на наш взгляд, должен решаться не иначе, как положительно, поскольку по смыслу ст.15 Конституции РФ и ст. 3 Федерального конституционного закона №1-ФКЗ от 31.12.1996 г. «О судебной системе» и разъяснений п. 5 Постановления пленума Верховного Суда РФ №8 от 31.10.1990 года ратифицированные РФ международные договоры должны применяться национальными судами при рассмотрении дел, затрагивающих интересы детей, а также связанных с защитой прав ребенка.

обязательность основного общего образования обозначены в качестве конституционных прав и обязанностей родителей. В целях реализации указанных выше положений Конституции РФ и требований международных правовых актов в 1998 году принят Федеральный закон «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ» от 03 июля 1998 года №124-ФЗ¹². В Семейном кодексе РФ появилась принципиально новая для структуры основного «семейного» акта глава «Права несовершеннолетних детей», благодаря которой ребенок, чьи права до этого регулировались через призму прав и обязанностей родителей, из объекта родительской заботы превратился в автономного субъекта семейных правоотношений. «Ее текст – результат кропотливого анализа реального и желательного правового положения ребенка в семье, которое до сих пор не имело самостоятельной законодательной основы»¹³.

Кроме того, отдельным вопросам обеспечения надлежащего воспитания, гармоничного развития детей, защиты их прав и интересов в РФ посвящены специальные федеральные законы: «Об опеке и попечительстве» №48-ФЗ от 11.04.2008 г.¹⁴, «О государственном банке данных детей, оставшихся без попечения родителей» №44-ФЗ от 15.03.2001 г.¹⁵, «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» № 1230-ФЗ от 24.06.1998 г.¹⁶, «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» №436-ФЗ от 21.12.2010 г.¹⁷, Федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации» № 273-ФЗ от 29.12.2012 г.¹⁸), а также соответствующие федеральные и региональные подзаконные нормативные акты. Нормы об особом статусе несовершеннолетних по сравнению с другими участниками правоот-

¹² Собрание законодательства РФ. 1998. №31. Ст. 3802.

¹³ Нечаева А.М. Россия и ее дети (ребенок, закон, государство). М., 2000. С. 221.

¹⁴ Собрание законодательства РФ. 28.04.2008. № 17. Ст. 1755.

¹⁵ Собрание законодательства РФ. 23.04.2001. № 17. Ст. 1643.

¹⁶ Собрание законодательства РФ. 28.06.1999. № 26. Ст. 3177.

¹⁷ Собрание законодательства РФ. 03.01.2011. № 1. Ст. 48.

¹⁸ Собрание законодательства РФ. 31.12.2012. № 532 (ч. 1). Ст. 7598.

ношений содержатся в кодифицированных отраслевых нормативных актах (Гражданском, Трудовом, Уголовном, Уголовно-процессуальном кодексах), среди которых особая роль в обеспечении прав и интересов ребенка принадлежит, безусловно, Семейному кодексу РФ.

Существование значительного количества разноотраслевых нормативных документов, гарантирующих обеспечение прав и законных интересов ребенка в России, свидетельствует с одной стороны о признании несовершеннолетнего субъектом разнообразных по своей правовой природе правоотношений, с другой – вызывают необходимость определенного теоретического, нормативного и правоприменительного обобщения вопросов, связанных со статусом ребенка в Российской Федерации.

Важной вехой в развитии «детского» законодательства и яркой иллюстрацией перехода государства к комплексному пониманию и поиску решений актуальных проблем в сфере детства стало появление в 2012 году Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы¹⁹, направления реализации которой затрагивают многие значимые для любого ребенка социальные институты и ценности и, по сути, представляют собой обозначение основных направлений государственной политики в отношении детей: семейная политика детствосбережения; доступность качественного обучения и воспитания; культурное развитие и информационная безопасность детей; здравоохранение, дружественное к детям, и здоровый образ жизни; равные возможности для детей, нуждающихся в особой заботе государства; создание системы защиты и обеспечения прав и интересов детей и дружественного к ребенку правосудия²⁰. Совершенно очевидно, что вопросы взаимодействия Национальной стратегии с законодательством различ-

¹⁹ Национальная стратегия действий в интересах детей на 2012–2017 годы. Указ Президента РФ № 761 от 01.06.2012 г. (Раздел VI ч. 3 «Меры, направленные на реформирование законодательства в части, касающейся защиты прав и интересов детей») // Собрание законодательства РФ. 04.06.2012. №23. Ст. 2994.

²⁰ Введение к Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы.

ных отраслей, прямо или косвенно влияющих на права и интересы ребенка, появление региональных «версий» данного документа²¹ требуют как теоретического осмысления, так и создания действенных механизмов для практической реализации.

Дополнительным аргументом в пользу особого внимания государства к проблемам повышения эффективности защиты прав и интересов детей в РФ стало появление в 2009 году в структуре органов государственной власти, как на федеральном²², так и на региональном²³ уровнях нового института – Уполномоченного по правам ребенка, статус которого, о чем свидетельствует судебная практика²⁴, нуждается в более детальной регламентации. В частности, среди достаточно широкого круга полномочий (запрашивать и получать в установленном порядке необходимые сведения, документы от органов государственной власти, беспрепятственно посещать указанные органы, проводить самостоятельно или совместно с уполномоченными государственными органами и должностными лицами проверку деятельности федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, а также должностных лиц, получать от них соответствующие разъяснения; направлять государственным органам и должностным лицам, в решениях или действиях (бездействии) которых он усматривает нарушение прав и интересов ребенка, свое заключение, содержащее рекомендации относительно возможных и необходимых мер восстановления указанных прав и интересов), которым наделяется Уполномоченный по правам ре-

²¹ Напр.: Постановление Правительства Ярославской области «Об утверждении Стратегии действий в интересах детей Ярославской области на 2012–2017 годы» // Документ-регион. 09.10.2102. № 83.

²² Указ Президента РФ «Об уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка» // Собрание законодательства РФ. 07.09.2009. № 36. Ст. 4312.

²³ Закон Ярославской области № 55-з от 28 декабря 2012 года «Об Уполномоченном по правам ребенка в Ярославской области» // Документ-регион. 29.12.2010. № 103-а.

²⁴ Подробнее об этом см., например: Комментарий к судебной практике по семейным спорам / отв. ред. Ю.Ф. Беспалов. М., 2011. С. 21–22.

бенка, отсутствует одно из основополагающих, на наш взгляд, прав (в контексте целей создания данного института) – право на обращение в суд с иском в защиту прав и интересов ребенка.

Наряду с совершенствованием законодательства в сфере детства, развитие современной юридической науки также позволяет со всей определенностью говорить об интенсивном формировании обособленного научного направления юриспруденции, необходимость разработки которого неоднократно обосновывалась в юридической литературе²⁵. Свидетельством тому является большое количество публикаций, диссертаций и монографических исследований «детской» тематики, посвященных как общетеоретическому обоснованию статуса ребенка, так и анализу отдельных его прав с позиций различных отраслей российского права²⁶.

Анализируя вопросы в сфере общего правового статуса ребенка, нельзя не отметить непоследовательность законодателя при определении содержания понятия «ребенок» в российском национальном законодательстве. В соответствии с п. 1 ст. 54 СК РФ и ст. 1 Федерального закона «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ» дефиниция «ребенок» раскрывается как «лицо, не достигшее возраста 18 лет (совершеннолетние)». Однако данное определение нельзя признать удачным, поскольку оно, во-первых, не отражает очевидных исключений из общего правила о приобретении несовершеннолетним полной дееспособности в гражданском праве: вступления в брак до 18 лет (п. 2 ст. 13 СК РФ, п. 2 ст. 21 ГК РФ) и эмансипации (ст. 27 ГК РФ), во-вторых, находится в противоречии с п. 2 ст. 61 СК РФ, определяющей момент прекращения родительских обязанностей не только совершеннолетием, но и приобретением полной дееспособности вступлением в брак и в других установленных законом случаях, а также, в-третьих, не соответствует требованиям международных правовых актов. В частности, Конвенция о правах ребенка от 20 ноября 1989 года определяет данную

²⁵ См. об этом: Нечаева А.М. Семейное право: актуальные вопросы теории и практики. М., 2007. С. 136–137; Тарусина Н.Н. Семейное право. Учебное пособие. М., 2001. С. 112.

²⁶ Подробнее об этом см.: Нечаева А.М. Там же. С. 137–147.

дефиницию точнее: «ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку он не достигает совершеннолетия ранее» (ст. 1 Конвенции). В этой связи положения ст. 54 СК РФ и ст. 1 Федерального закона «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ», безусловно, нуждаются в уточнении. В свете сказанного выше нельзя не отметить более «чуткий» с точки зрения уровня юридической техники, учитывающий существующие отраслевые конструкции дееспособности подход регионального законодателя (в сравнении с федеральным) к определению понятия «ребенок» на примере Ярославской области. В частности, закон Ярославской области «О гарантиях прав ребенка в Ярославской области» во втором своем «рождении»²⁷ понимает под ребенком лицо, «не достигшее возраста 18 лет (совершеннолетия), за исключением лиц, вступивших в брак или эмансипированных до достижения совершеннолетия в соответствии с Семейным кодексом Российской Федерации и Гражданским кодексом Российской Федерации» (ч. 2 ст. 1 Закона).

Одним из результатов научных изысканий в области охраны и защиты прав и интересов детей стало появление в «научном пространстве» понятия «детское право», определяемого как комплексная подотрасль российского законодательства (социального законодательства в широком смысле²⁸), включающая себя нормы различной отраслевой принадлежности и регулирующие отношения, действующим лицом которых является ре-

²⁷ Закон Ярославской области «О гарантиях прав ребенка в Ярославской области» № 50-з от 29 сентября 2009 года с 1 января 2010 года «пришел на смену» Закону Ярославской области от 05 мая 1999 года №6-з «Об основных гарантиях прав ребенка в Ярославской области», который по своему содержанию в значительной мере копировал положения одноименного федерального закона, в том числе и в части понятийного аппарата, определяя понятие «ребенок» аналогично федеральному закону.

²⁸ См.: Тарусина Н.Н. Семейное право и семейное законодательство: экспертиза на соответствие занимаемой должности социального служения // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 1. / Под ред. Н.Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2011. С. 56–57.

бенек²⁹. Отмечая многообразие сфер отношений, в которых участвует ребенок, а также зависимость содержания правового статуса ребенка от отраслевой принадлежности норм, регулирующих те или иные права ребенка, Н.В. Летова выделяет **общий** (в рамках общего правового статуса гражданина), **специальный** (в том числе отраслевой) и **индивидуальный** (отражающий положение конкретного субъекта в определенный период времени) статусы ребенка³⁰. Общий правовой статус ребенка рассматривается как межотраслевая категория, применяемая в различных отраслях права, поскольку «объединяет в своем содержании одинаковые для всех категорий детей права и обязанности»³¹ и этом смысле он, по мнению Н.Н. Тарусиной, отражает возможности любого ребенка в рамках такой (пока несуществующей отрасли) законодательства, как «детское право»³².

²⁹ Тарусина Н.Н. Семейное право. Учебное пособие. М., 2001. С. 112; Она же. Семейное право: очерки из классики и модерна. Ярославль. 2009. С. 281, а также см. об этом: Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 64; Наряду с понятием «детское право» в литературе также встречается и термин «ювенальное право», однако их различие в этих случаях, на наш взгляд, носит чисто терминологический характер, поскольку с содержательной стороны оба они определяются как комплексная (смешанная) подотрасль (отрасль) российского права, регулирующая отношения с участием ребенка (несовершеннолетнего). Подробнее об этом см., например: Борисова Н.Е. Конституционные основы правового положения несовершеннолетнего в Российской Федерации (проблемы теории и практики): Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 40 (Приводится по: Нечаева А.М. Семейное право: актуальные вопросы теории и практики. М., 2007. С. 137); Звенигородская Н.Ф. Ювенальная юстиция и ее роль в защите прав детей в семейно-правовой сфере // Вопросы ювенальной юстиции. 2009. №3 (Справочная правовая система «Консультант Плюс»).

³⁰ Летова Н.В. Правовой статус несовершеннолетних: понятие и виды // Труды института государства и права РАН. 2008. № 2. С. 63,73; Она же. Правовой статус ребенка // Государство и право. 2010. № 11. С. 77, 80.

³¹ Она же. Правовой статус ребенка // Государство и право. 2010. №11. С. 80.

³² Тарусина Н.Н. Семейное право: очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. С. 281.

Наряду с этим в целях дальнейшей систематизации личных неимущественных прав ребенка Н.А. Темниковой с учетом классификаций, разработанных М.Н. Малеиной и Ю.Ф. Беспаловым, предлагается выделять: 1) права, обеспечивающие автономию личности ребенка (право на жизнь, здоровье; гражданство, имя семейные связи; неприкосновенность личной, семейной жизни; на уважение чести и достоинства); 2) права, обеспечивающие социализацию ребенка (право жить и воспитываться в семье; на образование, приобщение к культуре, языку, религии своего народа); 3) права, обеспечивающие реализацию личности ребенка во внешнем мире – экстернализацию (право на свободу ассоциаций, доступ к информации, на отдых, досуг и т.п.); 4) права, обеспечивающие защиту (внутри и вне семьи; на представительство его интересов; на государственную помощь в данном вопросе)³³. Нетрудно заметить, что обобщаемые в рамках каждой классификационной группы личные права ребенка имеют разную отраслевую принадлежность, при этом авторами совершенно справедливо подчеркивается общность присущих им признаков: связанность их возникновения с событием (рождением), исключительно срочный характер (прекращение с приобретением полной дееспособности), специфичность задач их законодательного закрепления (обеспечение нормального развития и социализации ребенка), наличие высокой степени публичного интереса³⁴.

Представления о ребенке как о субъекте, наделенном специфическими субъективными правами, охраняемыми законом интересам и обязанностями исторически формировались главным образом в рамках семейного права, поскольку семья – это первый социальный институт, участником которого в большинстве случаев ребенок становится с момента своего рождения, а соответственно, нуждается как в любви и заботе со стороны своих родителей, так и в защите со стороны государства от злоупотреблений с их стороны родительскими правами и обязан-

³³ См.: Темникова Н.А. Реализация и защита личных неимущественных прав ребенка в семейном праве России: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. Екатеринбург, 2006. С. 13–14.

³⁴ См.: Там же. С. 12–13.

ностями. На сегодняшний день Семейный кодекс РФ является нормативно-правовым актом, в котором наиболее полно воплощены положения Конвенция о правах ребенка от 20 ноября 1989 года. Прежде всего, требования ст. 3 Конвенции о первоочередном внимании наилучшему обеспечению интересов ребенка нашли свое отражение и развитие в основных началах семейного законодательства. Согласно ст. 1 СК РФ семейное законодательство строится на основе принципов приоритета семейного воспитания детей, заботы об их благосостоянии и развитии, обеспечения приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних, возможности судебной защиты семейных прав. Следует отметить, что в других отраслях права, субъектами правоотношений в которых также являются дети, подобные ведущие положения отсутствуют, что, полагаем, не лучшим образом сказывается на качестве защиты их прав и охраняемых законом интересов. В этой связи заслуживает внимания мнение Н.С. Шерстневой о том, что участие ребенка (как субъекта особого) в отношениях, опосредуемых иными отраслями, делает возможным распространение на эти отношения общих начал семейного законодательства в части охраны и защиты прав и интересов детей. «В этих случаях действие семейно-правового принципа **проникает** в иные отрасли, **преломляясь** через их нормы»³⁵. Однако такая абсолютизация отраслевой принадлежности принципа приоритета охраны и защиты прав ребенка представляется все же спорной. Эта идея, как мы уже отмечали, принадлежит международному праву, конституционному праву и уже затем – институтам различного отраслевого законодательства и прежде всего, конечно, законодательства семейного.

Глава 11 Семейного кодекса РФ определяет правовой статус ребенка через предоставление ему комплекса личных и имущественных прав. Однако закрепление в законе в качестве объекта семейно-правовой защиты наряду с правами ребенка такой категории как его интерес, «выводит» характеристику семейно-правового статуса ребенка за пределы главы 11 СК РФ: положения о правах ребенка должны рассматриваться не иначе как в тесной взаимосвязи с теми дополнительными гарантиями

³⁵ Шерстнева Н.С. Указ соч. С. 36.

(в частности, ст. 24, п. 5 ст. 38, ст. 39 СК РФ), которые семейный закон предоставляет ребенку, как наименее защищенному субъекту семейных правоотношений. Кроме того, системный анализ семейного и иного отраслевого законодательства, содержащего нормы, определяющие общий правовой статус ребенка, позволяет сделать вывод о том, что с одной стороны, реализация ребенком отдельных семейных прав возможна не иначе как с применением наряду с нормами СК РФ норм иной отраслевой принадлежности, с другой – осуществление им своих прав в иных отраслях невозможно без использования понятийного аппарата, а зачастую и механизмов защиты, закрепленных в СК РФ.

Одним из основных прав ребенка является закрепленное в п. 2 ст. 54 СК РФ **право жить и воспитываться в семье**. В литературе оно раскрывается как включающее в себя ряд правомочий: право знать своих родителей, право на их заботу, совместное с ними проживание, обеспечение его интересов, всестороннее развитие, уважение его достоинства. Исключения составляют ситуации сиротства, раздельного проживания родителей, лишения или ограничения родительских прав. В этих случаях с помощью иных форм попечения с учетом закрепленного в ст. 1 СК РФ принципа приоритета семейного воспитания происходит компенсация отсутствия родительской заботы.

В ст. 7 Конвенции о правах ребенка признано право ребенка, насколько это возможно, знать своих родителей. Следует отметить, что в российском семейном законодательстве *правомочие ребенка знать своих родителей* ограничивается тайной усыновления (ст. 39 СК РФ) и тайной донорства при применении вспомогательных репродуктивных технологий (по смыслу положений ст. 13 и 55 Федерального закона № 323-ФЗ от 21.11.2011 г. «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»³⁶). Наряду с этим современное российское законодательство, регулирующие вопросы суррогатного материнства, не гарантирует биологическим родителям передачу ребенка (оставляя решение о записи их родителями на усмотрение суррогатной матери – ч. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ), что не только

³⁶ Собрание законодательства РФ. 28.11.2011. № 48. Ст. 6724.

не соответствует социальной направленности данной правовой конструкции (помощь бездетной паре в «рождении» генетически своего ребенка), но и создает предпосылки для нарушения права ребенка знать своих генетических родителей, которые желали его рождения, готовы были принять в семью, и воспитывать. В этой связи, на наш взгляд, нельзя не согласиться с мнением тех авторов, которые считают, что такое положение нужно менять, предоставив приоритет в этом вопросе родителям-заказчикам³⁷. Примеры именно такого решения проблемы родительства при суррогатном материнстве имеются в законодательстве ряда государств постсоветского пространства (Украины, Республики Беларусь, Республики Армении, Кыргызской Республики³⁸).

Однако вполне возможна и иная ситуация, когда именно генетические родители по разным причинам отказываются от фиксации своего родительства при согласии на это суррогатной матери. Отсутствие в законе правил, предусматривающих фиксацию родительства в данном случае, также создает благодатную почву для нарушения прав и интересов ребенка (в личной сфере как минимум – невозможность приобретения ребенком «родовой» фамилии, знать своих родственников и общаться с ними, а в имущественной – невозможность получения содержания от генетических родителей, наследования их имущества). По этому поводу Г.Б. Романовский справедливо отмечает: «Настораживает то, что ребенок при таком умолчании законодательства будет не просто не востребовавшимся, а лишним»³⁹.

Следует заметить, что проблема невозможности получения информации о генетическом происхождении ребенка помимо социального и нравственного аспектов, имеет также весьма важное значение для такой сферы как медицинские права ребенка. Согласно медицинским исследованиям целый ряд болез-

³⁷ См., например: Михайлова И.А. Некоторые направления дальнейшего совершенствования российского семейного законодательства // Российская юстиция. 2009. № 12. С. 23.

³⁸ Подробнее об этом см., например: Романовский Г.Б. Правовое регулирование вспомогательных репродуктивных технологий (на примере суррогатного материнства). М., 2011. С. 212–213.

³⁹ Там же. С. 215.

ней имеет под собой генетическую основу, при этом часть из них проявляется только в процессе взросления ребенка, поэтому получение своевременной информации о наследственных заболеваниях ребенка позволило бы своевременно оказать ребенку квалифицированную медицинскую помощь и соответствующим образом скорректировать образ жизни. В этой связи наличие в законодательстве указанных выше запретов на получение информации о биологическом происхождении, на наш взгляд, создает предпосылки для нарушения закрепленного в ст. 41 Конституции РФ права на охрану здоровья и медицинскую помощь, а также находится в противоречии с принципом приоритета охраны здоровья детей (ст. 7 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»), обязанностью государства обеспечивать в максимально возможной степени выживание и здоровое развитие ребенка (п. 2 ст. 6 Конвенции о правах ребенка) и охраняемым законом интересом ребенка в получении соответствующей его возрасту и состоянию здоровья медицинской помощи.

Данные запреты продолжают действовать и по достижении ребенком совершеннолетия. Хотя, по мнению И.Г. Король, даже при современном состоянии законодательства для получения ребенком информации о своих родителях в рассматриваемых выше случаях нормативных препятствий не существует, поскольку ни в СК РФ, ни в ином законе ничего не говорится о тайне генетического (биологического) происхождения⁴⁰. Однако данная позиция представляется нам весьма спорной. Во-первых, отсутствие в законодательстве общего запрета в виде тайны биологического (генетического) происхождения не исключает возможности установления отдельных отраслевых запретов в виде тайны донорства и тайны усыновления. Во-вторых, с точки зрения медицины вспомогательные репродуктивные технологии (донорство и суррогатное материнство) представляют собой не что иное, как дополнительные (наряду с основным, «природным») способы *биологического воспроизводства* человека, а соответственно и тайна донорства в широком

⁴⁰ См.: Король И.Г. Личные неимущественные права ребенка по семейному законодательству Российской Федерации. М., 2010. С. 89.

смысле суть тайна биологического (генетического) происхождения.

Применительно к рассматриваемым выше случаям критерием ограничения права ребенка знать своих родителей должны выступать *интересы* самого ребенка, под которыми, на наш взгляд, следует понимать потребность в условиях для нормального физического и психического развития, надлежащих материально-бытовых условий. По этой причине мы разделяем позицию авторов, обосновывающих необходимость закрепления в законе возможности получения ребенком информации о своих родителях на основании решения суда (с учетом мотивированного заключения органов опеки и попечительства)⁴¹, например, в случаях смерти воспитывавшей его одинокой матери, родившей ребенка с использованием донорского материала, или суррогатной матери, а также возможности открывать такую информацию с 18 лет либо в 16 (14) лет для лиц, ставших дееспособными по семейно-правовым основаниям⁴². Тем более что в современном зарубежном законодательстве уже имеются примеры разумных исключений из существующих в медицинском и семейном праве запретов, препятствующих получению ребенком информации о своем генетическом происхождении. В частности, в ряде европейских государств (Великобритания, Швейцария, Нидерланды, Германии и др.), Австралии, законодатель отказался от принципа анонимности донора и при этом предусмотрел возможность получения ребенком, зачатым с помощью донорской спермы, информации о своем биологическом отце по достижении 18 лет (в Нидерландах – с 16 лет); юридические конструкции суррогатного материнства в некоторых

⁴¹ См.: Воронина З.И. Реализация права ребенка на идентифицирующую информацию при применении вспомогательных репродуктивных технологий // Российский юридический журнал. 2008. № 1. С. 68. Тарусина Н.Н. Семейное право: очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. С. 284.

⁴² См.: Король И.Г. Личные неимущественные права ребенка по семейному праву Российской Федерации. М., 2010. С. 89. Тарусина Н.Н. Семейное право: очерки из классики и модерна. С. 284.

штатах США допускают предоставление статуса матери-визитера⁴³.

Кроме того, для случаев отказа генетических родителей от регистрации своего родительства в отношении рожденного для них суррогатной матерью ребенка, на наш взгляд, следует предусмотреть в СК РФ и в Федеральном законе «Об актах гражданского состояния»⁴⁴ специальные правила о регистрации в качестве родителей супругов-заказчиков, отказавшихся от фиксации своего родительства после рождения суррогатной матерью их ребенка, на основании заявления органа опеки и попечительства. Полагаем, что наличие такого правила соответствует не только нравственным, но и юридическим конструкциям родительства, поскольку в данном случае именно их желание произвести на свет ребенка с помощью суррогатного материнства явилось пусть и не единственной (необходимо также согласие суррогатной матери, успешность соответствующей медицинской процедуры и т.п.), но на наш взгляд, главной предпосылкой его рождения.

Следует также отметить, что в действующем российском законодательстве уже обозначена тенденция к отказу от тайны усыновления. В частности, в Разделе V Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012 - 2017 годы Президентом РФ рекомендован переход к системе открытого усыновления. Полагаем необходимым согласиться с А.М. Нечаевой в том, что сохранение данной тайны целесообразно только для отдельных ситуаций, например, в случае имитации усыновителем беременности, создающей полную иллюзию, что усыновитель – биологический родитель ребенка⁴⁵.

⁴³ Подробнее об этом см., например: Романовский Г.Б. Анонимность доноров половых клеток и современное семейное право // Семейное и жилищное право, 2010. № 5. С. 3–6.

⁴⁴ Федеральный закон «Об актах гражданского состояния» № 143-ФЗ от 15 ноября 1997 года // Собрание законодательства РФ. 24. 11. 1997. № 47. Ст. 5340.

⁴⁵ См.: Нечаева А.М. Национальная стратегия действий в интересах детей и семейное законодательство // Государство и право. 2013. № 2. С. 77.

К числу основных прав ребенка, предусмотренных семейным законодательством, относится также право на воспитание, обеспечение его интересов, всестороннее развитие (п. 1 ст. 54 СК РФ), при этом процесс воспитания осуществляется, прежде всего, через общение ребенка со своими родителями. Особое внимание уделяется законодателем *праву ребенка на общение с родителями в условиях экстремальных ситуаций* (п. 2 ст. 55 СК РФ). В части применения к ребенку таких уголовно-процессуальных процедур как арест, задержание реализация ребенком этого права опосредуется нормами уголовно-процессуального законодательства (ст. 423 УПК РФ). А в случае помещения ребенка в лечебное учреждение предусмотренное п. 2 ст. 55 СК РФ право ребенка взаимодействует с его медицинскими правами и обеспечивается дополнительными гарантиями, предусмотренными медицинским законодательством. В частности, согласно ч. 3 ст. 51 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» одному из родителей, другому законному представителю или иному члену семьи предоставляется право в интересах лечения ребенка находиться вместе с ним в условиях стационара в течение всего времени его пребывания. Закон в целом не ограничивает прав родителей на совместное пребывание с ребенком ни видом больничного учреждения, ни возрастом ребенка⁴⁶. Однако по установившейся практике в силу недостаточной информированности о существовании таких прав вместе с ребенком в стационар допускаются только родители детей дошкольного и младшего школьного возраста.

⁴⁶ По смыслу ч. 3 ст. 51 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» возраст ребенка и наличие медицинских показаний влияют только на решение вопроса о взимании платы за создание условий совместного пребывания с ребенком. Так, при совместном нахождении в медицинской организации в стационарных условиях с ребенком до достижения им возраста четырех лет, а с ребенком старше данного возраста – при наличии медицинских показаний плата за создание условий пребывания в стационарных условиях, в том числе за предоставление спального места и питания, с родителей или иных лиц не взимается.

Применительно к праву ребенка на общение с родителями в литературе предлагается предусмотреть на уровне закона возможность ребенка общаться с родителями, лишенными родительских прав⁴⁷. Следует отметить, что идея эта не нова, поскольку в соответствии со ст. 62 КоБС РСФСР органами опеки и попечительства по просьбе родителей могли быть разрешены свидания с ребенком, если такое общение не окажет на детей вредного влияния. По нашему мнению, необходимость закрепления в СК РФ аналогичного правила вполне обоснованна. Это объясняется тем, что лишение родительских прав - процесс обратимый. Согласно ст. 72 СК РФ возможно восстановление родителей в родительских правах, если они изменяют свое поведение, образ жизни и (или) отношение к воспитанию ребенка, однако проверить последнее вряд ли возможно в условиях отсутствия встреч с ребенком.

Содержанием права ребенка на воспитание охватывается также и возможность ребенка *общаться с другими родственниками*. Применительно к регламентации данного правомочия ребенка следует сделать два практически значимых замечания: во-первых, о том, что, оперируя понятием «близкие родственники», содержание которого должно, видимо, определяться по аналогии со ст. 14 СК РФ, законодатель тем самым значительно ограничил круг лиц, с кем право ребенка на общение охраняется законом (вне нормативного обеспечения, таким образом, оказалось право ребенка общаться с родственниками далее 1-ой степени родства, а также с лицами, хотя не являющимися родственниками, но в силу определенных жизненных обстоятельств ставших привычным семейным кругом его общения, например, мачеха, отчим, «сводные» братья и сестры); а во-вторых, об отсутствии в законе прямого правила о возможности ограничения или исключения такого общения, если оно не отвечает интересам ребенка, хотя прямая аналогия с ч. 2. п. 1 ст. 65 СК РФ в данном случае напрашивается.

⁴⁷ См.: Темникова Н.А. Реализация и защита личных неимущественных прав ребенка в семейном праве России: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. Екатеринбург, 2006. С. 7.

Право ребенка на имя, закрепленное в ст. 58 СК РФ относится к правам, обеспечивающим индивидуализацию ребенка. По нашему мнению, это право носит межотраслевой характер, поскольку порядок присвоения и изменения имени регулируется совместно семейным (СК РФ) и административным (Федеральный закон «Об актах гражданского состояния») законодательством, а вопросы «использования» имени (приобретения и осуществления прав и обязанностей под своим именем), и механизмы его защиты сосредоточены в гражданском праве. Регистрация имени ребенка осуществляется одновременно с регистрацией его рождения (ст. 17, ст. 18 Закона «Об актах гражданского состояния»). Однако если вопрос об избрании родителями отчества и фамилии ребенку достаточно детально урегулирован законом (ст. 51, 58, 59 СК РФ и ст. 17, ст. 18 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»), то «фантазия» родителей в определении собственно имени ребенка ничем не ограничена. Так, например, по данным Управления записи актов гражданского состояния г. Москвы, опубликованным на официальном сайте, зарегистрированы такие имена, как Ветер, Ангел, Луна, Россия, Вишня, Индия, Дельфин а также еще более «оригинальные» многосложные: Заря-Зарница, Каспер Ненаглядный, Николай-Никита-Нил, Лука-Счастье Саммерсет Оушен, Алена-Цветочек⁴⁸. Формально орган ЗАГС не вправе отказать родителям в регистрации любого, пусть даже весьма экстравагантного имени. Вместе с тем надо понимать, что ребенку придется общаться со сверстниками, выстраивать разнообразные социальные связи с другими людьми, приобретать и осуществлять под этим именем права и обязанности. В этой связи своеобразными гарантиями обеспечения интересов ребенка в данном случае являются согласие ребенка, достигшего 10-летнего возраста, на изменение его имени и (или) фамилии, инициированное его родителями, а также право ребенка с 14 лет самому инициировать такое изменение (ч. 1 ст. 58 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»). Применительно к последнему нельзя не отметить непоследовательность законодателя в регулировании семейной дееспособности

⁴⁸ http://zags.mos.ru/stat/imena/neobychnye_imena.php.

ребенка: предоставление таких существенных с точки зрения правовых последствий их реализации прав, как права на судебное установление отцовства, на самостоятельное обращение в суд, требовать отмены усыновления с 14 лет – с одной стороны, и связанность права 14-летнего на изменение имени и (или) фамилии согласием родителей – с другой. Однако несогласие родителей на изменение 14-летним своего имени и (или) фамилии в данном случае, на наш взгляд, вполне преодолимо в контексте предусмотренного ст. 56 СК РФ права несовершеннолетнего с 14 лет на обращение в суд за защитой.

В то же время законодателю следует подумать не только о совершенствовании механизма защиты ребенком права на имя «задним числом», но и о закреплении на уровне закона определенных ограничений свободного выбора родителями имени для своего чада (например, таких критериев как благозвучность, распространенность, соответствие национальным традициям и т.п.).

Важным достижением российского семейного законодательства является закрепленное в ст. 57 СК РФ **право ребенка выражать свое мнение**. Статья 3 Конвенция ООН о правах ребенка требует, чтобы государством ребенку предоставлялось право на выражение своих взглядов, которым, в свою очередь, необходимо уделять внимание в соответствии с его возрастом и зрелостью. Рекомендуемый Конвенцией возраст – 10 лет – был взят за основу российским законодателем в регулировании права ребенка выражать свое мнение при решении в семье любого вопроса, затрагивающего его интересы, а также быть заслушанным в ходе любого судебного или административного разбирательства. «Это право дифференцировано по двум критериям, действующим как порознь, так и совместно – возрасту, и значимости семейно-правового акта»⁴⁹. В частности, до достижения ребенком возраста 10-ти лет указанное право предполагает учет мнения ребенка при решении родителями, органами опеки и попечительства, судом и другими компетентными органами *любого вопроса, затрагивающего его интересы*. С 10-летнего

⁴⁹ Тарусина Н.Н. Семейное право: очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. С. 286.

возраста совершение определенных в законе семейно-правовых актов возможно исключительно с согласия ребенка (ст. 59, 72, 132, 134, 136, 143, 154 СК РФ).

Анализируя положения ст. 57 СК РФ, нетрудно заметить, что если выяснение согласия ребенка урегулировано как с точки зрения возраста, так и по кругу вопросов, то решение законодателя относительно собственно мнения ребенка лишено четкости. В частности, установив, по сути, обязанность родителей, суда, органов опеки и попечительства выяснять и учитывать мнение ребенка во всех случаях, затрагивающих его интересы независимо от возраста, законодатель далее использовал весьма неопределенную в контексте этой обязанности формулировку: «учет мнения ребенка, достигшего возраста десяти лет, обязателен...». Отсутствие четкости в законе является одной из причин (наряду с традиционно отрицательным отношением российских судов к участию ребенка в судебном процессе, отсутствием устоявшейся судебной практики в этом вопросе, пассивной ролью родителей или иных законных представителей, а также органов опеки и попечительства, неоказание ими необходимого содействия ребенку в реализации своих прав⁵⁰) сложностей в осуществлении ребенком права на выражение мнения в правоприменительной практике.

Вместе с тем реализация ребенком закрепленного в ст. 57 СК РФ права на выражение своего мнения выходит далеко за пределы семейно-правовых отношений (таких как выбор имени ребенка, места жительства и порядка общения с родителями при их раздельном проживании, лишение и ограничение родительских прав, усыновления, установление опеки или попечительства и т.п.). Так, по смыслу абз. 2 п. 2 ст. 63, п. 2 ст. 65 СК

⁵⁰ См.: Ерохина Е.В. Учет мнения ребенка при определении его места жительства в случае расторжения брака его родителями по законодательству Российской Федерации // Семейное право на рубеже XX-XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы Международной научно-практической конференции / Отв. ред. О.Н. Низамиева. М., 2011. С. 31; Эрделевский Э.М. Право ребенка на выражение мнения // <http://www.tto-l.ru/articles/347/>; Обзор практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 7.

РФ вопросы воспитания и образования ребенка, включая выбор образовательного учреждения и формы получения образования, решаются родителями с учетом мнения ребенка. Соответственно, осуществление родителями, как законными представителями, в порядке ч. 3 ст. 44 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» № 273-ФЗ от 29.12.2012 г.⁵¹ в рамках правоотношений сфере образования таких прав несовершеннолетних обучающихся, как выбор организации, осуществляющей образовательную деятельность, обучение по индивидуальному плану, изучение факультативных учебных предметов, дисциплин, курсов (модулей), перевод в другое образовательное учреждение, получение дошкольного, начального общего, основного общего, среднего общего образования в семье и т.п. (ч. 1 ст. 34 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации») предполагает необходимость выяснения мнения ребенка по этим вопросам.

В целом следует также отметить, что права ребенка в сфере получения образования являются одной из форм реализации его права на воспитание (п. 2 ст. 54 СК РФ), которому корреспондируют обязанности родителей, имеющие конституционную природу (ст. 38, ст.43 Конституции РФ), заботится о развитии своих детей, обеспечить получение детьми основного общего образования (ст. 63 СК РФ).

Особого внимания в контексте исследования права на выражение мнения заслуживает сфера отношений, в рамках которых ребенком реализуются права, связанные с таким неотъемлемым, жизненно важным благом человека, как здоровье. Субъективное право ребенка на охрану его здоровья, является сложным образованием и включает в себя правомочия получать соответствующую медицинскую и профилактическую помощь (диспансерное наблюдение), информацию о состоянии его здоровья, включая сведения о результатах обследования, диагнозе, возможных вариантах медицинского вмешательства или последствиях отказа от него, давать согласие на медицинское вмешательство (ст. 20, 22, 54 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации») и другие, а

⁵¹ Собрание законодательства РФ. 31.12.2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

также обеспечивается системой гарантий, направленных на его реализацию. Таким образом, как справедливо отмечается в литературе, с точки зрения круга общественных отношений, в которых данное право реализуется, оно охватывает практически все отрасли права, как частные, так и публичные⁵², являясь объектом регулирования находящейся в настоящее время в стадии формирования комплексной отрасли законодательства – медицинского права⁵³. Помимо прав, непосредственно связанных с оказанием медицинской помощи, несовершеннолетним гарантированы также права на прохождение медицинских осмотров (в том числе и для определения профпригодности), обучение и труд в условиях, соответствующих их функциональным особенностям и состоянию здоровья. В семейно-правовой сфере в контексте права на воспитание (абз. 2 п. 2 ст. 54 СК РФ) справедливо признается правомочие ребенка на физическое воспитание и развитие здоровой личности⁵⁴, обеспечиваемое обязанностью родителей «заботится о здоровье, физическом ... развитии своих детей» (п. 1 ст. 63 СК РФ).

Согласно ч. 1 ст. 20 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» необходимым предварительным условием медицинского вмешательства является информированное добровольное согласие. По смыслу ч. 2 ст. 54 данного закона несовершеннолетние, достигшие воз-

⁵² См.: Рабец А.М., Ситдикова Л.Б. К вопросу о формировании и дальнейшем развитии понятия медицинского права в Российской Федерации // Медицинское право. 2013. № 3. С. 3.

⁵³ Об аргументации в пользу признания медицинского права в качестве самостоятельной отрасли законодательства, и в качестве обособленной отрасли юридической науки подробнее см., напр.: Малеина М.Н. Обоснование здравоохранительного права как комплексной отрасли законодательства и некоторые направления его совершенствования // Медицинское право. 2013. № 3. С. 7–14; Рабец А.М., Ситдикова Л.Б. Указ. соч. С. 3–7.

⁵⁴ Малеина М.Н. Право ребенка на здоровье и физическое развитие и соответствующая обязанность родителей по физическому воспитанию и охране здоровья // Семейное право на рубеже XX-XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы Международной научно-практической конференции / Отв. ред. О.Н. Низамиева. М., 2011. С. 188–189.

раста 15 лет, а больные наркоманией – с 16 лет реализуют указанное выше правомочие, самостоятельно. До достижения ими указанного возраста необходимая информация должна предоставляться законным представителям, именно они дают согласие и на медицинское вмешательство в отношении ребенка. Оценивая обоснованность установленных ст. 54 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» правил, следует отметить явное несоответствие возрастных градаций получения согласия несовершеннолетнего на медицинское вмешательство возрасту частичной дееспособности, установленному гражданским, семейным и иным отраслевым законодательством. Так, в соответствии со ст. 26 ГК РФ частично дееспособными признаются несовершеннолетние с 14 лет, именно с этого возраста законодатель признает за ребенком определенную самостоятельность в совершении семейно-правовых актов: согласно положениям п. 2. ст. 56, п. 3 ст. 62, ст. 141 СК РФ с 14-летнего возраста ребенок вправе сам обращаться в суд с исками в защиту своих прав, об установлении отцовства в отношении своих детей, об отмене усыновления. Вместе с тем в соответствии со ст. 57 СК РФ совершение определенных правовых актов, затрагивающих права и интересы ребенка, требует согласия последнего с 10-летнего возраста. Обозначенное выше противоречие присутствовало и в ранее действовавшем законодательстве (ст. 24 Основ законодательства об охране здоровья граждан⁵⁵), однако по необъяснимым причинам не было устранено при принятии нового закона. По этой причине мы разделяем мнение авторов, предлагающих закрепление возрастной границы на уровне 14 лет с сохранением существующих ограничений для несовершеннолетних, страдающих наркоманией – в 16 лет⁵⁶.

Установленные в Федеральном законе «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» правила о возрастных границах для оформления согласия на медицинское вмешательство должны применяться и при проведении профи-

⁵⁵ Ведомости СНД и ВС. 19.08.1993. № 33. Ст. 1318.

⁵⁶ См., например: Темникова Н.А. Защита личных прав ребенка по семейному праву России. Омск, 2010. С. 92.

лактических прививок в отношении несовершеннолетних. Статья 11 Федерального закона «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» № 157-ФЗ от 7 мая 1998 года⁵⁷ устанавливает лишь необходимость получения согласия на профилактические прививки в общем виде, поэтому норма ст. 54 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» в таком случае должна применяться как общее правило для проведения любого медицинского вмешательства.

Вместе с тем совершенно очевидно, что медицина – сфера узкоспециализированная, знания в ней в меньшей степени могут приобретаться эмпирическим путем, поэтому в силу отсутствия жизненного опыта, элементарных представлений о характере отдельных видов медицинского вмешательства (отказа от такового), о их возможных последствиях ребенку даже в 14 лет в определенных случаях будет сложно адекватно оценить полученную о состоянии своего здоровья информацию и принять соответствующее решение, дав согласие на медицинские манипуляции или отказавшись от них. Учитывая важность охраняемого в данном случае блага – здоровья (а в широком смысле – и жизни) ребенка, полагаем, что при сохранении общего правила о согласии несовершеннолетнего с 14 лет на медицинское вмешательство, на наш взгляд, в законе следует предусмотреть возможность, исходя из интересов ребенка (старше 14 лет) в предусмотренных законом случаях, например, при потенциальной угрозе существенного вреда здоровью или его жизни, принимать решение об оказании ему соответствующей медицинской помощи без его согласия⁵⁸, но с разрешения его законных представителей, а также с обязательным уведомлением органов опеки и попечительства (за исключением, безусловно, экстренной медицинской помощи).

⁵⁷ Собрание законодательства РФ. 21.09.1998. № 38. Ст. 4736.

⁵⁸ В ст. 12 Конвенции о правах ребенка, наряду с признанием права ребенка свободно выражать свои взгляды по всем вопросам, его затрагивающим, закрепляется, что взглядам ребенка необходимо уделять внимание в соответствии с его *возрастом и зрелостью*. Согласно ст. 57 СК РФ при учете мнения ребенка правовым и нравственным ориентиром являются его *интересы*.

Вопрос о получении согласия на медицинское вмешательство, а также отказа от него на практике может возникать и в связи с таким обстоятельством, как беременность несовершеннолетней женщины (девочки). По смыслу ст. 54 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» решение о продолжении беременности или ее прерывании (аборте) несовершеннолетняя женщина, достигшая 15 лет, принимает самостоятельно. Вместе с тем любой вариант развития событий (аборт или сохранение беременности) сопряжен с необходимостью взвешенной оценки юной женщиной всех последствий любого из принятых решений (состояние здоровья для продолжения беременности, наличие материально-бытовых условий для воспитания ребенка, дальнейшее продолжение образования, возможные осложнения после аборта и т.п.), к чему она при отсутствии жизненного опыта и находясь при этом в стрессовой ситуации, совершенно не готова. С одной стороны она, как и любая женщина, вправе свободно распоряжаться собственным телом, с другой – неполная дееспособность, юный возраст препятствуют принятию ею продуманного решения. В этой связи в качестве средства обеспечения интересов несовершеннолетней женщины на уровне закона следует закрепить обязанность медицинского учреждения, в которое она обратилась за соответствующей медицинской помощью, предоставить ей в доступной форме полную и необходимую информацию о вариантах медицинского вмешательства, а также психологическую помощь (возможно через создание при медицинских учреждениях специальных комиссий, состоящих из медицинских работников, психолога, представителя органа опеки и попечительства).

В отношении несовершеннолетних, не достигших 15-летнего возраста, в соответствии с ч. 2 ст. 20 и ч. 2 ст. 54 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» любое медицинское вмешательство может осуществляться только с согласия законных представителей. При отсутствии законных представителей решение о медицинском вмешательстве принимает консилиум, а при невозможности собрать консилиум – непосредственно лечащий (дежурный) врач с последующим уведомлением должностных лиц лечебно-

профилактического учреждения и законных представителей ребенка. Закрепление в законе необходимости получения согласия законного представителя на лечение несовершеннолетнего является средством его защиты от необоснованного медицинского вмешательства. Вместе с тем на практике встречаются случаи, когда родители по различным причинам (в силу безграмотности, по религиозным соображениям) отказываются от получения медицинской помощи. В ситуации, когда медицинское вмешательство необходимо по экстренным показаниям для устранения угрозы жизни ребенка, согласно ч. 9 ст. 20 указанного выше закона оно может быть проведено по решению консилиума врачей, а если его собрать невозможно – по решению лечащего (дежурного) врача с обязательным последующим уведомлением руководителя медицинской организации и законного представителя несовершеннолетнего. В иных случаях объективной необходимости медицинского вмешательства в отношении ребенка ч. 4 ст. 20 закона предусматривает право медицинского учреждения обратиться в суд для защиты интересов такого ребенка. Однако в судебной практике обращение медицинских учреждений с подобными исками носит единичный характер, что объясняется излишней хлопотностью для них подобного мероприятия, отсутствием необходимых юридических знаний для подготовки искового заявления и поддержания процессуальной позиции в ходе рассмотрения дела, а также в большинстве случаев нецелесообразностью, поскольку в условиях опасности для жизни и здоровья ребенка ожидание судебного решения может привести к его гибели. Вместе с тем при определенных обстоятельствах уклонение родителей от оказания квалифицированной медицинской помощи, полагаем, может рассматриваться как уклонение родителей от выполнения родительских обязанностей и являться основанием для ограничения или лишения их родительских прав в судебном порядке.

Однако независимо от мотивов отказ родителей от необходимого для ребенка медицинского вмешательства влечет нарушение его прав, создает угрозу его жизни и здоровью, а соответственно, требует более оперативных, чем судебные, мер защиты. На наш взгляд, определенным решением обозначенной проблемы может стать закрепление в медицинском законода-

тельстве «частной» обязанности лечебного учреждения (наряду с общим правилом об обязанности должностных лиц и организаций сообщать в органы опеки и попечительства о фактах угрозы жизни и здоровью ребенка (п. 3 ст. 56 СК РФ) известить органы опеки и попечительства по месту нахождения лечебного учреждения об уклонении законных представителей от медицинской помощи ребенку. При подтверждении указанного факта орган опеки и попечительства согласно п. 2 ст. 64 СК РФ обязан назначить ребенку временного представителя в порядке ст. 12 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» №48-ФЗ от 11 апреля 2008 года⁵⁹. При наличии в ст. 12 Закона «Об опеке и попечительстве» общих предпосылок для назначения временного представителя в аналогичной ситуации, если ребенок, нуждающийся в неотложной медицинской помощи, проживает не с родителями, а находится под опекой, необходимо, на наш взгляд, предусмотреть в данном законе специальное правило по аналогии п. 2 ст. 64 СК РФ.

Проиллюстрированная приведенными выше примерами бесспорная связанность (по смыслу ст. 57 СК РФ) принятия любого решения, затрагивающего интересы ребенка, с необходимостью учета его мнения позволяет с одной стороны, сделать вывод о тесном взаимодействии данного семейного права ребенка с его правами в других отраслях права. С другой - совершенно очевидно, что применение семейно-правовой конструкции «согласие-мнение» ребенка в отдельных отраслях права должно строиться на основе разумного, продуманного сочетания его интересов (как субъекта, нуждающегося в особой заботе и защите) и его права как личности выражать свои взгляды и быть услышанным при решении любого вопроса, затрагивающего его права и интересы.

Особое место в комплексе прав, которыми наделяется ребенок в соответствии с действующим законодательством, занимает закрепленное в ст. 56 СК РФ **право на защиту**. Социально-юридическая ценность и отличительная черта этого права заключаются в том, что, будучи самостоятельным субъективным правом, право на защиту выступает также «гарантом»

⁵⁹ Собрание законодательства РФ. 28.04.2008, № 17. Ст. 1755.

надлежащей защиты иных прав и законных интересов ребенка в случае их нарушения. Причем в п. 2 ст. 56 СК РФ предусмотрена возможность *самостоятельного осуществления* ребенком данного права, помимо, а иногда и вопреки воле своих законных представителей. Выбор юрисдикционной формы осуществления данного права зависит от возраста ребенка: согласно ч. 2 п. 2 ст. 56 СК РФ возможность обращения ребенка в органы опеки и попечительства за защитой возрастом не ограничено, в то время как право самостоятельно защищать в суде свои субъективные права и охраняемые законом интересы (в том числе и предъявлять иски) возникает у ребенка с 14 лет. Однако следует отметить, что употребление в ст. 54 СК РФ (закрепляющей право ребенка на воспитание) и ст. 63 СК РФ (устанавливающей корреспондирующую обязанность родителей воспитывать детей), не правового, а сугубо педагогического понятия «воспитание», с одной стороны – определяет смысл многих правил, регламентирующих правовой статус ребенка, с другой – на наш взгляд, вызывает в правоприменительной практике трудности с определением в действиях родителя состава правонарушения, а соответственно и предмета исковых требований при реализации ребенком права на судебную защиту в смысле положений п. 2 ст. 56 СК РФ⁶⁰. Подтверждением тому является неоднозначность судебной практики по вопросу о возможности предъявления ребенком иска о лишении родительских прав в порядке ст. 56 СК РФ, а также разъяснения Верховного Суда РФ в Обзоре практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей за 2011 год, согласно которым положения п. 1 ст. 70 СК РФ, где ребенок не обозначен среди субъектов, способных обращаться с требованием о лишении родительских прав, необходимо применять расширительно с учетом нормы п. 2 ст. 56 СК РФ.

Системное толкование положений ст. 56 СК РФ и ч. 2, 3, 4 ст. 37 ГПК РФ позволяет сформулировать два принципиально

⁶⁰ Подробнее об этом см.: Сочнева О.И. О самостоятельной реализации несовершеннолетними права на судебную защиту семейных прав и охраняемых законом интересов // Проблемы защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 2009. Вып. 10. С. 44.

важных вывода. Во-первых, закрепленное в 56 СК РФ охранительное право ребенка обеспечивает защиту его прав и законных интересов не только в рамках семейных правоотношений, но и в правоотношениях иной отраслевой принадлежности (гражданских, трудовых, жилищных, публичных медицинских, образовательных и т.п.). Во-вторых, реализация несовершеннолетним права на обращение в суд находится в непосредственной зависимости от наличия у него соответствующей отраслевой дееспособности⁶¹.

Обозначенные в ст. 60 СК РФ наряду с правом на получение алиментов, регулируемого непосредственно семейным законодательством, такие имущественные права ребенка как право собственности на доходы и имущество, а также право на пенсии и пособия относятся к предмету регулирования, соответственно гражданского права и права социального обеспечения. Однако их реализация также происходит не без «семейного элемента». Так, например, согласно п. 1 ст. 28 ГК РФ сделки от имени малолетних могут совершать только их родители, усыновители, опекуны. Согласно п. 1 ст. 26 ГК РФ несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет совершают сделки *с согласия* законных представителей, однако в силу предоставления несовершеннолетнему с 14 лет права на самостоятельную судебную защиту (ст. 56 СК РФ) возможно, на наш взгляд, оспаривание несовершеннолетним несогласия родителей в судебном порядке.

Помимо перечисленных выше в соответствии с действующим законодательством за ребенком признается также ряд специфических прав, реализация которых влечет кардинальное изменение его статуса: право на эмансипацию (ст. 27 ГК РФ), на вступление в брак до достижения 18-летнего возраста (ст. 13 СК РФ и ст. 21 ГК РФ), несовершеннолетнее родительство (ст. 62 РФ), при этом, если «первые два акта превращают его в условно совершеннолетнего и дееспособного, то последний в рамках действующего законодательства, ведет ... к правовому и

⁶¹ Подробнее см. об этом: Сочнева О.И. Указ. соч. С. 42–45.

фактическому усложнению ситуации, выстраиванию «пирамиды» опекуна и попечения»⁶².

Анализ действующего законодательства, регулирующего отношения с участием ребенка, свидетельствует о том, что объектом охраны семейного, трудового, гражданского, медицинского, образовательного и иных отраслей права не только субъективные права, но и интересы ребенка. Именно с обеспечением интересов ребенка связаны, на наш взгляд: наличие запрета в ст. 265 ТК РФ привлечения несовершеннолетних к работам, которые могут причинить вред их здоровью и нравственному развитию; необходимость получения согласия законных представителей на совершение несовершеннолетним в возрасте с 14 до 18 лет (п. 1 ст. 26 ГК РФ) гражданско-правовых сделок, т.к. в силу отсутствия жизненного опыта ребенок может не осознавать в полной мере последствий совершения таких актов; в сфере образования можно сформулировать такой интерес ребенка как получение образования, соответствующего уровню его развития и возрастным потребностям. В семейной сфере имущественные интересы ребенка обеспечиваются с помощью правил ст. 39 СК РФ об отступлении от равенства долей с учетом интересов несовершеннолетних детей, а также положений п. 5 ст. 38 СК РФ, определяющих судьбу «детских вещей» при разделе общего имущества супругов. На обеспечение интересов ребенка направлены также нормы п. 1 ст. 21 и ст. 24 СК РФ, устанавливающие особенности рассмотрения бракоразводных дел, в силу которых предполагается судебный порядок их разрешения и необходимость определения в этом же производстве по вопросам о месте жительства ребенка и о взыскании алиментов на его содержание.

Объектом особой охраны со стороны законодателя являются жилищные права ребенка. Это объясняется не только важностью такого социального блага, как жилье, для любого человека, но и тем, что «вне жилища трудно представить возможность реализации таких жизненно важных личных прав ребенка, как его право на выживание, на развитие, жить и вос-

⁶² Тарусина Н.Н. Семейное право: Учебное пособие. М., 2001. С. 111.

питываться в семье»⁶³. В частности, на защиту интересов ребенка в создании благоприятных условий для его нравственного, психического и физического развития направлена норма ст. 91 ЖК РФ, предусматривающая выселение из жилого помещения, занимаемого на праве социального найма, лиц, лишенных родительских прав, если совместное проживание ребенка с ними признано судом невозможным.

Социально значимой является проблема обеспечения прав и интересов ребенка, являющегося членом семьи собственника жилого помещения, если при расторжении брака его родителями он остается с тем из них, кто собственником жилого помещения не является. Правоприменительная по этому вопросу, основанная на толковании положений ст. 31 ЖК РФ Верховным Судом РФ, складывалась неоднозначно: от абсолютизации права родителя (собственника) определять, кто относится к членом его семьи⁶⁴, до утверждения, что в соответствии с семейным законодательством ребенок не может стать для родителя «бывшим членом его семьи»⁶⁵. В этой связи представляется обоснованным мнение О.Г. Миролубовой о том, что в данной ситуации интересам ребенка больше соответствует статус члена семьи и сохранение права пользования жильем (с предоставлением права пользования помещением матери ребенка до достижения им определенного возраста)⁶⁶. Вытекающие из п. 4 ст. 31 ЖК РФ обязанности родителя предоставить ребенку (бывшему члену семьи) проживание в своем жилом помещении, обеспе-

⁶³ Рабец А.М. Жилищные права в системе прав ребенка, проблемы их охраны и защиты в Российской Федерации // Юрист. 2012. № 20. С. 34.

⁶⁴ Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за III квартал 2005 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 3.

⁶⁵ Обзор законодательства и судебной практики за III квартал 2007 года, утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 07.11.2007г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1; п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 14 от 01.07.2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса РФ» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 9.

⁶⁶ Миролубова О.Г. О социальной направленности жилищного права и законодательства // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 1. / Под ред. Н.Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2011. С. 167.

чить иным жилым помещением основываются, на наш взгляд, на обозначенной в п. 1 ст. 80 СК РФ обязанности по материальному содержанию ребенка⁶⁷.

Обобщение действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что в соответствии с требованиями Конвенции ООН о правах ребенка и Закона «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ» ребенок наделяется комплексами специфических прав в рамках трудовых, жилищных, гражданских правоотношений, в сфере образования, медицинского обслуживания, социального обеспечения, а также правами на ассоциации, на информацию, на неприкосновенность личной жизни, жилища, тайну переписки.

Отличные по своему типу, виду, правоотношения, в которых участвует ребенок, имеют различную отраслевую принадлежность, соответственно, с точки зрения режима правового регулирования на них распространяются общие положения той отрасли, к предмету регулирования которой они относятся. Однако анализ отраслевых норм, посвященных особенностям правового статуса несовершеннолетних, свидетельствует об их определенной межотраслевой общности, которая, прежде всего, проявляется в том, что они ориентированы на решение таких специфических задач как охрана детства, обеспечение детям особой заботы и помощи, создание благоприятных условий для их гармоничного развития, предоставление надлежащей правовой защиты (преамбула Конвенции о правах ребенка). Наряду с этим закрепленные данными нормами правовые предписания сконструированы с использованием единого понятийного аппарата («ребенок», «интересы ребенка»), используются

⁶⁷ В этом смысле мы разделяем позицию тех авторов, которые рассматривают понятие «материальное содержание» как более широкое по отношению к понятию «алименты» и определяют первое из них как материальное обеспечение, необходимое для создания нормальных условий для жизни и развития ребенка. См., напр.: Беспалов Ю.Ф. Семейно-правовое положение ребенка в Российской Федерации. М, 2013. С. 40; Рузанова В.Д. Имущественные права ребенка: межотраслевой аспект // Семейное право на рубеже XX-XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы Международной научно-практической конференции / Отв. ред. О.Н. Низамиева. М., 2011. С. 236.

схожие возрастные градации и т.п.). Специфика регулируемых данными нормами отношений проявляется в своеобразии юридических фактов, влекущих их возникновение, изменение и прекращение (рождение, взросление, достижение совершеннолетия, вступление в брак, эмансипация). Особенности субъектного состава данных правоотношений заключаются в том, что наряду с признанием ребенка субъектом права нормы о защите прав и интересов ребенка адресованы не только его родителям (иным попечителям), а также различным государственным структурам, должностным лицам организаций, гражданам (п. 1, 3 ст. 56 СК РФ, положения Федерального закона «Об основных гарантиях прав ребенка в РФ»), а также государству в смысле создания нормативных и административных предпосылок для осуществления прав ребенка (ст. 4 Конвенции).

В теории права возникновение особого правового режима (в нашем случае в сфере обеспечения и защиты прав и интересов ребенка) на основе взаимодействия норм различной отраслевой принадлежности рассматривается в качестве основания для выделения в системе права комплексной отрасли законодательства⁶⁸. В свете сказанного вполне обоснованной представляется позиция Тарусиной Н.Н. о наличии на сегодняшний день определенного количества методологических факторов для выделения в системе российского законодательства такой комплексной отрасли как «детское право»⁶⁹. При этом центростремительные силы межотраслевого принципа приоритетного обеспечения, охраны и защиты прав и интересов ребенка будут способствовать «энергоемкости» данного комплексного образования, содержательно влиять на те отрасли права, откуда оно извлекло соответствующие нормативно-правовые элементы.

⁶⁸ Алексеев С.С. Общая теория права. Т.1. М., 1981. С. 254–256.

⁶⁹ См.: Тарусина Н.Н. Семейное право. Учебное пособие. М., 2001. С. 112; Она же. Семейное право: очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. С. 281, а также см. об этом: Ильина О.Ю. Указ соч. С. 64.

2. Ребенок: понятие, семейная правосубъектность

Очевидно, что одно лишь дефинирование не мостит дорогу в «рай понятий», но оно, тем не менее, определяет ее направление и создает краеугольные камни ее надежности, а также придает «букетам» конструкций меж которых и ради которых она и проторена, завершенность линий и ясность предназначения. В то же время дефиниции, как правило, носят условный характер, нередко приурочены к реализации специальных целей, не могут охватить своим описанием признаков, пусть и существенных, всю многогранность объектов⁷⁰. Как порождения интеллекта, его креативности и ограниченности, как результат научных и законодательных дискуссий они в меру иллюзорны и в меру прагматичны.

Исключительная близость семейного закона к внутренним отношениям между людьми, во многом закрытым, закодированным и с очевидностью индивидуальным, определенная беспомощность семейного права в деле регулирования отношений с семейным элементом, его «наркотическая» зависимость от соображений этического порядка⁷¹ – все это отнюдь не способствует большему, нежели в других отраслях, успеху формализации понятий. Напротив, все это создает предпосылки к значительной их неопределенности, а семейно-правовых норм в целом – ситуационности, к возрастающей роли правопримени-

⁷⁰ Подробнее см., например: Баранов В.М. Законодательная дефиниция как общеправовой феномен // Законодательная дефиниция: логико-гносеологические, политико-юридические и практические проблемы / Под ред. В.М. Баранова, П.С. Пацуркивского, Г.О. Матюшкина. Нижний Новгород, 2007.

⁷¹ Подробно о возможностях семейного права см., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль: ЯрГУ, 2009. С. 5–45; Она же. Семейное право в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2013.

тельного усмотрения через толкование, конкретизацию, аналогию и другие формы его проявления⁷².

При этом дефинитивная бедность российского семейного закона⁷³ обусловлена не только объективными, но и субъективными причинами. В частности, спорной позицией о невозможности дать определения ключевых явлений семейно-правовой действительности – брака, семьи, родства и других⁷⁴.

Яркими образцами попытки дефинирования или отказа от таковой попытки являются понятие «ребенок» и конструкция «интересы ребенка». Определение первого дано, а второго «распылено» по Семейному кодексу.

Обратимся к первому из них. Оно, как и большинство других, носит конвенционный характер и на всеобщность подхода не только не претендует, но и не может претендовать: для психолога ребенок – человек с несформировавшимся сознанием и эмоциональным рядом, для старинного литератора – недоросль, для родителей – плод любви, существо плоть от плоти, продолжение рода, опора в старости, для юриста – особо охраняемый субъект права, в силу возраста и государственной заинтересованности в эволюции общества, а не в его вымирании за бездетностью или «детностью» невоспитанной и недокормленной.

По мысли российского законодателя времен 1995 г. (ранее, как известно, попыток официального дефинирования не было) «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)» (п. 1 ст. 54 СК РФ)⁷⁵. По верному

⁷² Подробно по этому вопросу см., например: Тарусина Н.Н. О судебном усмотрении: заметки семейноведа. Ярославль: ЯрГУ, 2011.

⁷³ В отличие, например, от белорусского, казахского и др. близкородственного семейного законодательства, о чем подробнее см., например: Тарусина Н.Н. Российский семейный закон: между конструктивностью и неопределенностью. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 14–15, 51–52.

⁷⁴ Подробно об этом см., например: Тарусина Н.Н. Российский семейный закон... С. 16-61. И др.

⁷⁵ Аналогичное правило фиксировано в п. 1 ст. 52 Закона Республики Казахстан «О браке и семье».

Несколько отличаются (хотя и не принципиально) формулировки ст.6 Семейного кодекса Украины): 1) ребенком является лицо, не достигшее совершеннолетия; 2) несовершеннолетним считается ребенок от 14 до 18 лет, до 14 лет последний является малолетним. Естественно,

предположению О.И. Величковой⁷⁶ это формально-юридическое суждение появилось вслед и в относительном соответствии с дефиницией, предложенной Конвенцией ООН о правах ребенка⁷⁷: «Для целей настоящей Конвенции ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, он не достигнет совершеннолетия ранее». Как видим, Конвенция, на что уже обращалось внимание нами и другими авторами, употребляет иное родовое понятие (не «лицо», а «каждое человеческое существо»), отражает вариативность юридических возможностей законодательства той или иной страны и одновременно остается нейтральной к вопросу о начале жизни ребенка, ее прекращении оперативным вмешательством и не вполне определенной относительно взаимодействия таких юридических характеристик, как совершеннолетие и дееспособность. Впрочем, в преамбуле Конвенции дается разделяемая ею ссылка на Декларацию прав ребенка 1959 г. о том, что «ребенок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту, как до, так и после рождения», в норме п. 1 ст. 12 косвенным образом признается определенный и индивидуализированный объем его «общеправовой дееспособности»⁷⁸ в соответствии с возрастом и зрелостью, положения п. 2-3 ст. 38 опосредованно свидетельствуют о необходимости возрастного ограничения (15-тью годами) «специальных обязательств» ребенка (непосредственно – в вопросе призыва на военную службу). Поскольку правосубъектности ребенка (в семейно-

возникают претензии к точности п.1, которая формально позволяет высказать предположение о том, что до 14 лет ребенок не является несовершеннолетним...

⁷⁶ См.: Величкова О.И. О понятии «ребенок» в свете положений Семейного кодекса РФ и Конвенции о правах ребенка // Материалы международной научно-практической конференции «Семейное право на рубеже XX-XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка» 18.12.2010. Казань: КФУ, 2011. С.149-152.

⁷⁷ В которой Россия участвует в порядке правопреемства.

⁷⁸ Термин вводится нами для разграничения гражданско-правовых и иных охраняемых правовых возможностях ребенка.

правовом и гражданско-процессуальном контексте) будет уделено внимание в других частях нашего сочинения, вернемся к анализу заявленных понятий.

Буквальное толкование дефиниции п. 1 ст. 54 СК РФ не позволяет констатировать допущение законодателем исключений, связанных с наступлением ранней дееспособности. Отсюда – кажущийся парадокс: несовершеннолетний, вступивший в брак или эмансипированный, по смыслу указанной нормы остается ребенком, а в соответствии с гражданским законодательством перестает им быть⁷⁹. Этот парадокс, разумеется, нивелируется другими нормами семейного права, что, впрочем, не снимает с нормы рассматриваемой обвинения в несовершенстве. Так, в соответствии с правилом ч. 3 п. 1 ст. 56 СК РФ дееспособный несовершеннолетний может самостоятельно осуществлять свои права и обязанности⁸⁰, норма п. 2 ст. 120 СК РФ исключает его право на алименты от родителей, правило п. 2 ст. 61 СК РФ на основании факта вступления несовершеннолетнего ребенка в брак или приобретения им полной дееспособности в рамках других законных обстоятельств прекращает семейное правоотношение «родители-дети».

Справедливо не удовлетворяясь указанными компенсациями недостатков нормы п. 1 ст. 54 СК РФ, О.И. Величкова предлагает ее новеллировать: «Ребенком признается лицо (каждое человеческое существо) до достижения возраста восемнадцати лет либо до вступления в брак или до приобретения полной дееспособности по другим основаниям»⁸¹.

Однако в этой дефиниции⁸² все же заложена определенная дисгармония. Она проистекает, видимо, из представления о безусловном базисном значении гражданской дееспособности для семейной. Но это не так. Во-первых, «досрочная» гражданская дееспособность не ведет к возникновению брачной дееспособ-

⁷⁹ См.: Величкова О.И. Указ. соч. С. 149–152.

⁸⁰ Возникает риторический вопрос: а если он не пожелает воспользоваться этим правом, сохранится ли соответствующее право законного представителя?..

⁸¹ См.: Величкова О.И. Указ. соч. С. 152.

⁸² На наш взгляд, следует также снять позицию уточнения (лицо – человеческое существо) и ограничиться формулой Конвенции.

ности – скорее всего этот факт окажется значимым при процедуре снижения брачного возраста (п. 2 ст. 13 СК РФ). Например, эмансипированный не вправе заключить брачный договор, так как субъектом этой сделки может быть только супруг или лицо, вступающее в брак (ст. 40 СК РФ), то есть дееспособному (в гражданско-правовом смысле) надо еще получить решение о снижении брачного возраста. Норма п. 2 ст. 62 СК РФ, предоставляя несовершеннолетним внебрачным матери и отцу родительскую дееспособность, не связывает это с эмансипацией. Соответственно отсутствие брака и/или эмансипации квалифицирует данную «досрочную» родительскую дееспособность как исключительно семейную⁸³. Нет логической и юридической увязки между 6-летним (п. 2 ст. 28 ГК РФ), 10-летним (ст. 57 СК РФ) и даже 14-летним (ч. 2 п. 2 ст. 56 СК РФ) несовершеннолетними, на что мы и другие авторы неоднократно указывали⁸⁴.

Следовательно, необходимо либо нерушимо связать семейную и гражданскую дееспособности – и по содержанию, и по возрастным границам, что сомнительно, либо уточнить в дефиниции ребенка о какой, собственно, дееспособности идет речь, либо аккуратно уйти от конкретного ответа, поскольку он не может быть универсальным. Например, можно в целом повторить и формулу Конвенции: ребенком является каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, этот статус не прекращается ранее.

* * *

⁸³ Что, возможно, неправильно и требует изменения п. 1 ст. 27 СК РФ в части оснований эмансипации.

⁸⁴ См., например: Тарусина Н.Н. Семейная, гражданская и гражданско-процессуальная правосубъектность ребенка: суверенность, взаимодействие, проблемы // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Вып. 14. Актуальные проблемы юридического процесса. Ярославль, 2010. С. 136-137; Скоробогатова В.В. Правосубъектность граждан в российском гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург. 2010. С. 19–21. И др.

Ребенок как субъект семейного права и семейных правоотношений является обладателем семейной правосубъектности весьма специфического рода, где и момент ее возникновения, и динамическое проявление содержания, и неочевидное, в том числе коллизионное, взаимодействие с соответствующей конструкцией гражданского права, скорее составляют не аксиому в «парке» цивилистической доктрины, а ее «американские горки». Остановимся на классике жанра и дискуссионных контекстах подробнее.

В рамках любой отрасли права конструкция правосубъектности формируется через взаимодействие ее структурных элементов – правоспособности (как способности иметь права и обязанности) и дееспособности (как способности своими действиями их приобретать и осуществлять). В классических представлениях о структуре правосубъектности в теории права и в цивилистике (прежде всего в гражданско-правовой сфере) характерным является разведение моментов возникновения правоспособности и дееспособности во времени и в пространстве.

Первое означает возникновение правоспособности с рождения, а дееспособности – с достижения определенного возраста. Впрочем, аксиоматичность данного положения в последние годы оспаривается как представителями науки конституционного права, так и цивилистики. В законодательстве ряда стран заложены предпосылки либо прямого, либо косвенного признания правоспособности зачатого (неродившегося) ребенка, то есть принципиального переноса момента ее возникновения, с рождения на «до рождения», разумеется, не в полном объеме, а в части отдельных компонентов⁸⁵. Причем и момент, и объем этически и юридически дискутируются – без ближней перспективы об этом договориться.

Второе заключается в том, что «обе названные способности здесь не обязательно должны совпадать в одном лице и могут быть воссоединены благодаря способностям, принадлежа-

⁸⁵ См., например: Тарусина Н.Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки. 2011, №1. С. 54-56.

щим другим лицам»⁸⁶. Так гражданин, независимо от возраста, способен иметь право собственности – быть субъектом правоотношений собственности, однако процесс приобретения этого права и его осуществление происходит посредством действий его законных представителей. Такая конструкция правосубъектности в гражданском праве обусловлена природой (главным образом, имущественной) большинства субъективных гражданских прав, в силу которой процесс их осуществления «не имеет столь тесной непосредственной связи с носителем права»⁸⁷, а потому для признания лица субъектом правоотношений достаточно констатации наличия у него соответствующей правоспособности.

Специфика правового регулирования семейных отношений проявляется в переносе центра тяжести на личные неимущественные отношения, основанные на таких социально значимых институтах, как брак, родство, родительство, иное попечительство, детство. Лично-доверительный характер, неотчуждаемость семейных прав и обязанностей, неразрывная их связь с личностью носителя существенно ограничивают (а в иных случаях – и исключают) возможность их осуществления иными лицами помимо правообладателя не только в порядке договорного представительства, но и (как правило) в рамках законного представительства, для восполнения недостающей дееспособности⁸⁸. В этой связи Я.Р. Веберс отмечал: «Природа и социальное назначение отдельных гражданских и семейных прав и обязанностей таковы, что иметь и осуществлять их способен лишь гражданин, который достиг определенного возраста

⁸⁶ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М., 1960. С. 211.

⁸⁷ Алексеев С.С. Общая теория права. В двух томах. Т. II. М., 1982. С. 147.

⁸⁸ Подробно о взглядах семейноведов об особенностях семейно-правового регулирования и особенностях семейных правоотношений см.: Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 4–54; Ее же. Семейное право в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2013. (Гл. 1).

и сам может совершать юридические действия»⁸⁹. Соответственно в тех случаях, когда закон приобретение отдельных субъективных семейных прав связывает с достижением определенного возраста, следует констатировать совпадение моментов возникновения правоспособности и дееспособности в семейной правосубъектности (например, в сфере брачных правоотношений, родительства, опеки и попечительства, усыновления). Иначе конструкция правоспособности превратится в «сверхабстракцию», без пользы наблюдающей за реальными социальными связями. В этой связи мы, как неоднократно отмечали в других своих работах, поддерживаем Я.Р. Веберса, Е.М. Ворожейкина, А.И. Пергамент, В.А. Рясенцева и др., настаивающих на динамичном характере семейной правоспособности⁹⁰. Семейная правоспособность, отмечал В.А. Рясенцев, возникает, как и гражданская с момента рождения, но с достижения определенного возраста она расширяется⁹¹. Признание за ребенком правоспособности с рождения, подчеркивал Я.Р. Веберс, отнюдь не является юридической фикцией, это – признание реальных общественных отношений, что не исключает возникновения отдельных ее элементов не с момента рождения⁹².

Относительно гражданско-правовой сферы в сходном направлении размышлял О.С. Иоффе: «Если гражданин обладает только правоспособностью, она восполняется при помощи дееспособности других лиц. Если же такое восполнение невоз-

⁸⁹ Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в гражданском и семейном праве. Рига. 1976. С. 102.

⁹⁰ См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 109–110, 167–169; Пергамент А.И. О правовом положении несовершеннолетних // Ученые записки ВЮОН. Вып. 3. М., 1955. С. 3.; Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 47; Тарусина Н.Н. Семейная, гражданская и гражданско-процессуальная правосубъектность ребенка: суверенность, взаимодействие, пробелы. // Юридические записки ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Вып. 14: Актуальные проблемы юридического процесса. Ярославль, 2010. С. 136–139. И др.

⁹¹ См.: Советское семейное право. М., 1982. С. 46–47.

⁹² См.: Веберс Я.Р. Указ. соч. С. 68, 101.

можно, то по отношению к данной группе правомочий гражданин вообще не считается способным быть их носителем»⁹³.

Действительно, рассматривая правоспособность в отрыве от способности к осуществлению конкретных прав и обязанностей, мы можем прийти к неконкретным, а в некоторых случаях даже абсурдным с точки зрения правоприменительной практики выводам. В частности, если исходить из посылки о возникновении семейной правоспособности в полном объеме с момента рождения, то нам пришлось бы признать, что ребенок с рождения обладает абсолютно бессмысленной для него с точки зрения характеристики его правового статуса, а также его потребностей и интересов способностью иметь право на вступление в брак, способностью быть опекуном (попечителем), усыновителем, родителем и т.п.⁹⁴

Между тем, еще Н.Л. Дювернуа отмечал, что «задача юридических норм заключается в приближении, а не в удалении от условий действительности», часть из которых связана с физическими свойствами людей, другие обусловлены культурной традицией, третьи – соображениями политическими, административными и т.д.; это предопределяет относительное неравенство правоспособностей и дееспособностей различных категорий субъектов⁹⁵ (коль скоро существуют конструкции специальной правоспособности, законодательного ограничения правоспособности и т.п.).

Справедливости ради следует отметить, что и в гражданском праве отдельные элементы правоспособности, в силу тесной связи с личностью обладателя возникающих на их основе субъективных прав и невозможности осуществления последних через институт законного представительства (например, завещательная правоспособность, способность создавать юридические лица), также возникают не с момента рождения, а с дости-

⁹³ Иоффе О.С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 125.

⁹⁴ См.: Тарусина Н.Н., Сочнева О.И. О семейной правосубъектности ребенка – в общем контексте конструкции // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 2. / Под ред. Н.Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 90–91.

⁹⁵ См.: Дювернуа Н.Л. Учения по гражданскому праву. Т. 1. Учение о лице. М., 2004. С. 295.

жением совершеннолетия. Наличие таких элементов в содержании гражданской правоспособности, как мы уже неоднократно отмечали, обосновывается О.С. Иоффе и другими цивилистами⁹⁶. В учебниках гражданского права санкт-петербургской школы подчеркивается динамизм семейной правоспособности (а она, как известно, полагается представителями данной школы видом правоспособности гражданской): семейная правоспособность расширяется по мере взросления и появления новых правовых возможностей в сфере семейных отношений⁹⁷, ее содержание не остается неизменным⁹⁸.

Однако внутри школы единства нет: например, М.В. Кротов настаивает на абстрактном и неизменном характере правоспособности гражданина⁹⁹, В.В. Ровный, подчеркивая ее исключительную абстрактность, допускает (как и А.П. Сергеев), следуя за О.Ф. Иоффе, что не все ее возможности приурочиваются к моменту рождения¹⁰⁰ (имея в виду, конечно, вектор ее движения вперед, к взрослению, а не «назад», к стадии «вызревания» проточеловека).

М.В. Антокольская, сопоставляя гражданскую и семейную правоспособности, отмечает, что и в гражданско-правовой сфере констатировать возникновение правоспособности с момента рождения можно лишь с определенными оговорками¹⁰¹. Это по ее мнению, является одним из доказательств тождества гражданской и семейной правоспособности¹⁰². С последним суждением согласиться трудно, поскольку если для гражданско-правовой сферы отмеченное проявление правоспособности счи-

⁹⁶ См.: О.С. Иоффе. Указ. соч. С. 125; Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. М., 2009. С. 141; Сулейманова С.А. Правоспособность граждан (физических лиц) по российскому гражданскому праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2002. С. 9. И др.

⁹⁷ См.: Гражданское право/ Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т.3. М., 2007. С. 351.

⁹⁸ См.: Гражданское право/ Под ред. А.П. Сергеева. Т.3. М., 2009. С. 396–397 (автор главы – А.П. Сергеев).

⁹⁹ См.: Гражданское право/ Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т.1. М., 2009. С. 141.

¹⁰⁰ См.: Гражданское право/ Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. С. 141.

¹⁰¹ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2010. С. 61.

¹⁰² Там же. С. 59.

тается исключением, то для семейного права оно составляет общее правило (что и будет продемонстрировано нами далее).

Одним из важнейших признаков семейных правоотношений является их специфический субъектный состав¹⁰³. Участники семейных правоотношений характеризуются тем, что они выступают в них не просто как граждане, а в определенном социальном качестве – супруга, ребенка, отца, брата, сестры, дедушки, бабушки, усыновителя, опекуна и т.п. Вследствие этого в семейном законодательстве подробно и четко определены те обстоятельства, которым придается юридическое значение при формировании правосубъектности граждан применительно к конкретному виду семейных правоотношений. «Лишь тот, кто отвечает предъявленным законом требованиям, может быть субъектом определенных семейных прав»¹⁰⁴. Обусловленность существования отдельных видов семейных прав возрастом (возможность вступать в брак - ст. 13 СК РФ, стать усыновителем – п. 1 ст. 127 СК РФ), полом (ст. 17 СК РФ – ограничение «бракоразводной» правоспособности мужа), состоянием здоровья (абз. 5 п. 1. ст. 127 СК РФ – ограничение «усыновительской», а равно и опекунской правоспособности ненадлежащим состоянием здоровья) и т.п., позволяет говорить об особенностях построения конструкции семейной правосубъектности не только на уровне отрасли в целом, но и в рамках конкретных видов семейных правоотношений.

На наличие специальных видов общей отраслевой правосубъектности указывал и Н.В. Витрук: «В ряде отраслей можно выделить правосубъектности совершеннолетних и несовершеннолетних (с возможной градацией по отраслям), лиц с нормальной психикой и невменяемых» и т.д.; в частности в семейном праве можно говорить о брачной и других видах правосубъектности¹⁰⁵. В этой связи мы солидарны с теми учеными, которые (вслед за соответствующими представлениями в теории права) в рамках отраслевой семейной правосубъектности выделяют

¹⁰³ См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 68.

¹⁰⁴ Веберс Я.Р. Указ. соч. С. 88.

¹⁰⁵ Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 85.

видовые (специальные) правосубъектности, в том числе правоспособности¹⁰⁶: брачную, опекунскую, родительскую, «усыновительскую», ребенка. (К сожалению, в большинстве современных учебников по семейному праву проблема семейной правосубъектности замалчивается или почти замалчивается. Одной из возможных причин является означенное нами предположение о распространяемости на данную конструкцию (и правоспособности, в частности) гражданско-правовых постулатов, тем более, что легального определения и легальных констатаций элементов содержания семейной правоспособности и дееспособности нет¹⁰⁷.)

Конструкция дееспособности в семейно-правовой сфере, безусловно, также имеет свои специфические черты. В частности, многообразие и неоднородность семейных правоотношений не позволяет говорить о существовании в семейном праве некой общеотраслевой дееспособности и приводит к мысли о необходимости ее дифференциации (как и правосубъектности в целом) на видовые (специальные) дееспособности (по аналогии с семейной правоспособностью) применительно к отдельным видам семейных правоотношений, в рамках которых она по-особому проявляется¹⁰⁸. Так, например, брачная дееспособность (согласно п. 1 ст. 13 СК РФ) возникает одновременно с соот-

¹⁰⁶ См.: Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 109–110, 167–169; Пергамент А.И. Указ. соч. С. 3.; Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 47; Тарусина Н.Н. Семейная, гражданская и гражданско-процессуальная правосубъектность ребенка... С. 136–139; Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. 2012. № 4. С. 39; Летова Н.В. Специальная правоспособность и правовой статус ребенка // Государство и право. 2012. № 9. С. 72.

¹⁰⁷ Семейный кодекс РФ отличается указанным типом безразличия либо нигилизма, отказываясь от попыток дефинирования (за редким исключением). Подробно об этом см., например: Тарусина Н.Н. Российский семейный закон: между конструктивностью и неопределенностью. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 11–61.

¹⁰⁸ См.: Тарусина Н.Н., Сочнева О.И. О семейной правосубъектности ребенка – в общем контексте конструкции // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 2 / Под ред. Н.Н.Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 93–94.

ветствующей правоспособностью, то есть с достижением совершеннолетия. При наличии уважительных причин (беременность, рождение ребенка) закон допускает возможность вступления в брак и для несовершеннолетних лиц с 16 лет, а по специальному региональному решению и с 14-15 лет (п. 2 ст. 13 СК РФ). При этом вступивший в брак несовершеннолетний по смыслу п. 2 ст. 61 СК РФ перестает быть ребенком, приобретает полную дееспособность в гражданском праве (ст. 21 ГК РФ), но не приобретает полной брачной дееспособности. В частности, в ситуации расторжения им брака до достижения 18 лет он, сохраняя полную гражданскую дееспособность, не «возвращает» себе статус ребенка, а в части брачной правосубъектности при желании повторно зарегистрировать брак до 18 лет он снова, «впав в детство», должен повторить процедуру, обозначенную законодателем в п. 2 ст. 13 СК РФ¹⁰⁹.

В сфере «родительско-детских» правоотношений уникальной, не имеющей аналогов с точки зрения проявления правосубъектности представляется фигура несовершеннолетнего родителя, не состоящего в браке (включая и «усеченный» родительский статус лиц, не достигших 16-летия): он и родитель, и ребенок одновременно. Подобная «пограничность» его статуса объясняется тем, что рождение внебрачного ребенка не влияет на объем гражданской дееспособности таких несовершеннолетних родителей, не влечет утрату ими статуса ребенка по отношению к собственным родителям¹¹⁰. (Кстати, это не

¹⁰⁹ См.: Тарусина Н.Н. Российский семейный закон: между конструктивностью и неопределенностью. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 125–138.

¹¹⁰ Антокольская М.В. Семейное право. М., 2002. С. 205-206; Она же. Семейное право. М., 2010. С. 276–277; Величкова О.И. Проблемы законного представительства несовершеннолетних // Цивилист. 2007. № 3. (Справочная правовая система «Консультант Плюс»); Савельева Н.М. Правовое положение ребенка в Российской Федерации: гражданско-правовой и семейно-правовой аспекты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2004. С. 10; Сочнева О.И. Правовой статус несовершеннолетних родителей по семейному законодательству РФ // Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки. 2010. № 2. С. 35–36; Тарусина Н.Н. Возраст как юридический факт брачного правоотношения: «оцифрованное

универсальное нормативно-правовое решение. Например, норма ч. 1 ст. 156 Семейного кодекса Украины устанавливает: «Несовершеннолетние родители имеют такие же права и обязанности в отношении ребенка, как и совершеннолетние родители, и могут осуществлять их самостоятельно». Правда, указание на объем их дееспособности отсутствует, что вынуждает к выводу о неполном рабочем состоянии данного правила.)

В еще большей мере специфика семейной правосубъектности (право- и дееспособности) проявляется в регламентации правового статуса ребенка. В семейно-правовой сфере ребенок выступает субъектом большого количества правоотношений: с родителями, иными близкими родственниками, усыновителями, опекунами (попечителями), приемными родителями, отчимом (мачехой), фактическим воспитателем. По мнению М.В. Антокольской, во всех этих случаях он недееспособен и «его дееспособность не нуждается в восполнении»¹¹¹. А.П. Сергеев также отмечает, что некоторые из семейно-правовых возможностей самой своей природой рассчитаны на их реализацию малолетними недееспособными лицами¹¹².

Сущность природы правоотношений с участием детей, замечена верно, однако суждение об их недееспособности представляется спорным. В ряде своих работ мы подчеркивали, что в «семейно-правовом пространстве ребенок обладает специфической, «плавающей» дееспособностью»¹¹³. Эта дееспособность, во-первых, своеобразно структурирована по возрастному критерию: 1) без установления нижнего предела и любых иных критериев ребенок вправе выражать свое мнение при решении семейных вопросов, затрагивающих его интересы; 2) с 10-летнего возраста учет мнения ребенка обязателен, кроме случа-

приключение» // Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки. 2012. № 1 (19). С. 74–75.

¹¹¹ Антокольская М.В. Семейное право. М., 2010. С. 136.

¹¹² Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 397.

¹¹³ Тарусина Н.Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник ЯрГУ им. П.Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки. 2011. № 1. С. 58; Ее же. Российский семейный закон: между конструктивностью и неопределенностью. С. 115–116.

ев, когда это противоречит его интересам; 3) в ряде ситуаций с этого же возраста требуется согласие ребенка на совершение в отношении него семейно-правовых актов (ст. 59, 72, 132, 136, 143, 145 СК РФ); 4) с 14 лет ребенок приобретает дополнительные возможности, включая право на самостоятельную судебную защиту (ч. 2 п. 2 ст. 56 СК РФ), право на снижение брачного возраста – в рамках регионального законодательства¹¹⁴; 5) с 16 лет у него возникает аналогичное право на снижение брачного возраста в общефедеральном контексте, право самостоятельно осуществлять родительские права и обязанности в отношении внебрачного ребенка и т.д. (п. 2 ст. 13, п. 2 ст. 62 СК РФ). Во-вторых, она ограничена во времени своего существования: дееспособность и правоспособность ребенка как особого субъекта семейных правоотношений прекращается с достижением совершеннолетия, а также в иных случаях приобретения им полной дееспособности (п. 2 ст. 61 СК РФ).

Примечательно, что и представители науки гражданского права периодически как бы «проговариваются» относительно волевых возможностей детей того или иного возраста. Так, В.В. Ровный, толкуя гражданское законодательство, замечает, что малолетние граждане до 6 лет недееспособны абсолютно, с 6 до 14 – с исключениями, от 14 до 18 лет – частично¹¹⁵. М.В. Кротов пишет: закон предоставляет несовершеннолетнему возможность «постепенно приучаться к совершению самостоятельных волевых действий»; предусматривает «определенные возрастные этапы», с наступлением которых проявляются «более широкие элементы дееспособности» (совершения отдельных видов сделок, а на заключительном этапе взросления – и самостоятельной имущественной ответственности); едва ли «можно сравнивать уровень осознания совершаемых действий годовалым ребенком и 13-летним подростком; первый этап взросления – от 6 до 14 лет¹¹⁶. При этом «ключ» к дееспособно-

¹¹⁴ Подробно об этом см., например: Тарусина Н.Н. Возраст как юридический факт брачного правоотношения... С. 74–75.

¹¹⁵ См.: Гражданское право/ Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. С. 148.

¹¹⁶ См.: Гражданское право/ Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 1. С. 121.

сти лица – в самостоятельной ответственности за свои действия¹¹⁷.

В.В. Ровный подчеркивает, что не следует обольщаться формулой законодателя, фиксированной в названии ст. 28 ГК РФ «Дееспособность малолетних», - ее следует понимать не в буквальном (положительном), а в противоположном, то есть отрицательном смысле (отсутствия таковой)¹¹⁸.

Напротив, А.Е. Тарасова видит в данном законодательном приеме и положительное значение. Безусловно, - отмечает автор, – уровень психофизической зрелости малолетних в возрасте до 6 лет не позволяет относиться к ним, как к деятельным (волевым) субъектам, однако определенные виды юридически значимых действий они совершают, прежде всего юридические поступки: обнаруживают находки, участвуют в детских конкурсах рисунков¹¹⁹ и побеждают в них, снимаются в рекламных роликах и фильмах и т.п.

Примеры, конечно, несколько зыбкие... Так, относительно авторских прав, Н.М. Ершова замечает, что, с одной стороны, в процессе детского творчества возникновение произведения не связано с действиями представителя¹²⁰, это результат творческого труда ребенка; однако, с другой стороны, возникновение авторских прав, в отличие от целого ряда других, не обусловлено наличием дееспособности – с последней связывается осуществление авторских прав, уже возникших¹²¹.

В то же время в контексте уже изложенных «колебаний» цивилистов оговорках об исключениях, этапах волевого взросления ребенка, допущение отдельных элементов дееспособности у малолетних не невозможно, особенно) и условно – в

¹¹⁷ Там же. С. 123.

¹¹⁸ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. С. 149.

¹¹⁹ См.: Тарасова А.Е. Правосубъектность граждан. Особенности правосубъектности несовершеннолетних, их проявления в гражданских правоотношениях. М., 2008. С. 68–69.

¹²⁰ См.: Чефранова Е.А. Правосубъектность несовершеннолетних по советскому гражданскому праву: Дис. ...канд. юрид. наук. М., 1978. С. 8.

¹²¹ См.: Ершова Н.М. Охрана прав несовершеннолетних по советскому гражданскому и семейному праву. М., 1965. С. 26.

смысле ГК РФ) с 6 лет. Поэтому предположение А.Е. Тарасовой, что при определении дееспособности гражданина следует рассматривать «не только сделкоспособность, но и способность к совершению иных самостоятельных правомерных юридических действий»¹²², отнюдь не лишено основания.

Возвратимся, однако, к «плавающей» семейной дееспособности ребенка. Во-первых, желательно было бы уточнить терминологические параметры. Так, А.Е. Тарасова, ориентируясь на соответствующую традицию цивилистики, полагает дееспособность детей как до 14 лет, так и в промежутке от 14 до 18 лет, именовать «неполной», или «частичной»¹²³ (разумеется, ни в коем случае не «ограниченной», поскольку данный термин имеет специальное содержание). Это, к сожалению, не решает вопроса о формальном обозначении содержательных различий дееспособности указанных возрастных категорий – разве что условно (а большинство терминов условно) первую группу обозначить как частично дееспособную, вторую – как обладающую неполной недееспособностью. Второй терминологический вариант – следовать за ГК РФ (дееспособность малолетних и граждан от 14 до 18 лет). Возможны, видимо, в силу богатства русского языка, и другие варианты – подождем проявлений филолого-изобретательского духа.

Во-вторых, нет ясного объяснения, почему для начальной точки «минидееспособности» принят 10-летний возраст. В ГК, как уже отмечалось «суперминидееспособность» начинается с 6 лет (если принять это за обоснованное предположение). В определенном смысле образовательная дееспособность наступает с 7 лет (но допустим и 6-летний возраст¹²⁴). Значит, как бы ни утверждали цивилисты обратное, элементы дееспособности малолетнего налицо. Следовательно, и в семейном законодательстве необходимо определиться в этом вопросе: до 6 (7) лет мне-

¹²² Тарасова А.Е. Указ. соч. С. 69.

¹²³ См.: Тарасова А.Е. Указ. соч. С. 86.

¹²⁴ Впрочем, границы образовательной дееспособности весьма размыты.

ние ребенка может учитываться (?), с 6 (7) до 10 лет учитывается, с 10 лет учет позиции ребенка обязателен¹²⁵.

При этом Л.Б. Максимович справедливо замечает, что право ребенка («право голоса») на выражение своего мнения в целом, в качестве общей нормы, не обусловлено достижением определенного возраста – оно в любом случае требует внимательного к себе отношения. В этом духе сформулирована и норма ч. 1 ст. 57 СК РФ¹²⁶.

В-третьих, целесообразно гармонизировать перечень случаев, где требуется согласие последнего или, по крайней мере, вернуться к обсуждению этого вопроса¹²⁷: о согласии на установление отцовства, определение места жительства при раздельном проживании родителей, передачу ребенка от одного родителя к другому, общение с близкими родственниками и т.д. То же самое следует заметить и относительно частичной дееспособности 14-летнего: тезис о его возможности самостоятельно защищать свои семейно-правовые интересы в суде не стыкуется с жестким перечнем субъектов, имеющих право на предъявление иска по ряду категорий семейных дел (об установлении отцовства, о лишении или ограничении родительских прав и др.).

Кроме того, например, обновленное медицинское законодательство (Федеральный закон № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»), как и прежде, явно не находится относительно возрастных ограничений в системе с законодательством гражданским и семейным, так как

¹²⁵ По законодательству Финляндии условие об обязательном согласии ребенка на ряд актов начинается с 12 лет (включить в число членов общины, изменить имя или фамилию и др.). В то же время мнение ребенка может быть решающим и в возрасте моложе 12 лет, «если ребенок настолько развит, что его желание может быть учтено». (См.: Споры об опеке над детьми в Финляндии и России / Под ред. М. Миккола и О. Хазовой. Хельсинки, 2012. С. 17, 19).

¹²⁶ Подробнее о праве как таковом см. параграф о субъективных семейных правах и обязанностях ребенка.

¹²⁷ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2010. С. 245 и след.; Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 191.

право на информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство или отказ от него предоставляет несовершеннолетнему в возрасте старше 15 лет (ч. 2 ст. 54).

В-четвертых, как уже отмечалось рядом семейноведов, в том числе и автором, серьезные сомнения вызывает право регионов законодательно регулировать отношения по снижению брачного возраста ниже федерального предела (16-ти лет). Возможно, норма СК РФ и была обусловлена национально-культурным фактором. Однако на практике, как известно, ситуация не такова: одни регионы допускают 14-летний барьер, другие – 15-летний, третьи удовлетворяются федеральным правилом. Если учесть, что вступление в брак влечет приобретение полной дееспособности, то такая «разногласица» становится совершенно не приемлемой – это уровень Федерации¹²⁸. (Повторимся, что по смыслу гражданского и семейного законодательства при расторжении брака до достижения 18 лет несовершеннолетний сохраняет за собой полную гражданскую дееспособность, а для регистрации повторного брака должен вновь просить о снижении брачного возраста, т.е. становится не брачнодееспособным, возвращается в «семейно-правовое детство».)

Стремление к корректному взаимодействию семейных правоспособности и дееспособности ребенка, констатация его «минидееспособности» с 6 (7) лет и 10 лет неизбежно возвращает нас к дискуссии о возможности возложения на ребенка семейно-правовых обязанностей: подчиняться воле родителей (иных попечителей), их воспитательному воздействию. Категорическое отрицание таковой возможности – ввиду незрелости его самосознания и воли – вступает в очевидное противоречие с обозначенным ранее признанием способности 10-летнего ребенка определить собственную судьбу в вопросах о восстановлении в родительских правах, установлении усыновления и др. Да и обучение 7(6)-летнего ребенка в школе (соблюдение учебной дисциплины, выполнение заданий на уроках и дома и т.д.) вряд ли может квалифицироваться исключительно в качестве

¹²⁸ Подробно об этом см., например: Тарусина Н.Н. Возраст как юридический факт брачных правоотношений... С. 74–75. И др.

реализации его субъективного права... (Впрочем, об этом более подробно поразмышляем далее.)

Выявленные нами характерные черты семейной правоспособности и дееспособности (в том числе и прежде всего – ребенка), заключающиеся в особом их характере, содержании, специфике возникновения, прекращения и взаимодействия, не позволяет их отождествлять с правосубъектностью в гражданском праве: «специфический субъектный состав, лично-доверительный, безвозмездный характер большинства семейных правоотношений, теснейшее взаимодействие формально-юридических и нравственных начал в их содержании и конкретных проявлениях этого содержания – та «лакмусовая бумажка», которая неизбежно окрашивает исследуемые правовые конструкции хотя и в относительно цивилистические, но не гражданско-правовые цвета»¹²⁹.

На наш взгляд, конструкции гражданской право- и дееспособности в силу известных исторических корней могут рассматриваться как некий образец, исходный элемент для семейно-правовой доктрины, а также как объект для взаимной унификации положений о правосубъектности физических лиц. В то же время, очевидно, что семейно-правовая доктрина должна в этом вопросе развиваться относительно самостоятельно (в рамках системного межотраслевого подхода), а семейный закон склониться, наконец, к дефинированию указанных конструкций и констатации элементов их содержания, как по существу, так и в динамическом контексте.

¹²⁹ Тарусина Н.Н. Семейная, гражданская и гражданско-процессуальная правосубъектность ребенка... С. 136.

3. О субъективных семейных правах и обязанностях ребенка

Понятию, содержанию, классификации личных прав ребенка (прежде всего – в семейно-правовой сфере, а также в смысле Конвенции ООН о правах ребенка) посвящено немало цивилистических трудов¹³⁰. Н.А. Темникова, систематично и плодотворно обобщив позиции семейноведов, обозначила следующие специфические черты личных прав ребенка. 1. Их возникновение связано с событием (рождением), а не с выражением чьей-либо воли путем действия. 2. Они имеют срочный характер. 3. Законодательное закрепление семейных личных прав ребенка обусловлено не столько с необходимостью его индивидуализации, сколько устойчивой общественной потребностью контроля за его социальным жизнеобеспечением в различных типах семьи¹³¹. 4. Данные права весьма неоднородны: одни регулируются на традиционном регулятивном уровне, с закреплением процедуры их осуществления (имя и его изменение, учет мнения и т.п.), другие, имея в большей степени этико-социальное содержание, строятся по модели охранительного права, причем для обязанных субъектов (например, родителей). 5. Права реализуются,

¹³⁰ См., например: Красавчикова Л.О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации: Дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург. 1994; Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001; Малеин Н.С. Охрана прав личности советским законодательством. М., 1985; Беспалов Ю.Ф. Семейно-правовое положение ребенка в Российской Федерации. М.: Проспект, 2013; Темникова Н.А. Защита личных прав ребенка по семейному праву России. Омск, 2010; Король И.Г. Личные неимущественные права ребенка по семейному праву Российской Федерации. М.: Проспект, 2010. И др.

¹³¹ Изложение позиции, как правило, осуществляется близко к авторскому тексту, но возможны и «филологические модификации» – при общем сохранении смысла авторской позиции.

прежде всего, в рамках относительных правоотношений. 6. Ребенок не является субъектом обязанным. (Относительно данного утверждения автора единства мнений нет, о чем мы посвятим несколько страниц сочинения далее.) 7. Осуществление права нередко сопровождается значительной энергетикой должностования: возможность отказа от его реализации, как правило, законом не предусмотрено. (С данной позицией законодателя, впрочем, согласны не все цивилисты, о чем речь также впереди.) Н.А. Темникова в заключение предлагает определение рассматриваемой семейно-правовой конструкции (с коим вполне можно согласиться): «семейно-личные неимущественные права ребенка – это субъективные личные права, возникающие с рождения и прекращающиеся с достижением полной дееспособности, направленные на нормальное развитие и социализацию ребенка и имеющие высокую степень публичного интереса, заключающегося в осуществлении контроля за действиями родителей и заменяющих их лиц»¹³².

В связи с конструкцией личных прав¹³³ ребенка, их обусловленностью, с одной стороны, общесоциальным контекстом бытия, с другой – Конвенцией о правах ребенка, весьма явно просматривается необходимость выхода соответствующего информационного потока за пределы «русла» семейного права. Все более и более насущной представляется идея о комплексном нормативно-правовом акте – Детском кодексе, или Кодексе прав ребенка (название – дело второе). Кроме потребности в систематизации, причем не декларативной, а содержательно-конкретной, столь важного правового института, реализация идеи будет иметь значительное (возможно, неопределимое по обычной шкале) информационно-воспитательное значение – для детей, умеющих читать и анализировать прочитанное, родителей, иных попечителей, общества в целом. В принципе, подобный комплексный закон может явиться предпосылкой формирования комплексной отрасли детского права (не

¹³² См.: Темникова Н.А. Указ. соч. С. 64–67.

¹³³ Мы намеренно избегаем дополнительно термина «неимущественных», так как полагаем, что качество и содержание личных прав ребенка предполагает дистанцирование от гражданско-правовых традиций.

ювенального, – особенно в некоторых предлагаемых контекстах)¹³⁴.

В этой связи среди многих достойных и правомочных классификаций мы бы предпочли опереться на дифференциацию личных прав ребенка по социофункциональному критерию: 1) права, обеспечивающие автономию личности ребенка (право на жизнь, имя, неприкосновенность личности и семейной жизни, уважение чести и достоинства; 2) права, обеспечивающие социализацию ребенка (право жить и воспитываться в семье, на общение с родственниками и иными близкими лицами, получение образования, приобщение к культуре, языку, религии своего народа, пользоваться социальными услугами); 3) права, обеспечивающие реализацию¹³⁵ личности ребенка с внешним миром (право на свободу ассоциаций, собраний, доступа к информации, отдых, развивающие занятия в сфере развлечений, спорта, искусства и т.п.)¹³⁶. Полагаем, что в первую группу следует включить и право ребенка знать своих родителей, а во вторую – право на выражение своего мнения и право

¹³⁴ См.: Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 61-62; Сочнева О.И. О «детском праве» как комплексном нормативно-правовом блоке социального законодательства // Социально-юридическая тетрадь (СЮрТе). Вып. 1 / Под ред. Н.Н.Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2011. С. 76-100.

Полагаем, что Федеральный закон «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» от 24.07.1998 г. эту задачу отнюдь не решил, так как весьма декларативен и несистемен. Такую же оценку следует дать и соответствующим региональным законам, несмотря на позитивные отзывы некоторых авторов, например, В.И. Абрамова. (См.: Абрамов В.И. Правовая политика современного российского государства в области защиты прав детей // Государство и право. 2004. № 8. С. 22.)

О.И.Ильина, в целом соглашаясь с идеей о необходимости формирования подотрасли детского права, тем не менее полагает, что основным документом должен оставаться Семейный кодекс. (См.: Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. С. 67) Что ж, не исключен и такой вариант, однако в этом случае главе 11 следует придать комплексный статус, расширив объем охвата его детской проблематики.

¹³⁵ Возможно, более точен термин «взаимодействие».

¹³⁶ См.: Темникова Н.А. Указ. соч. С. 69–70.

на защиту субъективных (семейных и других) прав и законных интересов.

Обратимся к ключевым правам (преимущественно семейно-правовой природы).

* * *

Право ребенка на имя (отчество и фамилию), как отмечал И.А. Покровский, «является обозначением личности, оно отличает человека от других и связывает с собой всю совокупность представлений о внешних и внутренних качествах его носителя»¹³⁷. Разумеется, возможно полное совпадение у нескольких лиц всех трех элементов имени, но, как известно, дополнительно к ним действуют определенные юридические механизмы, фиксирующие, в частности, связь ребенка с матерью, отцом. Ребенок (а также и взрослый человек) может иметь имя, данное ему (ей) при крещении, которое может не совпасть со светским, однако указанный вариант развертывания событий юридического значения не имеет.

«Принятый, – размышлял М.М. Агарков, – в современных культурных странах способ наименования развивался исторически, путем долгой бессознательной эволюции, и право должно отнестись к нему как к прочно укоренившейся в народной психологии привычке. В случае надобности оно имеет в своем распоряжении другие способы индивидуализирования. ... Социальное бытие личности достигается только путем обособления от других. ... Поэтому-то личное благо, выражением которого служит имя – социальное обособление индивидуальности, является основанием, на котором покоится все то, что принято обозначать, как моральное достояние человека»¹³⁸.

(Следует заметить, что, например, с русскими именами случился очевидный гендерный перекоп: в имени ребенка есть указание только на отца. Впрочем, этот перекоп характерен и для других культурологических групп).

¹³⁷ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 123.

¹³⁸ Агарков М.М. Право на имя // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М.: Статут, 2005. С. 143.

Российское законодательство, в том числе семейное, при официальном закреплении (регистрации) имени ребенка полностью полагается на родителей (в особых случаях – усыновителей, орган опеки и попечительства). Буквальное его толкование, подчеркивает О.Ю. Ильина, не дает права органу ЗАГС отказать родителям в присвоении имени по мотивам неблагозвучности, нецелесообразности и т.п. В этой связи автор¹³⁹ приводит яркий пример «непослушания» данного органа, отказавшего в соответствующей регистрации. В семье художника и реставратора родился мальчик, которому в течение полутора лет не было официально присвоено имя – он отзывался на кличку «БОЧ», которую родители и полагали закрепить в официальном статусе, в чем им было Чертановским ЗАГС отказано по мотивам ущемления права ребенка. Отец ребенка обратился сначала в районный суд, а затем и в Московский городской суд, которые последовательно не удовлетворили его заявление. В процесс были привлечены специалисты из Института русского языка РАН, которые признали избранное родителями имя БОЧРВФ260602 («Биологический объект человека рода Ворониных-Федоровых 26.06.2002 г. рождения) аббревиатурой. Судебные инстанции, конечно же, руководствовались интересами ребенка. Однако по смыслу норм ч. 2 и 4 ст. 58 СК РФ определение имени – абсолютная и исключительная прерогатива родителей. Как показывает практика, подобное нормативное решение следует смягчить, предусмотрев и в СК РФ, и в Федеральном законе «Об актах гражданского состояния» основания к отказу родителям (другим правомочным лицам) в официальном присвоении имени – с учетом главного критерия «соответствие интересам ребенка». В качестве примерного образца можно принять положение ст. 69 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь: в исключительных случаях отказ в присвоении имени возможен, если это противоречит нормам общественной морали, национальным традициям. Предложение о

¹³⁹ А также и другие авторы, например, И.Г. Король (См.: Король И.Г. Указ. соч. С. 125).

том или ином варианте ограничения «фантазии» родителей¹⁴⁰ высказываются семейноведами¹⁴¹, однако без результата¹⁴².

В этой же связи, например, О.Ю. Юрченко полагает целесообразным вернуться к практике прошлых лет: Минюстом РСФСР для органов ЗАГС был рекомендован справочник личных имен, разработанный еще в 1957 г. и неоднократно переиздававшийся. Автор также обращает внимание на практику Исландии, где существует официальный список разрешенных имен, составленный комитетом по наименованию; этот же комитет рассматривает иные предложения, например, по иностранным именам – на предмет фактической и грамматической совместимости с исландским языком.

Если российские родители, продолжает автор, пожелают выбрать для ребенка имя, не включенное в перечень, необходи-

¹⁴⁰ Т.В. Шершень, в ряду достаточно известных, приводит и более экзотические примеры. Так, в 20-40-е годы встречались имена «Революция», «Тракторина», «Лапанальда» (Лагерь папанинцев на льдине) и т.п.; в 2007 году органами ЗАГС г. Перми были зарегистрированы «Дантес» и «Принц Макарий», Королева-«Виагра» и т.д.; во Вьетнаме – «Оштрафованный на Шесть Тысяч Пятьсот» (именно такую сумму штрафа заплатил отец за рождение пятого ребенка – при демографическом ограничении до двух детей в семье)... (См.: Шершень Т.В. Актуальные проблемы реализации права на имя и перемену имени // Российский юридический журнал. 2010. № 2. С. 65-71).

¹⁴¹ См.: Ильина О.Ю. Интересы ребенка в Российской Федерации. С. 128; Король И.Г. Указ. соч. С. 125; Шершень Т.В. Указ. соч. С. 66-67; Беспалов Ю.Ф. Указ. соч. С. 65. И др.

¹⁴² По вопросу неудобного имени не вполне определенной является и позиция Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ). Так, например, в деле по жалобе родителей на отказ французских властей зарегистрировать имя их дочери как «Fleur de Marie» Суд квалифицировал отказ как посягательство на частную сферу жизни, так как выбор родителями имени ребенка обусловлен личным и эмоциональным моментом. В то же время он не установил нарушения ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, обратив внимание, что дочь заявителей постоянно называли ее именем без приставки «de», что соответствовало и позиции указанных властей. (см.: Туманова Л.В., Владимирова И.А. Защита семейных прав в Конституционном Суде по правам человека. М.: Городец, 2007. С. 135.

мо рассмотрение вопроса специальной комиссией, с правом последующего обжалования в суд¹⁴³.

Не в полной мере отвечает указанному критерию и норма ч. 3 ст. 51 СК РФ. Её редакция, как справедливо замечает А.М. Нечаева, вроде бы подразумевает обязанность матери ребенка, рожденного вне брака (при отсутствии признанного или установленного отцовства) дать это «указание», однако на практике данная конструкция иногда толкуется как право¹⁴⁴.

Несколько аморфно сформулированы правила ст. 59 СК РФ относительно права ребенка на защиту своих интересов в части изменения имени. Из смысла нормы ч. 1 ст. 59 СК РФ следует, что родители правомочны ставить перед органами опеки и попечительства вопрос об изменении имени (фамилии) ребенка до достижения им возраста 14 лет. Однако что происходит дальше? Возникает аналогичное право ребенка?.. По смыслу ч. 1–3 ст. 58 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» с 14-летнего возраста у гражданина появляется право на перемену любого элемента имени, с согласия родителей, решением органа опеки и попечительства, а при отсутствии согласия – решением суда. В СК РФ, однако, это уточнение отсутствует, что нарушает системность нормы ст. 59. Кроме того, как продемонстрировано ранее, родители могут трактовать свои права относительно рассматриваемых средств индивидуализации ребенка весьма своеобразно. Да и не только имя, но и фамилия может быть неблагозвучной. В соответствии с нормой п. 2 ч. 2 ст. 56 СК РФ ребенок, без ограничения возраста (то есть по факту осознания нарушения своих прав и/или законных интересов), вправе обратиться за защитой в орган опеки и попечительства. Однако последний не может инициировать (по просьбе ребенка) решение проблемы о его имени (фамилии), хотя, как показывает административная практика, потребность в этом есть. Например, в случае особо неблаго-

¹⁴³ См.: Юрченко О.Ю. Реализация родителями права новорожденного на имя // Семейное и жилищное право. 2012. № 2. С. 24–25.

¹⁴⁴ См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А.М. Нечаева. М.: Юрайт, 2009. С. 179.

звучной фамилии родителей¹⁴⁵. До 10 лет юридического основания, видимо нет. Поскольку с 10-летнего возраста ребенку предоставлено право на активное выражение своего мнения (в виде согласия) по ряду значимых семейно-правовых актов, возможно, целесообразно задуматься и о его праве ставить вопрос об изменении имени и/или фамилии – перед органами опеки и попечительства, а последним – дать право его решать? Конечно, позиция спорная. С одной стороны, неблагозвучных фамилий немало, ребенок должен носить фамилию родителей (отца, матери) и приучаться противостоять насмешкам сверстников. С другой стороны, не высока ли цена этого «стоицизма», не сформируется ли в результате выраженный неврастеник?..

Изменение отчества, хотя и подпадает под действие тех же правил ст. 59 СК РФ и ч. 1 ст. 58 Федерального закона «Об актах гражданского состояния», имеет очевидную специфику: отчество присваивается по имени лица, зарегистрированного в качестве отца ребенка или фиктивного отца (ч. 3 ст. 51 СК РФ) с применением конструкции фикции.

В связи с проблемой изменения фамилии и отчества Ю.Ф. Беспалов предлагает нашему вниманию изложение позиции Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) «Т.А. Алексеева и другие против Российской Федерации». Заявительница, бабушка-опекун трех несовершеннолетних девочек, родители которых были лишены родительских прав, получила отказ российских судов об изменении фамилии и отчества с тем, чтобы все дети именовались одинаково («Симбирцева» и «Александровна»). Подробный анализ оснований отказа и позиции ЕСПЧ дается автором¹⁴⁶. Мы же ограничиваемся тремя констатациями. Во-первых, споры об имени и фамилии относятся к области применения ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, даже если она не содержит определенно выраженного предписания по данному вопросу, имя и фамилия как средства идентификации личности и воссоедине-

¹⁴⁵ Практике известен случай, когда ребенок просил об изменении в фамилии хотя бы одной буквы, так как действующий вариант вызывал постоянные насмешки в школе. При этом родители не считали возможным вносить изменения в свою фамилию.

¹⁴⁶ См.: Беспалов Ю.Ф. Указ. соч. С. 69–73.

ния семьи касаются частной и семейной жизни человека (в случае особого аспекта русских имен это распространяется и на отчество). Во-вторых, для принятия решения о принадлежности к биологическим или социальным родителям требуется достичь определенного уровня зрелости (в соответствии с национальным семейным кодексом – возраста 14 лет). В-третьих, трудности переноса изменений документов, удостоверяющих личность на более поздний срок (то есть до достижения указанного возраста), являются относительно незначительными и обычными для тех, кто ходатайствует об изменениях в актах гражданского состояния, не относятся к чрезмерным, и их недостаточно, чтобы в более раннем возрасте было предоставлено право изменить отчество.

* * *

Казалось бы, на первый взгляд очевидное право ребенка знать своих родителей на второй и последующий взгляды также вызывает к размышлению и дискуссии.

Так норма п. 1 ст. 7 Конвенции о правах ребенка данное право предусматривает, хотя и с разумной оговоркой «насколько это возможно». Российский Семейный кодекс содержит аналогичное правило (ч. 2 ст. 54 СК РФ). Однако, во-первых, законодательство внутренне противоречиво. С одной стороны, по смыслу нормы ст. 47 СК РФ родителем является лицо, связанное с ребенком фактом происхождения. С другой стороны, многолетняя общественная практика выработала разнообразные «ухищрения» в реализации данной конструкции: презумпцию отцовства в браке (лонгированную на 300 дней), которую сам ребенок вправе опровергать только с 18 лет (ч. 1 ст. 52 СК РФ); опека от биологического отцовства в пользу социального при применении метода искусственного оплодотворения или имплантации эмбриона (при условии дачи супругом согласия на указанные действия (ч. 4 ст. 51 СК РФ), соответственно – тайна донорства; некоторые ограничения в добровольном признании и при судебном установлении отцовства (ч. 3 ст. 48, ст. 79–50 СК РФ); право суррогатной матери решать вопрос о передаче выношенного и рожденного ею ребенка генетическим родителям, а значит – и о регистрации их в качестве таковых (п. 2 ч. 4

ст. 51 СК РФ), при согласии суррогатной матери – обязанность генетических родителей зарегистрировать свое отцовство (абз. 1 ч. 4 ст. 51 СК РФ); тайна усыновления.

Как мы отмечали ранее, среди традиционных попыток ограничения рассматриваемого права ребенка наиболее богатую историю имеют дела об установлении внебрачного отцовства. СК РФ отказался от формулы прежнего кодекса (ст. 48 КоБС РСФСР), очевидным образом служившей возможностью судебного усмотрения. Однако, во-первых, в качестве рудимента в целом отвергнутой позиции в норме ст. 49 СК РФ появилось указание суду выносить положительное решение только при наличии достоверных доказательств, подтверждающих факт происхождения ребенка от ответчика (истца). Это требование оценивается нами отрицательно, не по глубинной сути своей, а в связи с акцентированием указанной процессуальной обязанности суда исключительно при рассмотрении данной категории гражданских дел, что, по меньшей мере, странно (если только не знать драматичной истории вопроса).

Во-вторых, поскольку правилам ст. 49 СК РФ существенным образом улучшающим процедуру защиты права ребенка на судебное отыскание его отца, не было придано обратной силы. По этому поводу были обращения в Конституционный Суд РФ. Так гр. И.Л. Шульгина подала жалобу на нарушение конституционных прав ее сына 1995 года рождения нормой ч. 2 ст. 48 КоБС РСФСР. В концентрированном виде аргументы заявительницы сводятся к следующему: указанная норма, в отличие от нормы ст. 49 СК РФ, ограничивает возможность судебного установления отцовства четырьмя альтернативными доказательствами фактами, не позволяя напрямую использовать такие современные средства доказывания, как генетическая экспертиза, которая является высокоточной; норма же ст. 49 СК РФ не содержит этих ограничений и опирается на факт происхождения; непридание правилу ст. 49 обратной силы, не только улучшающей положение внебрачного ребенка, но и создающей предпосылки равенства прав детей независимо от обстоятельств их рождения, дискриминирует детей, родившихся до введения в действие СК РФ.

Определением Конституционного Суда от 20.06.2006 г. №226-0 заявительнице было отказано в принятии жалобы¹⁴⁷. Между тем норма п. 1 ч. 1 ст. 169 о действии СК РФ во времени к нашему случаю воистину несправедливо и не обеспечивает принципа равенства прав детей. Суд, однако, не считал возможным давать системную оценку перечисленным нормативно-правовым позициям. (Разумеется, в 2013 году можно констатировать дезактуализацию проблемы, так как все дети выросли, детьми быть перестали. Но разве их право знать своего отца совершенно утратило смысл?).

В-третьих, стратегическая идея нормы ст. 49 СК РФ о широте обоснованного судебного усмотрения при обнаружении главного искомого факта (происхождение от данного мужчины) наталкивается на своеобразное «тактическое» противодействие со стороны нормы ст. 50 СК РФ об установлении факта отцовства умершего лица только на основании прижизненного признания им ребенка своим. То есть «экзерсисы» и «реверансы» в весьма грустную законодательную историю внебрачного отцовства продолжены. Разночтения положений ст. 49 и ст. 50 СК РФ разрешены максимально просто: суд вправе установить факт отцовства по правилам ст. 49 СК РФ¹⁴⁸. Однако до настоящего времени ошибка законодателя им самим не исправлена.

В-четвертых, спорным, как мы уже неоднократно отмечали, является позиция О.А. Хазовой. Автор допускает отказ в удовлетворении иска об установлении отцовства в интересах ребенка и семьи, даже при предъявлении генетической экспертизы: если ребенок воспитывается в благополучной семье, достиг достаточно сознательного возраста, считает ужа матери своим отцом (да и оба родителя или, по крайней мере, последние полагают его родным сыном или дочерью), предъявление иска предполагаемым настоящим биологическим отцом, разрушит мир в этой семье и нанесет ущерб интересам ребенка.

¹⁴⁷ Аналогичное определение было вынесено и по жалобе Д.В. Лукьяненко (от 17.10.2006 г. № 444-0).

¹⁴⁸ См. п. 4-5 Постановления Пленума Верховного Суда РСФСР от 25.10.1996 № 9 «О применении судами Семейного кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел об установлении отцовства и взыскании алиментов» (в ред. Постановления от 06.02.2007 г. № 6).

Представляется, продолжает автор, что суд вправе четкое, на первый взгляд, предписание ст. 49 СК РФ толковать расширительно и сделать вывод в пользу социального родства, отказав в удовлетворении иска¹⁴⁹.

Строго говоря, систематическое толкование норм ст. 47–49 СК РФ подобного вывода не предполагает. Возможно, обсуждать степень целесообразности приоритета в рассматриваемой ситуации социального родительства как исключительное правило *de lege ferenda*. Однако будет ли оно в действительности обеспечивать интересы ребенка, коль скоро семейный мир с высокой степенью вероятности окажется разрушенным?..

М.В. Антокольская, опираясь на другое правомочие ребенка (об учете его мнения при решении вопросов семьи), полагает необходимым доложить перечень случаев обязательного согласия ребенка, достигшего 10-летнего возраста, условия о таком согласии при судебном установлении отцовства. Собоображения биологического происхождения, – подчеркивает автор, – не должны столь сильно доминировать над социальной стороной родительства в ситуации, когда интересы ребенка требуют иного решения¹⁵⁰.

В этом смысле можно было бы квалифицировать право ребенка знать своего отца и в качестве возможности отказываться от юридического оформления такого знания. При этом проблема оптимальной защиты соответствующих интересов ребенка младше 10 лет комплексного решения не имеет. Как и не вполне ясна событийная будущность отказа суда в удовлетворении иска в интересах ребенка (по версии О.А. Хазовой), когда последний достигнет совершеннолетия¹⁵¹ и получит право предъявить иск самостоятельно.

Ключевым дискурсом в данном нормативно-правовом блоке является вопрос о степени относительности права ребен-

¹⁴⁹ См.: Хазова О. Установление отцовства // Закон. 1997. № 11. С 83– 84.

¹⁵⁰ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 190– 191; Ее же. Семейное право. М., 2010. С. 244-245.

¹⁵¹ *De lege ferenda* не исключен и возрастной ценз в 14 лет – в рамках общего правила о праве ребенка с 14 лет на самостоятельную защиту своих субъективных семейных прав и законных интересов.

ка тем или иным законным способом получить информацию о своих действительных (в биологическом смысле) родителях.

Так, З.И. Воронина полагает, что право конкретного индивида знать информацию о своем происхождении должно быть приоритетным, однако относительно ребенка его следует «дозировать»: предоставлять сведения только по решению суда на основании мотивированного заключения органа опеки и попечительства, в том числе не в полном объеме, например, сообщить о биологических родителях, но до совершеннолетия не информировать о применении метода суррогатного материнства¹⁵².

С практической точки зрения позиция довольно странная: ребенок так или иначе начнет задавать уточняющие вопросы, а, следовательно, ложь неизбежна. Кроме того, в общественной практике все чаще встречаются распиаренные случаи родительства российских «звезд» с применением института суррогатного материнства.

Полагаем, что в целом точка зрения российского законодателя о сохранении тайны донорства, усыновления отвечает интересам ребенка, хотя в зарубежном праве имеются и иные решения.

Что касается приоритетно защищаемого права суррогатной матери на оставление выношенного ею, но генетически чуждого ей, ребенка, то единства мнений нет и в этом вопросе.

* * *

Право ребенка жить и воспитываться в семье, в том числе и, прежде всего, родителями, рассчитывать на их заботу, обеспечение жизненно необходимых интересов личного порядка, уважение его достоинства, относится к важнейшим компонентам его семейно-правового статуса. Те или иные исключения составляют ситуации сиротства, раздельного проживания родителей, временного их отсутствия по уважительным причинам, ограничения или лишения родительских прав. В перечисленных

¹⁵² См.: Воронина З.И. Реализация права ребенка на идентифицирующую информацию // Российский юридический журнал. 2008. № 1. С. 66.

случаях происходит компенсация за счет иных форм попечения над детьми¹⁵³. Декларативность данного комплекса прав лишь кажущаяся, так как ему корреспондируют соответствующие обязанности родителей¹⁵⁴ (иных попечителей), обеспеченные мерами защиты и ответственности.

Следует заметить, что коль скоро и семейное законодательство (ч. 2 ст. 54, ст. 63 СК РФ), и доктрина адресуют право на воспитание и ребенку, и родителям (последним – с публичным элементом долженствования, через конструкцию единства родительских прав и обязанностей), то его содержание (содержания) имеют непростые взаимодействия и в теории, и на практике.

Так, нормы ч. 2 ст. 54 и ст. 55 СК РФ предлагают нам ориентиры, адресованные к ребенку: право на совместное прожи-

¹⁵³ В этой связи мы солидарны с О.А. Хазовой в том, что конструкцию опеки и попечительства следует законодательно распространять и на родителей, вводя в СК РФ и другие нормативно-правовые акты понятие «родительская опека» - наряду с традиционно принятыми опекой и попечительством «неродителями». Это гармонизирует понятийный аппарат и упростит терминологическое взаимопонимание с зарубежными правоприминителями, в том числе в трансграничной сфере. (См.: Споры об опеке над детьми в Финляндии и России. Хельсинки, 2012. С. 1–3.)

Между прочим КоБС РСФСР 1969 г. предпринял по этому поводу вполне определенный шаг, зафиксировав в норме ст. 133 «Сделки, которые не вправе совершать опекуны и попечитель...») следующее положение: «Правила настоящей статьи распространяются и на сделки, заключаемые родителями (усыновителями) в качестве опекунов (попечителей) своих несовершеннолетних детей». В широком смысле конструкция «опека (попечительство)» должна обнимать собою все варианты законной заботы о ребенке.

¹⁵⁴ В данном сочинении мы не считаем целесообразным анализировать несколько запутанную ситуацию с конструкцией единства прав и обязанностей родителей по воспитанию ребенка. Во-первых, это сделано нами в других работах (См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 298–314). Во-вторых, соответственно, нового «прорыва» в этом вопросе нами пока не достигнуто. Будем исходить из правомерной специфичности конструкции «права и обязанности родителей по воспитанию» (аналогично – и других попечителей) – в связи с активной публичной компонентой этих видов правоотношений и их особым субъективным составом.

вание с родителями, заботу, всестороннее развитие, уважение человеческого достоинства, общение с родителями и другими родственниками.

Д.И. Мейер отмечал, что «воспитание – понятие такое общее, что юридическое содержание его теряется: нередко одно пребывание дитяти при родителях выдается за воспитание, и юридически против этого нечего возразить, потому что, пожалуй, и это также воспитание»¹⁵⁵. Однако это было верно с точки зрения имперского семейного законодательства, в рамках института родительской власти, ныне официально отмененного. И хотя автор произвел определенное умозрительное допущение, подобная пассивная позиция, пусть и предполагающая минимум общения¹⁵⁶ с отцом или матерью, в принципе, не отвечает ни чаяниям современного законодателя, ни потребностям ребенка. Более того, иной раз общение с ребенком отдельно проживающего родителя может оказаться куда как благотворнее.

На основе анализа норм ст. 54 СК РФ и Конвенции о правах ребенка О.Ю. Косова предлагает рассматривать право на воспитание как предоставляемую «детям со стороны российского государства в рамках системы охраны детства возможность существования и индивидуального развития в условиях естественной или замещающей семьи»¹⁵⁷.

Праву ребенка (согласно общей ли теории права или реалиям жизни) корреспондирует обязанность родителей и других законных представителей совместного проживания (с исключениями, обусловленными уважительными причинами), заботы о насущных потребностях ребенка, его социализации, приспособ-

¹⁵⁵ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М.: Статут, 1997. С. 749. «Юридические гарантии проживания детей в семье, - замечает О.Ю.Косова, - «титულных воспитателей» «вкраплены» в ГК – местом жительства несовершеннолетних, не достигших четырнадцати лет, или граждан, находящихся под опекой, признается место жительства их законных представителей (родителей, усыновителей или опекунов) (п. 2 ст. 20 ГК)». (См.: Косова О.Ю. О праве на воспитание // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 2. / Под ред. Н.Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 59–60.)

¹⁵⁶ А, возможно, и не всегда предполагающая.

¹⁵⁷ Косова О.Ю. Указ. соч. С. 61.

ления (успешного, менее успешного) к жизни в обществе, элементарному выживанию или полноценному развитию. Недееспособность или неполная дееспособность в реализации рассматриваемого права восполняется не только родителями и им подобными лицами, но и общественными институтами контроля.

Институт же законного представительства является компонентом преимущественно долженствования, а не средством поглощения, замещения личности ребенка¹⁵⁸. По крайней мере, с семейно-правовой (юридической) точки зрения. Впрочем, также и с философской, социологической и педагогической. Иначе родители превращаются в сверхсубъектов, замыкающих на себя и права ребенка, и собственные права. Кстати, «витиеватая» конструкция единства прав и обязанностей в определенном смысле возвращает ребенка в статус объекта права, а родительство и детство – в пространство родительской власти, пусть и ограниченной¹⁵⁹.

В том числе в этой связи Е.М. Рыбинский замечает: «Существует противоречие между утверждением, что как личность ребенок является носителем всех фундаментальных прав, которые ему гарантирует Конвенция ООН о правах ребенка и Конституция РФ, и тем фактом, что большая часть прав ребенка передана родителям. А границы, когда государство может вмешаться в действия родителей (не обеспечивают достаточно полное развитие, подвергают дискриминации по разному поводу и т.д.), размыты, не определены, не прописаны в законах»¹⁶⁰. Прокомментируем: 1) в целом данное противоречие имеет объективный характер – важно не доводить его до критической

¹⁵⁸ В этом смысле представительство интересов ребенка имеет существенно иную природу нежели представительство недееспособных взрослых лиц – как бы доктрина и законодательство ни пытались их объединить в общую конструкцию.

¹⁵⁹ Подробно об это см.: Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 298-311.

¹⁶⁰ Рыбинский Е.М. Методологические аспекты и характеристики социального феномена детства // Актуальные проблемы детства. М., 1999. С. 55 (Цит. по: Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. С. 91).

стадии; 2) законодательство, в силу сложности и многообразного существования рассматриваемой правовой материи, вынуждено использовать оценочные критерии – конструкции «интересы ребенка», «общественные интересы», даже «интересы родителей»; 3) степень конкретизации взаимодействия статусов родителей и ребенка, действительно, следует усилить.

Содержание права родителей на воспитание своего ребенка предполагает относительно свободный выбор средств его социализации и заботы, включая соответствующие преимущественные возможности перед третьими лицами.

Как справедливо замечает И.С. Кон (а с ним, разумеется, и другие авторы), «социализация» и «воспитание» имманентно подразумевает неравенство и асимметричность взаимоотношений воспитателя и воспитуемого. В то же время и натура последнего, и восприятие ее особенностей (а также ребенка как человеческого существа с набором общих характеристик) корректирует указанную линейную зависимость¹⁶¹. Добавим: этому же способствует придание ребенку статуса юридической личности, создавая главную предпосылку системы «сдержек и противовесов» в отношениях родителей и детей.

Тем не менее, правам родителей корреспондируют не только обязанности третьих лиц воздерживаться (без законных к тому оснований) от вмешательства в процесс их реализации, но и обязанности детей, пусть и специфического рода, подвергнуться воспитательному воздействию родителей.

Подобное предположение высказывается в юридической науке достаточно давно. Речь не идет о традициях достаточно

¹⁶¹ См.: Кон И.С. Ребенок и общество. М., 1988. С. 134–136.

В зависимости от образа ребенка, сложившегося в данном обществе и в голове конкретного человека, члена этого общества, - продолжает автор, - формируется стиль воспитания: идее первородного греха соответствует репрессивная педагогика; идее социализации – педагогика формирования личности путем направленного позитивного обучения; идее природного детерминизма – задачи развития задатков и ограничения негативных проявлений; идее изначальной благодати ребенка педагогика саморазвития и т.д. Эти образы ребенка и стили воспитания в той или иной мере сосуществуют друг с другом. (См.: Кон И.С. Указ. соч. С. 137.)

давних лет, восходящих к институту родительской власти. Вопрос ставится не только (и не столько) в связи с известной формулой «нет прав без обязанностей и обязанностей без прав». Теоретико-юридическое предположение о наличии у ребенка некоторых обязанностей обусловлено отражением реальной позитивной жизненной практики и «проговорками» законодателя о признании за ребенком значимого правосознания (и «праводействия») в различные возрастные периоды его развития.

Так, О.С. Иоффе полагал, что в правоотношениях родителей и детей права и обязанности принадлежат обоим субъектам: правам родителей соответствуют обязанности, а обязанностям – права детей. Родителям, продолжает автор, разрешается применять любые непротивоправные и не противоречащие принципам морали методы воспитательного воздействия и коль скоро они тем самым получают разрешение закона, «налицо правовая охрана возлагаемых на детей обязанностей»¹⁶². («Право одного лица, - писал О.С. Иоффе, - приобретает смысл лишь в том случае, если соответствующая обязанность будет возложена на другое лицо. Но между этими лицами должно быть установлено и конкретное общественное отношение, ибо только в единстве правомочия и обязанности создаются условия для их реального существования»¹⁶³. Речь здесь, разумеется, не идет об абсолютном правоотношении и не о сплаве «права-обязанности» родителей.)

В первую очередь обязанность ребенка состоит в том, чтобы соотносить свое поведение с требованиями, предъявляемыми к нему родителями. Значение такой правовой конструкции, подчеркивает Е.М. Ворожейкин, сводится, прежде всего, к обеспечению воспитательного воздействия на ребенка, и это значение усиливается с взрослением последнего¹⁶⁴. О необходимости закрепления в законе обязанности детей уважать родителей, соблюдать их законные требования в области семейного

¹⁶² См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Ч. 3. Л., 1968. С. 238–239.

¹⁶³ Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 569.

¹⁶⁴ См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 188.

воспитания в эти же (начало 70-х) годы высказывалась и Н.М. Ершова¹⁶⁵.

А.Е. Казанцева по этому поводу замечает: «Признание ребенка не только управомоченным, но и обязанным субъектом имеет важное практическое значение. Однако вряд ли целесообразно закреплять обязанность ребенка в качестве правовой, поскольку развитие и сохранение этих чувств всецело зависит от родителей, их поведения и авторитета. Обязанность ребенка в правоотношении по воспитанию может состоять лишь в соблюдении требований, предъявляемых родителям»¹⁶⁶.

Н.А. Темникова занимает противоречивую позицию: с одной стороны, она согласна с предложенным ограничением, с другой стороны, полагает что ребенок до достижения совершеннолетия является носителем моральных, социальных обязанностей по выполнению требований юридического характера в связи с отсутствием соответствующих обеспечительных мер принуждения¹⁶⁷.

А.М. Нечаева полагает, что отсутствие в СК РФ обязанностей личного характера у ребенка отнюдь не является случайным, ибо, даже если бы они и были предусмотрены, неисполнение не влекло бы правовой ответственности; обязанности детей перед родителями (родственниками) относятся к морально-этическим¹⁶⁸. Солидарна с автором и И.Г. Король, предлагающая четче обозначить данную позицию в законе, в том числе изменив название раздела IV СК РФ («Права детей. Права и обязанности родителей»)¹⁶⁹, дабы все точки были расставлены.

М.В. Антокольская, констатируя, что праву родителей на воспитание детей противостоит обязанность последних «пре-терпеть воспитание», однако выводов *de lege ferenda* не делает, видимо, полагая ее фактической, а меры принуждения к ее

¹⁶⁵ См.: Ершова Н.М. Правовые вопросы воспитания детей в семье. М., 1971. С. 19.

¹⁶⁶ Казанцева А.Е. Обязанности и права, родителей (замещающих их лиц) по воспитанию детей и ответственность за их нарушение. Томск, 1987. С. 17-18.

¹⁶⁷ См.: Темникова Н.А. Указ. соч. С. 66-67.

¹⁶⁸ См.: Нечаева А.М. Семейное право. М.: Юристъ, 2006. С. 232.

¹⁶⁹ См.: Король И.Г. Указ. соч. С. 82-83.

исполнению – бытовыми (родители могут запретить детям посещение тех или иных мест, возвращение домой позднее определенного времени и т.п.), находящимися за рамками права¹⁷⁰.

Отрицая самую возможность применения конструкции обязанности к ребенку, Н.Д. Егоров полагает, что право родителей на воспитание существует только в рамках абсолютного правоотношения (с иными лицами), а не относительного между родителями и детьми. «В противном случае, – пишет автор, – пришлось бы прийти к нелепому выводу о том, что на малолетних детей возлагается юридическая обязанность подчиняться воспитательному воздействию со стороны родителей»¹⁷¹.

А разве это не так фактически? В зависимости от возраста и натуры реакция ребенка может быть пассивной в форме претерпевания или активной (осознанное подчинение, партнерство и т.п.). Не говоря уже о том, что такие «нелепые» выводы делают весьма уважаемые ученые, в том числе О.С. Иофе, один из ярчайших представителей петербургской цивилистической школы. Разумеется, аргументы «к персонам» не являются решающими, однако аргументы к фактической жизни из «песни не вычеркнешь».

Впрочем, продолжим. «На фоне международной охраны прав детей, в том числе от злоупотреблений со стороны родителей, – отмечает А.М. Рабец, – у несовершеннолетних детей, – на которых не возложено никаких обязанностей, формируется сначала чувство, а в дальнейшем и осознание вседозволенности». Определенное принудительное воздействие, продолжает автор, фактически осуществляется, вызывается жизненной потребностью, поэтому следует ввести в СК РФ нормы об обязанности детей повиноваться требованиям родителей, направленным на их надлежащее воспитание, и праве родителей «порицать и наказывать детей за недостойное поведение и неподчинение разумным требованиям»; обеспечение же данной обязанности мерами государственного принуждения не так уж

¹⁷⁰ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М.: Норма Инфра-М., 2010. С. 278–279.

¹⁷¹ См.: Гражданское право / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М.: Проспект, 2007. С. 295–296.

и важно, ибо даже ее декларативное присутствие будет способствовать повышению авторитета родителей в семье¹⁷².

«Истину», пожалуй, следует искать в компромиссном поле. Так, употребление термина «наказание» является сущностно опасным, может служить юридическим оправданием если не прямого (нормы ст. 65, 69, 73 СК РФ это запрещают), то косвенного обращения с элементами унижения достоинства ребенка, его личной неприкосновенности. В то же время, как справедливо замечает О.И. Сочнева, закрепление фактически существующей социально обусловленной обязанности ребенка подчиняться требованиям родителей позволяет сместить акцент правового регулирования права родителей на воспитание ребенка из абсолютных правоотношений¹⁷³ в относительные, с конкретным ребенком¹⁷⁴. Разумность требований, продолжает автор, очерчена в законе пределами осуществления родительских прав, где роль связующего звена играет понятие «интересы ребенка», и в каждом конкретном случае может быть оценена самим ребенком через реализацию права на мнение, органами опеки и попечительства, судом¹⁷⁵.

Что касается декларативности данной обязанности, ее содержательного проявления и обеспечения в этических, педагогических, психологических категориях, то, собственно во многом таковы традиции семейного законодательства. Этические представления о должном органически вплетены в ткань семейно-правового пространства в целом. Как неоднократно отмечалось в юридической литературе, в том числе и нами, взаимодействие права и морали в указанной сфере подчинено «триде». Во-первых, обусловленности семейно-правовых норм содержанием этического порядка. Во-вторых, приданию нравственным постулатам юридического значения: семейные отношения

¹⁷² См.: Рабец А.М. Проблемы укрепления нравственных начал в нормах о личных неимущественных правах и обязанностях родителей и детей // Научные труды РАЮН. М., 2003. № 3. С. 162–163.

¹⁷³ не исключив их с другими субъектами.

¹⁷⁴ См.: Сочнева О.И. О семейных обязанностях несовершеннолетнего ребенка // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе) Вып. 2 / Под ред. Н.Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, С. 107.

¹⁷⁵ Там же.

строятся на «чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей ее членов»; «родители ... обязаны заботиться о духовном и нравственном развитии своих детей»; «при назначении ребенку опекуна (попечителя) учитываются нравственные и иные личные качества опекуна (попечителя); суд вправе освободить супруга (бывшего супруга) от алиментной обязанности или ограничить ее определенным сроком в случае «недостойного поведения супруга, требующего выплаты алиментов»; и т.д. и т.п. (п. 2 ч. 1 ст. 1, п. 2 ч. 1 ст. 63, ч. 2 ст. 146, ст. 92 СК РФ).

В-третьих, при разрешении семейных дел (даже при отсутствии прямого указания закона) существенное значение имеет нравственная характеристика субъекта, ситуации в целом: утрата чувства любви (при разводе); аморальный образ матери, усыновителя и т.д.

Рассуждения о юридической «пустоте» означенных нами и им подобных семейно-правовых формально-юридических канонов кажутся основательными. Однако законодательство, особенно семейное, реализует не только формально-нормативные задачи. Сложившаяся законодательная практика (отличная от классической гражданско-правовой) отражает общественные потребности. Иначе она давно была бы предана забвению¹⁷⁶. Эта потребность реализуется в специальном регуляторе двойной (этико-юридической) природы, а коль скоро «писаным» источником является, как известно, закон, то в нем и следует фиксировать такие нормы.

Отрицание возможности закрепления за ребенком каких бы то ни было семейно-правовых обязанностей не соответствует также и российскому законодательству. Так, например, в норме ст. 43 ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» дан обширный перечень обязанностей обучающихся, а также предусмотрено применение к ним мер дисциплинарной ответственности с определенного этапа общего образования (п.п. 5-9

¹⁷⁶ Подробно о взаимодействии права и морали в семейно-правовой сфере см.: Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 31–34; Ее же. Российский семейный закон: между конструктивностью и неопределенностью. С. 81–88; Ее же. О судебном усмотрении. Ярославль: ЯрГУ, 2011. С. 62–68.

ст. 43). Право ребенка выразить свое мнение по вопросам жизнедеятельности семьи, давать согласие на ряд семейно-правовых актов, право на защиту своих субъективных семейных прав и законных интересов – свидетельствует о признании за ним элементов не только правоспособности, но и дееспособности¹⁷⁷.

Наконец, можно опереться и на зарубежный опыт. А.М. Нечаева, не разделяющая наших подходов к проблеме, тем не менее информирует читателя о практике закрепления обязанностей детей в семье: австрийское, болгарское, венгерское, испанское, итальянское законодательство и др. предусматривает положение об уважении детьми своих родителей; венгерский законодатель – следовать их советам, а оказывать почтение – законодатели французский, итальянский, американский (в ряде штатов)¹⁷⁸. Например, в соответствии с нормой 1626 Гражданского уложения Германии «Родители обязаны и вправе заботиться о несовершеннолетнем ребенке (родительская забота)», а норма 1619 предполагает обязанность ребенка посильным способом помогать родителям в домашнем хозяйстве и в их делах. По законодательству Финляндии дети с 7 лет обязаны учиться¹⁷⁹. Правило п. 4 ст. 124 Семейного кодекса Болгарии устанавливает: «Дети должны уважать своих родителей, бабушку и дедушку и помогать им»¹⁸⁰.

В качестве определенных гарантий против злоупотребления родителями своими правами представляют интерес нормы Семейного кодекса Украины: 1) запрещаются любые формы эксплуатации ребенка, физические наказания и иные виды наказания, унижающие его человеческое достоинство (п.п. 6-7 ст. 150); 2) «Ребенок вправе противиться неподобающему выполнению родителями своих обязанностей в отношении его» (п. 2 ст. 152).

* * *

¹⁷⁷ О чем мы подробно писали в главе о правосубъектности.

¹⁷⁸ См.: Нечаева А.М. Указ. соч. С.232.

¹⁷⁹ См. Споры об опеке над детьми. С. 16–17.

¹⁸⁰ Перевод наш.

К специальным «состовам» правоотношений по воспитанию относятся два вида, выделенных из общего правила в связи с особенностями фигуры воспитателя. Первый – реализация права на воспитание родителем, не проживающим с ребенком совместно вследствие развода или установления внебрачного отцовства. Второй – осуществление данного права в семьях с нетрадиционной сексуальной ориентацией (однополых семьях).

Остановимся на указанных жизненных вариациях подробнее. Так, М.В. Антокольская совершенно обоснованно дифференцирует ситуацию с внебрачным отцовством: родительские права могут приобретаться «внебрачным отцом» добровольно, с выраженным желанием, либо принудительно, в судебном порядке. В последнем случае, продолжает автор, целесообразность наделения указанного субъекта всем комплексом родительских прав вызывает сомнение. Значение биологической связи между ребенком и мужчиной не следует преувеличивать. Факт происхождения достаточен для возникновения алиментного обязательства, однако для установления социальной связи (типа родительства) помимо воли лица невозможно. «Ожидать от лица, – пишет М.В. Антокольская, – активно препятствовавшего установлению отцовства, осуществления родительских прав, по меньшей мере наивно. В лучшем случае он будет бездействовать, в худшем – использует свои права для того, чтобы отомстить матери ребенка, предъявившей иск об установлении отцовства». Например, в ряде случаев матери придется получить его согласие на совершение определенных действий, в чем «формальный отец» может отказать, что вызовет конфликты, необходимость вмешательства органов опеки и попечительства, а впоследствии, возможно, и суда, в том числе для решения вопроса о лишении родительских прав. «Не проще ли было, – спрашивает автор, – не наделять его родительскими правами помимо его желания?»¹⁸¹.

Мы неоднократно в своих работах высказывали солидарность с позицией М.В. Антокольской. Действительно, возмож-

¹⁸¹ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2010. С. 269–270; Ее же. Семейное право. М.: Юристъ, 1997.

ны как не востребованность родительских прав¹⁸², так и попытки их реализации с мотивацией, явно противоречащей целям родительства. Решение вопроса должно отдаваться на усмотрение суда. Однако в этой связи возникают и некоторые практические сложности. Так, при ограничении родительского статуса (или как бы изначально «ненаделении» им), по сложившейся гражданско-процессуальной традиции, необходимо заключение органа опеки и попечительства. Значит, придется привлекать его к участию в деле об установлении отцовства? Если же сформулировать императивное правило, без опоры на судебное усмотрение, без права суда конкретизировать ситуацию в зависимости от обстоятельств дела, то могут быть ущемлены интересы ответчика, добросовестно сомневавшегося в своем отцовстве¹⁸³, а вследствие этого, возможно, и интересы ребенка. Конечно, большую часть означенных сложностей и сомнений можно было бы разрешить весьма кардинальным способом – либо созданием специальных семейных судов, действующих в рамках особой гражданско-процессуальной формы, либо, по крайней мере, судебной семейной специализации в рамках существующей системы. Но где они, эти суды и эта специализация?..¹⁸⁴

Высказываются также предложения о введении в семейное законодательство конструкции специального, в том числе ограниченного (усеченного) родительского статуса при раздельном

¹⁸² М.В. Громоздина отмечает, что несколько иначе выглядит ситуация с матерью новорожденного ребенка, первоначально отказавшейся забрать его из роддома, а затем изменившей свое решение, так как ей была оказана помощь и поддержка, в том числе психологическая. Автор высказывает предположение, что дальнейшее поведение женщины в подобном случае скорее всего не отразится на качестве осуществления ею родительских прав. (См.: Громоздина М.В. Осуществление родительских прав при раздельном проживании родителей по законодательству Российской Федерации. Новосибирск, 2011. С. 17.)

¹⁸³ Совершенно исключить такое развертывание событий мы не можем.

¹⁸⁴ Подробней об этом см.: Тарусина Н.Н. Семейное право. М.: Проспект, 2001. С. 39–42; Ее же. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 541–548.

проживании одного из родителей вследствие расторжения брака¹⁸⁵.

Принцип формального правового равенства, который провозглашен и для родителей, с неизбежностью допускает отступления (исключения) с целью обеспечения общественно значимых, приоритетных интересов, в нашем случае – интересов ребенка. Да и реальные жизненные ситуации свидетельствуют о фактическом (иногда – и юридическом) уменьшении объема родительских прав при раздельном проживании. На это обстоятельство достаточно давно обратили внимание семейно-веды.

Так, о целесообразности соответствующих специальных семейно-правовых норм писала Н.М. Ершова¹⁸⁶. А.М. Нечаева подчеркивает, что всю основную нагрузку по воспитанию несет непосредственный воспитатель, родитель же, «проживающий в другом месте, располагает правом на воспитание в усеченном виде – в форме общения с детьми»; чтобы такое общение не утратило своей главной сути, оно должно быть регулярным, разнообразным, приспособленным к индивидуальному случаю¹⁸⁷.

При совместном проживании родителей (как бы в «удвоенном» семейно-правовом статусе¹⁸⁸ - супружеском и родительском) сущность брака и семьи, на нем основанной, презюмирует согласованность действий родителей в отношении ребенка. В принципе, эта презумпция не утрачивается, если, находясь в фактическом или юридическом разводе, родители заключили

¹⁸⁵ Подобная практика известна. Например, законодательство Финляндии знает конструкции «близкого опекуна» и «дальнего опекуна». Их положение, прежде всего, отличается в отношении содержания ребенка и проживания. Впрочем, известна и конструкция «поочередного проживания». См.: Споры об опеке над детьми в Финляндии и России. С. 2, 82.

¹⁸⁶ См.: Ершова Н.М. Правовые вопросы воспитания детей в семье. С. 20.

¹⁸⁷ См.: Нечаева А.М. Споры о детях. М.: Юридическая литература. 1989. С. 44.

¹⁸⁸ На это резонно указывает М.В. Громоздина. (См.: Громоздина М.В. Указ. соч. С. 37.)

соглашение о порядке реализации права на воспитание (общение)¹⁸⁹.

Однако тождества прав, как показывает системный анализ законодательства, уже нет. Так, родитель, проживающий совместно с ребенком, кроме фактического различия в статусах со вторым родителем, приобретает и дополнительные социальные гарантии (право на ежемесячное пособие по уходу за ребенком, распоряжение имуществом ребенка, в том числе алиментными суммами и т.д.), и дополнительные обременения¹⁹⁰ (например, по содержанию имущества, непосредственному уходу за ребенком).

Попытки зафиксировать *status quo* на уровне семейного законодательства предпринимались. Например, в законопроекте «О внесении изменений в статью 64 Семейного кодекса Российской Федерации» предлагалось наделить полномочиями по законному представительству прав и интересов ребенка того родителя, с которым определено место жительства. Правительством РФ проект не был поддержан. Он также подвергся критике уполномоченным по правам ребенка в Москве как необоснованно устранивший второго родителя от защиты прав и интересов несовершеннолетнего¹⁹¹. Тем не менее мы скорее солидарны с позицией М.В. Громоздиной, что даже и перераспределения представительских функций недостаточно (например, нерешенной остается проблема выезда несовершеннолетнего за рубеж, в том числе на учебу, лечение и т.п.), - целесообразно на законодательном уровне признать, что с момента определения его места жительства с одним из родителей последние обладают разным объемом прав, в том числе и в сфере законного представительства¹⁹².

¹⁸⁹ Впрочем, к сожалению многих специалистов, содержание этого соглашения весьма поверхностно определяется СК РФ (Подробнее см., например: Тарусина Н.Н. Российский семейный закон: между конструктивностью и неопределенностью. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 139–144), что не обеспечивает интересов ни родителей, ни детей.

¹⁹⁰ См.: Громоздина М.В. Указ. соч. С. 50–51.

¹⁹¹ Подробнее см.: Громоздина М.В. Указ. соч. С. 57–58.

¹⁹² Там же. С. 59.

В решении проблем родительства в ситуации «неполной» семьи сложились определенные стереотипы и рецепты (например, малолетний ребенок больше нуждается в материнской заботе, сын и дочь постарше – соответственно в отце или матери и т.д.). Неполных семей очень много (при том, что уровень разводимости постоянно повышается) – и общество к этому привыкло, в том числе и в контексте юридической практики.

Совершенно иначе выстраивается реакция общества и государства на явление однополых семьи. Причем мировые тенденции с очевидностью противоречивы – до противоположности. Так, ряд европейских стран и штатов США от допущения однополых гражданско-правовых партнерств¹⁹³ уже перешли к признанию однополых браков (среди них – Великобритания и Франция) и, соответствующих семей, на них основанных (с опекой, приемным родительством, усыновлением детей). 12 штатов США и округ Колумбия допускают усыновление детей однополыми парами либо на уровне законодательства, либо в рамках судебных прецедентов, в 5 штатах законодатели и правоприменители близки к подобному решению. В 9 штатах (в основном южных, что дает дополнительную информацию к размышлению) подобные акты запрещены. В остальных – вопрос пока не решен и действует традиционная норма. В Великобритании Актом «О гражданском партнерстве» 2004 г. усыновление однополыми парами разрешено¹⁹⁴. События 2013 г. о легализации однополых браков позиции нетрадиционных семей усилили. Сходные решения приняты в Бельгии, Канаде, Германии, Дании и других странах.

В подтверждение правомерности и обоснованности данной позиции проводятся соответствующие исследования, в которых в той или иной мере звучит один и тот же рефрен: гомосексуальность – не отклонение и не болезнь; большинство геев и лесбиянок живут здоровой, уравновешенной жизнью; сексу-

¹⁹³ Подробно об этом см., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 355–359.

¹⁹⁴ Подробнее см.: Исаева Е.А. Однополые пары и дети: аспекты британского и американского законодательства // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 2 / Под ред. Н.Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 141–143.

альная ориентация не может свидетельствовать о неспособности быть хорошим воспитателем – приемным родителем, усыновителем; «эффект гомосексуального родительства» не подтверждается¹⁹⁵. В то же время ряд американских ученых подчеркивают неоднозначность результатов этих исследований. Прежде всего они вызывают сомнения с точки зрения применяемой методологии: малочисленность контрольных групп и выборки, тенденциозность последней, безосновательность научных гипотез. Кроме того, в других исследованиях выявляются факты о том, что дети, воспитываемые в однополых семьях, более склонны к гомосексуальной самоидентификации, раннему рискованному сексуальному поведению. Не следует забывать и об установленном психологией и педагогикой факторе подражания детьми поведению своих родителей или других непосредственных воспитателей¹⁹⁶.

Мягко говоря, «запутывают» ситуацию судебные прецеденты о родительстве, биологическом и социальном, однополых пар при рождении ребенка с применением репродуктивных технологий. Так, один из американских судов рассмотрел дело о признании прав родителя и права на совместное проживание ребенка, решение о появлении которого на свет принималось «вчетвером» - лесбийской и гомосексуальной парой. При этом одна из женщин была биологической матерью, а один из мужчин – генетическим донором. Хотя ребенок постоянно проживал в лесбийской семье, со слов истца (биологического отца) его воспитание осуществлялось обеими парами как родительским союзом. Однако затем возникли разногласия по вопросам воспитания. В ходе процесса у суда сформировалось убеждение, что именно лесбийская пара принимала решения относительно ребенка, а поэтому именно они были и признаны его родителями. Судья также принял во внимание аргумент ответчиц, что предоставление родительских прав и обязанностей истцу будет угрозой автономии семьи и создаст почву для развития конфликтов в жизни ребенка. В другом деле суд признал статус

¹⁹⁵ См.: Там же. С. 141.

¹⁹⁶ Там же. С. 146.

родителей не только за биологическими отцом и матерью, но и за партнершей последней¹⁹⁷.

В Великобритании первым официальным ребенком лесбийской пары стала Лили-Мэй Вудс. В ее свидетельстве дамы были записаны как «мама» и «мама В». При этом использовался генетический материал анонимного донора, дабы не возникло права на отцовство. Актом 2008 г. «Об оплодотворении и эмбриологии человека» допускается существование и третьего родителя, если донор известен. Данным нормативно-правовым документом выделяются «отец», «мать», «родитель» как три различные категории¹⁹⁸. Мы солидарны с Е.А. Исаевой, что в случаях, подобных изложенным, ребенок изначально попадает в психотравмирующую ситуацию. В то же время, какой бы степени отрицательности ни была наша позиция, приходится принять *de facto*, что в западном мире ценности традиционной семьи постепенно объявляются равными нетрадиционной. В этой связи, поскольку российский законодатель и большинство российских граждан к такому взгляду отнюдь не склонны, придется пересматривать соответствующие международно-правовые договоры об иностранном усыновлении и выстраивать грамотное внутреннее «сопротивление» указанным тенденциям.

При этом следует заметить, что фактически такие семьи могут возникать и действительно существуют: мать ребенка в лесбийской паре, усыновление формально одиноким лицом, использование суррогатного материнства женщиной, не состоящей в браке¹⁹⁹.

* * *

Наиболее контрастно и содержательно проявляется развивающаяся личность ребенка при реализации им права на выражение мнения при решении в семье любого вопроса, затрагивающего его права и интересы, а также быть заслушанным по

¹⁹⁷ См.: Исаева Е.А. К вопросу о понятии «родитель»: опыт Великобритании // Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки, 2013. № 2.

¹⁹⁸ Там же.

¹⁹⁹ В этом смысле Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» гендерно несимметричен, так как не предусматривает аналогичного права за мужчиной (п. 9 ст. 55 закона).

указанным вопросам в ходе соответствующего судебного или административного разбирательства. (ст. 57 СК РФ).

В Конвенции о правах ребенка, которая и создала своими правоположениями предпосылки для автономизации и дифференциации детского статуса в зависимости от возраста ребенка и характера его интересов, формула объемней и содержательней. Во-первых, она включает в себя указание на условный момент возникновения права: когда ребенок становится способным сформулировать свои собственные взгляды (п. 1 ст. 12). Во-вторых, этим взглядам следует уделять должное внимание – в соответствии с его возрастом и зрелостью. В-третьих, само право включает в себя относительно свободную возможность поиска, получения и передачи информации и идей, независимо от границ и в любой приемлемой форме, включая произведения искусства (п. 1 ст. 13 СК РФ). В-четвертых, процессуально оно обеспечивается как в рамках судебного, так и административного производства (п. 2 ст. 12 СК РФ).

Установка нормы ст. 57 СК РФ на ограничение данного права собственно вопросами семьи, на наш взгляд, должна быть скорректирована. С одной стороны, разумеется, иные аспекты реализации права ребенка на выражение мнения фиксированы в законодательстве о гражданстве, свободе совести, образовании, здравоохранении, средствах массовой информации и т.д. С другой стороны, как мы уже неоднократно отмечали, максимально представительный ассортимент контекстов статуса ребенка должен быть систематизирован – либо в специальном кодексе (что весьма гипотетично), либо в расширенном специальном разделе Семейного кодекса.

По степени императивности и диспозитивности право на мнение довольно жестко дифференцировано: 1) до 10 лет учет мнения осуществляется исключительно в оценочном режиме, фактически и юридически может быть замещен позицией родителей, иных попечителей, администраторов и суда через конструкцию «интересы ребенка»; 2) с 10 лет либо осуществляется учет мнения ребенка (с обоснованием причин отступления от

него)²⁰⁰, либо испрашивается его согласие на совершение ряда семейно-правовых актов; 3) с 14 лет позиция ребенка имеет принципиальное значение, в ряде случаев он становится самостоятельным субъектом семейного права; 4) с 16 лет у несовершеннолетнего появляются специальные права из статуса «взрослого человека», например, самостоятельно осуществлять свои родительские права и обязанности, вступать в брак (через процедуру снижения брачного возраста) и вследствие этого стать полностью дееспособным гражданином – в смысле семейного и гражданского законодательства²⁰¹.

Как мы уже отмечали, рассматривая вопрос о семейной правосубъектности ребенка, российский законодатель не выработал единого систематизированного, межотраслевого подхода

²⁰⁰ Некоторые авторы полагают, что конструкция СК РФ «учет мнения ребенка» сужает, по сравнению с Конвенцией, возможности последнего, ограничивая ее, к тому же еще и конструкцией «соответствие интересам ребенка», – в то время как в указанном международно-правовом документе ограничения иного рода: уважение прав и репутации других лиц, охрана государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения (п. 2 ст. 13 СК РФ). См., например: Ковалева М.Л. Принцип приоритета интересов несовершеннолетнего как предпосылка формирования преимущественного права выражать свое мнение // Семейное право на рубеже XX – XXI веков. К 20-летию Конвенции о правах ребенка. Материалы международной научно-практической конференции, г. Казань. М.: Статут, 2011. С. 170–171.

Одновременно следует заметить, что и сама конструкция «интересы ребенка» содержательно должна взаимодействовать с интересами его семьи, реализовываться, по возможности, в рамках принципа разрешения внутрисемейных вопросов по взаимному согласию членов семьи; «приоритетность интересов ребенка в системе координат воспитательного процесса вовсе не предполагает абсолютизации интересов ребенка в семье». См.: Косова О.Ю. Конвенция о правах ребенка и право детей на семейное воспитание // Семейное право на рубеже XX – XXI веков. К 20-летию Конвенции о правах ребенка. Материалы международной научно-практической конференции, г. Казань. М.: Статут, 2011. С. 179.

²⁰¹ Последнее может быть достигнуто и раньше – на основании регионального законодательства (в 14, 15 лет), что, впрочем, критикуется как нами, так и другими семейноведами. (См. главу о семейной правосубъектности ребенка).

к дифференциации возможностей ребенка: в гражданско-правовой, образовательной и здравоохранительной областях жизнедеятельности проявляются и различные возрастные нормы (соответственно 6, 7, 15 лет). Эти «странности» правового жанра следует свести в общую «картину детского мира».

В семейно-правовой науке справедливо ставится вопрос о систематизации и оптимизации перечня ст.57 СК РФ об обязательном согласии ребенка. Так, предлагается распространить данное правило на дела об установлении отцовства²⁰², поскольку, как мы уже отмечали ранее, социальный контекст родительства не менее (если не более) значим, чем биологический. Не совсем ясен характер взаимодействия правил п.4 и 5 ст. 145 СК РФ: назначение ребенку, достигшему возраста 10 лет, осуществляется с его согласия; допускается передача братьев и сестер разным опекунам (в порядке исключения), если это отвечает интересам детей. Ответ на вопрос, как в этом случае учитывается позиция ребенка 10 лет и старше, не очевиден. Такие же размышления вызывает и взаимодействие аналогичных правил в институте усыновления (п. 3 ст. 124 и п. 1 ст. 132 СК РФ).

Право ребенка на административную и судебную защиту является логическим продолжением комплекса его регулятивных прав. Оно дифференцировано по возрасту, способам и предмету защиты. До 14 лет непосредственно ребенком это право может быть реализовано только в рамках административной процедуры - путем обращения с жалобой в любые структуры (от администрации детского образовательного учреждения, органов опеки и попечительства до уполномоченного по правам ребенка – регионального и федерального статуса). Наиболее очевидной гарантией его практического воплощения является, кроме родительских бесед и тематических книг, соответствующая информация, представленная ребенку в школьном курсе обществознания (основ права и т.п.), а также через интернет. Семейный кодекс не конкретизирует возможностей ребенка по

²⁰² См.: Антокольская М.В. Семейное право. М.: Юристъ, 1997. С. 191; Ильина О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. С. 106–107.

обращению за административной защитой, особенно в ситуации конфликта интересов с родителями и иными попечителями, ограничиваясь декларативными заявлениями. Это не создает необходимых предпосылок для эффективного результата.

Право на судебную защиту предполагает два варианта развертывания событий. Опосредованный вариант – через представителя или через специализированные структуры (до 14 лет, а также и с 14 лет – в случаях, когда закон не предусматривает прямого, самостоятельного обращения ребенка в суд по тем или иным семейно-правовым вопросам). Он может быть обогащен привлечением несовершеннолетнего в судебный процесс для изложения мнения (позиции). Непосредственный вариант запускается с 14 лет (ст. 56 СК РФ). Однако он, по сути, лимитирован²⁰³ перечнем инициативных возможностей, причем методом от противного: общая норма декларирует право, а в специальных нормах указываются субъекты права на предъявление иска исчерпывающим либо неисчерпывающим образом. Так, норма ст. 142 СК РФ допускает обращение ребенка с 14-летнего возраста в суд с иском об отмене усыновления, а нормы п. 1 ст. 70, п. 3 ст. 73 СК РФ не включают его в перечень инициаторов процесса по делам об ограничении или лишении родительских прав. Это позиция не вполне последовательна, так как по смыслу правила п.1 ст. 137 СК РФ правоотношения по усыновлению формально юридически приравниваются к родительским.

Что касается прекращения опеки (попечительства), в том числе и приемной семьи как особой ее разновидности, то семейное законодательство предусматривает для этого административную процедуру, а значит, не исключает обжалование ребенком (даже младше 14 лет) действий (бездействий) опекуна (попечителя) в орган опеки и попечительства²⁰⁴. Судебное же обжалование решений последнего, по логике семейного законодательства, видимо, может осуществляться несовершеннолетним через законного представителя либо через прокурора. Пер-

²⁰³ См., например: Кравчук Н.В. Право ребенка на доступ к участию в гражданском процесс: национальные и европейские аспекты // Государство и право. 2013. № 1. С. 58.

²⁰⁴ См.: Темникова Н.А. Указ. соч. С. 129.

вое сомнительно, ибо вновь назначенный опекун в этом случае может оказаться в ситуации конфликта интересов со своим попечителем. Кроме того несовершеннолетний вправе обратиться за административной поддержкой к уполномоченному по правам ребенка.

Семейноведы также отмечают неопределенность гражданско-процессуальной фигуры ребенка, отсутствие системной регламентации особенностей его положения в судебном процессе в зависимости от характера интереса и категории дела²⁰⁵.

²⁰⁵ См.: Максимович Л.Б. О праве ребенка выразить свое мнение // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства / отв. ред. В.Н. Литовкин. М., 2005. С. 67; Темникова Н.А. Указ. соч. С. 130; Кравчук Н.В. Указ. соч. С. 58.

Подробнее об этом см. также главу 4.

4. О гражданско-процессуальной правосубъектности ребенка

Современное состояние доктрины и практического результата функционирования семейной правосубъектности несовершеннолетних (прежде всего – ребенка), как мы видим, свидетельствуют о значительных пробелах и исследовательского, и прикладного характера, что неизбежно в той или иной степени отражается на конструкции их гражданско-процессуальной правосубъектности.

Содержание последней, дифференцируясь на гражданско-процессуальные правоспособность и дееспособность, в разной степени обусловлено содержанием своей материально-правовой базисной предпосылки.

Так, первая часть конструкции, хотя и является суммой процессуальных потенций, вытекающих из охранительного права на судебную защиту, то есть имеет в качестве тезисной предпосылки правоспособность материально-правовую, в своем содержании вполне автономна, не связана (или почти не связана) содержанием материальной (в нашем случае – семейной) правоспособности, в том числе и несовершеннолетних. Ибо гражданский процесс, как известно, является универсальной формой защиты – несмотря на свою определенную дифференцированность по категориям судебных дел и коллизионность общих и специальных гражданско-процессуальных норм.

Однако это относительно верно лишь в том случае, если мы применяем конструкцию правоспособности только к заинтересованным лицам – тогда и недееспособные, и частично дееспособные лица находятся в строю обычных процессуальных фигур, являются сторонами и третьими лицами. Но, как отмечает М.С. Шакарян, сведение рассматриваемого понятия только к подобной возможности означает по существу отождествление ее с правоспособностью в материальном праве²⁰⁶. Как абстрактная возможность она принадлежит всем и каждому, а ее реали-

²⁰⁶ См.: Шакарян М.С. Субъекты советского гражданского процессуального права. М., 1970. С. 78.

зация, продолжает автор, в конкретных правоотношениях порождает разнообразных участников процесса – вплоть до свидетелей, экспертов и т.д.²⁰⁷. На это же указывают М.А. Викут и другие процессуалисты²⁰⁸.

В то же время, обращаясь к проблеме ограничения гражданско-процессуальной правоспособности, М.С. Шакарян становится в позицию противоречия самой себе, так как приводимые ею примеры соответствующего рода (представителями в суде не могут быть судьи, прокуроры и т.д.; экспертом – некомпетентное лицо; свидетелем – лица, не способные из-за своих физических или психических недостатков правильно воспринимать факты; и т.д., и т.п.²⁰⁹) переводят процессуальную правоспособность из разряда абстрактно-универсальной в разряд специальной видовой конструкции.

На подобную дифференциацию и склонность к классификации обращают внимание Д.М. Чечот, В.Н. Щеглов, Г.Л. Осокина и другие процессуалисты²¹⁰. Процесс этой «видофикации» приводит нас, как и при конструировании семейной правоспособности, к большому разнообразию по категориям участников гражданского процесса и по спецификациям внутри отдельной категории, в том числе в отношении несовершеннолетних. В этом смысле связанность процессуальной и семейно-правовой конструкций правоспособности усматривается несколько более

²⁰⁷ См.: Шакарян М.С. Указ. соч. С. 88.

²⁰⁸ См.: Викут М.А. Проблема правового регулирования процессуального положения и деятельности сторон в советском гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 1971. С. 7–8; Викут М.А., Зайцев И.М. Гражданский процесс России. М.: Юристъ, 1999. С. 56.

²⁰⁹ Там же. С. 88.

²¹⁰ См.: Чечот Д.М. Участники гражданского процесса // Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2005. С. 102; Щеглов В.Н. Субъекты судебного гражданского процесса. Томск, 1979. С. 17–18; Осокина Г.Л. Курс гражданского судопроизводства России. Томск, 2002. С. 57 – 58.

Еще А.Х. Гольмстен писал, например, о процессуальной правоспособности суда, правоспособности и дееспособности не только сторон, но также свидетелей (см.: Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб., 1907. С. 34–35, 93, 214–217).

прочной, нежели при абстрактно-универсальной трактовке их содержания, а первоначальный уверенный тезис о суверенности гражданского процесса колеблется под воздействием «накатывающих волн» семейного права.

В этой связи нелишне подчеркнуть утверждение Г.Л. Осокиной о том, что при защите своих субъективных прав и законных интересов гражданская процессуальная правоспособность определяется наличием у гражданина материальной правоспособности – в нашем случае семейной (брачной, родительской и т.д.)²¹¹.

Что касается гражданско-процессуальной дееспособности, то она всегда выделялась в качестве особой разновидности и в процессуальной теории, и в практической юриспруденции. При этом всякая процессуальная дееспособность в несравнимо большей степени обусловлена дееспособностью материально правовой²¹², чем процессуальная правоспособность.

Как и последняя, дееспособность рядом процессуалистов различается по категориям участников гражданского судопроизводства, а далее – и по специфическим субъектам внутри каждой категории²¹³, то есть в нашем случае – несовершеннолетним истцам и ответчикам и другим заинтересованным лицам, а также представителям и свидетелям.

²¹¹ См.: Осокина Г.Л. Указ. соч. С. 59.

²¹² См.: Шакарян М.С. Указ. соч. С. 92.

²¹³ Высказана и иная точка зрения. Так, Д.Ю. Ионова полагает, что такой широкий подход не укладывается в рамки ст. 37 ГПК РФ (например, иные участники процесса, незаинтересованные лица, не могут поручать вести дело представителю), а попытка распространить конструкцию процессуальной дееспособности на всех участников судопроизводства приводит к утрате ее единства и появлению множества гражданских процессуальных дееспособностей. (См.: Ионова Д.Ю. Гражданская процессуальная дееспособность: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 7–8.)

Однако, во-первых, если нормы ст. 37 ГПК РФ не охватывают все многообразие случаев, значит надо менять их, а не ликвидировать многообразие. Во-вторых, если видовая классификация способствует более точному пониманию особенностей той или иной процессуальной фигуры и, соответственно, создает предпосылки для оптимизации регулирования ее поведения в процессе, она явно и скорее добро, чем зло.

Именно здесь ярко высвечивается проблемная связь семейно-правовой и гражданско-процессуальной дееспособности несовершеннолетних, прежде всего – детей как истцов, ответчиков, третьих лиц, свидетелей.

В первых двух качествах их недееспособность или частичная дееспособность²¹⁴ восполняется законными представителями – за исключением случаев, когда федеральным законом предусмотрено право несовершеннолетнего (с 14 лет) самостоятельно защищать свои права и интересы в суде (ч. 2 п. 2 ст. 56 СК РФ, п. 4 ст. 37 ГПК РФ). Одновременно суду предоставлено право привлекать в процесс и законных представителей. Поскольку критериев для принятия такого решения не зафиксировано, не исключается процессуальная ситуация, основанная на конфликте семейно-правовых интересов ребенка и его представителя. При том, что из смысла семейного закона как раз и следует, что правозащитная суверенность ребенка мотивирована преимущественно несходством фактических и правовых позиций указанных субъектов. Вероятно, это обстоятельство целесообразно зафиксировать в норме п. 4 ст. 37 ГПК РФ как значимое.

Как отмечает на основе обобщения соответствующей судебной практики Д.Ю. Ионов, суды не всегда привлекают несовершеннолетних от 14 до 18 лет к личному участию в деле – во избежание нанесения вреда их психике. Автор, вслед за О.Н. Здрок²¹⁵, полагает, что подобная возможность должна быть

²¹⁴На практике, как известно, далеко не всегда дети-субъекты спорных материальных правоотношений именуется истцами или ответчиками – в этом поименованном качестве нередко воспринимаются их законные представители, который, впрочем, могут играть и двойную роль, например, быть стороной и представителем в процессе по делу об установлении отцовства, взыскании алиментов на ребенка и т.д.

²¹⁵ О.Н. Здрок высказала предположение о введении новеллы (в ГПК Республики Беларусь) об отступлении от правила об обязательном привлечении несовершеннолетних к личному участию в судебном заседании, если их присутствие противоречит их же интересам. (См.: Ионов Д.Ю. Указ. соч. С. 17.)

узаконена путем внесения изменения в правило ч. 3 ст. 37 ГПК РФ²¹⁶.

Предложение далеко не бесспорное. Во-первых, право ребенка с 14-летнего возраста на самостоятельную судебную защиту субъективных прав и интересов (в нашем случае – семейных) представляет собой значительную социальную ценность. Во-вторых, недопуск несовершеннолетнего в процесс также может нанести ущерб его психике. В-третьих, в силу принципа непосредственности суд так или иначе должен лично выяснить позицию ребенка, в том числе и из-за упомянутого конфликта интересов. Это возможно в стадии подготовки дела к слушанию. Однако если это возможно в указанной стадии, это возможно и в стадии судебного разбирательства. Надо лишь создать нормальные условия, например: провести судебное заседание в закрытой форме (п. 2 ст. 10 ГПК РФ), пригласить детского психолога, ознакомиться предварительно с заключением по делу органа опеки и попечительства, создать спокойную доброжелательную атмосферу и т.д. Конечно, выполнить это труднее, чем опереться на право этого не выполнять.

Кроме того, и до 10 лет (а особенно – с 10) ребенок, обладая частичной семейной дееспособностью²¹⁷, отнюдь не в полном объеме «заслоняется» фигурой представителя, имеет законные семейно-правовые интересы и право их отстаивать (например, через дачу согласия²¹⁸ или учет мнения).

Второй проблемой является организация правовой помощи несовершеннолетнему - заинтересованному лицу. Процессуалистами высказывается предложение о предоставлении ему права на бесплатную юридическую поддержку. Однако, в целом

²¹⁶ См.: Ионова Д.Ю. Указ.соч. С. 17–18.

²¹⁷ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки. 2011. №1. С. 57–59.

См. также параграф о семейной правосубъектности ребенка в данной книге.

²¹⁸ Подробнее о данной конструкции, в том числе применительно к ребенку см.: Штыков Д.В. Категория «согласие» среди основных понятий в семейном праве Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 25–26.

данный проект поддерживая, Д.Ю. Ионова полагает его не делом ближайших дней и потому традиционно предлагает опираться на помощь органов опеки и попечительства, комиссий по делам несовершеннолетних и уполномоченных по правам ребенка²¹⁹.

Если учесть структуру штатов первых, компетенцию и деловые обыкновения вторых и отсутствие в ряде регионов третьих, то картина прорисовывается безнадежная. Возможно, ситуация будет несколько исправлена реализацией идеи ювенальной юстиции²²⁰ (в последнее время весьма критикуемой), специализированных семейных судов или, по крайней мере, семейно-правовой специализации судей²²¹.

Третьей проблемой является очевидная дисгармония между ГПК и СК РФ относительно качества и количества дееспособности ребенка до 10 лет и от 10 до 14 лет, ибо первый кодекс игнорирует позицию второго. В теории гражданского процесса высказано справедливое и логичное соображение о частичной процессуальной дееспособности таких детей²²², которое должно быть реализовано в нормах ст. 37 ГПК РФ. Впрочем, имеются и противники: ребенок до 14 лет как субъект процесса почти не существует – он вызывается в судебное заседание исключи-

²¹⁹ См.: Ионова Д.Ю. Указ. соч. С. 21.

²²⁰ Подробнее об этом см., например: Мельникова Э.Б. Ювенальная юстиция. Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии. М., 2000; Воронова Е.Л. Становление правосудия по делам несовершеннолетних – опыт Ростовской области // Российская юстиция. 2005. № 3. С. 48–53.; Ведерникова О.Н. Современные тенденции развития ювенальной юстиции за рубежом // Российская юстиция. 2005. № 3. С. 43–47; Ювенальное право / Под ред. А.В. Зарянова и В.Д. Малкова. М., 2005. И др.

²²¹ Подробнее об этом см.: Юркевич Н.Г. Некоторые вопросы развода в свете социологии // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 43–44; Здрок О.Н. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2005. С. 70; Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль: ЯрГУ, 2009. С. 541–548; Туманова Л.В. Некоторые проблемы гражданского судопроизводства с участием несовершеннолетних // Тенденции развития гражданского процессуального права России. СПб., 2008. С. 85 – 97.

²²² См., например: Осокина Г.Л. Указ. соч. С. 67.

тельно для выяснения мнения по делу или для дачи согласия (в случаях, предусмотренных нормой ст. 57 СК РФ, никакими процессуальными правами, кроме дачи объяснений, он не обладает. Соответственно и привлекать его в процесс далеко не всегда целесообразно²²³).

Критика подобного подхода к проблеме нами была дана ранее. Дополним ее позитивными соображениями.

Полагаем, что в структуре ГПК необходимо организовать специальную главу²²⁴ об особенностях участия несовершеннолетних – во всех процессуальных качествах для них возможных, предусмотрев нормативные положения об их дееспособности, участии в различных стадиях процесса, особенностях опроса (допроса) по существу дела, процессуальных правах – в зависимости от качества процессуальной фигуры, участии специалиста-психолога, представителя органа опеки и попечительства и т.д.

Для реализации этих нормативных установок потребуются и спецподготовка судей, и особые требования к ним личностного порядка, и судебная специализация, а также организация юридической поддержки детей для защиты их прав и интересов в административном и судебном порядке.

Кроме того, следует, на наш взгляд, вернуться к идее, пусть пока на теоретическом уровне, дифференцированного изменения дееспособной зрелости. Еще Н.Л. Дювернуа, опираясь на традиции римского права и частично – права европейского, отмечал, что подобное измерение может осуществляться разными методами: наряду с измерением зрелости для всех одинаковым количеством лет, что включает в себе значительный элемент произвольного и действует в основном в интересах общесоциальных, законодательство должно допускать, как бы в виде поправки, индивидуальное исследование зрелости лица в конкретном случае²²⁵.

²²³ См., например: Ионова Д.Ю. Указ. соч. С. 23.

²²⁴ Предложение о специальных нормах в рамках гл. 15 ГПК РФ не кажутся нам системными. (См.: Ионова Д.Ю. Указ. соч. С. 23.)

²²⁵ См.: Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. С. 300 – 310.

Определенные предпосылки по этому поводу содержатся в современном российском гражданском, трудовом, семейном, административном (прежде всего – образовательном) и уголовном законодательстве. В семейно-правовом контексте речь идет, например, о допущении решения суда вопреки позиции ребенка, достигшего возраста 10 лет (ст. 57 СК РФ), административном снижении брачного возраста по сугубо индивидуальным параметрам (ч. 1 п. 2 ст. 13 СК РФ), самостоятельном или подконтрольном осуществлении родительских прав несовершеннолетними не состоящими в браке родителями (п. 2 ст. 62 СК РФ) и др. Однако системности в этом вопросе нет, как нет ее и в теоретических предпосылках для соответствующего законодательного регулирования.

Таким образом, в качестве некоторого общего итога высказанных соображений следует заметить, что к конструкции гражданско-процессуальной правоспособности и дееспособности ребенка необходимо подыскивать более точные «ключи», в том числе с учетом соответствующих семейно-правовых предпосылок, а законодательные попытки получить реальный доступ к этим конструкциям с помощью указанных «ключей» должны быть существенно скорректированы через новеллирование «детской проблемы» в ГПК РФ.

5. Ребенок: жилищные права и интересы

В соответствии со статьей 6 Федерального закона «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации»²²⁶ ребенку от рождения принадлежат и гарантируются государством права и свободы человека и гражданина в соответствии с Конституцией РФ, общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами РФ и действующим российским законодательством. К числу конституционных прав граждан, в том числе, и несовершеннолетних, относится и право на жилище. Но в отраслевом законодательстве, в частности, жилищном, это право обеспечивается посредством жилищных прав (основное из них, на наш взгляд, право пользования жилым помещением). Участие детей в жилищных правоотношениях имеет свою специфику.

Как замечает Н.В. Летова, особенностью жилищных прав ребенка является в определенном смысле их «производный» характер от прав собственника жилья, которым является его родитель или иной законный представитель.²²⁷ Анализ действующего гражданского и семейного законодательства позволяет сделать вывод о производности жилищных прав ребенка от прав его законных представителей и в тех случаях, когда его законный представитель не является собственником жилья. Так, в соответствии с п. 2 ст. 20 ГК РФ, местом жительства несовершеннолетних, не достигших четырнадцати лет, признается место жительства их законных представителей - родителей, усыновителей или опекунов. Нормы п. 2 ст. 36 ГК РФ, п. 2 ст. 54, п. 3 ст. 65, п. 1 ст. 148 СК РФ, п. 4 ст. 16 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» также подтверждают тезис о том, что

²²⁶ Федеральный закон от 24.07.1998 г. № 124-ФЗ (в ред. от 03.06.2009) «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» // Российская газета. 1998. 05 августа (№ 147).

²²⁷ Летова Н.В. Право ребенка на жилье // Закон. 2009. № 1. С. 98.

ребенок, как правило, должен проживать совместно с родителями (одним из них), опекунами, попечителями, приемными родителями. Следовательно, при перемене места жительства законным представителем ребенка место жительства последнего также изменяется, и он приобретает право пользования тем жилым помещением, на которое у его законного представителя возникают соответствующие права. Такая зависимость жилищных прав ребенка от прав его родителей или иных законных представителей обусловлена особенностями общегражданской дееспособности несовершеннолетних. Кроме того, признавая право несовершеннолетних постоянно проживать вместе с законными представителями, законодатель стремится обеспечить реализацию "наилучших интересов ребенка". Совместное проживание с законными представителями способствует, в том числе, более эффективной реализации личных и имущественных прав и интересов ребенка, их защите²²⁸.

Вместе с тем охрана и защита прав несовершеннолетних является и обязанностью государства, в связи с чем законом предусмотрены правовые меры по дополнительной охране их интересов, в том числе, и от злоупотреблений со стороны их законных представителей.

Жилищно-правовой статус несовершеннолетнего может быть различным в зависимости от того, является ли он собственником жилого помещения, членом семьи собственника, членом семьи нанимателя по договору социального, коммерческого, специализированного найма, а также – лицом, оставшимся без попечения родителей, нуждающимся в предоставлении жилого помещения. В каждом случае объем его прав и гарантий по отношению к жилому помещению будет разным.

Ребенок – собственник жилого помещения имеет правомочие пользования им, однако не может самостоятельно им распорядиться в силу ст. 26, 28 ГК РФ. Возможность распоряжения жилым помещением, принадлежащим ребенку, зависит от воли его законных представителей. В целях защиты интересов несо-

²²⁸ Безрук Н.П. Проблемы защиты прав и законных интересов несовершеннолетних членов семьи собственника жилого помещения // Нотариус. 2008. № 1. (Справочная правовая система «Консультант Плюс»).

вершеннолетнего собственника жилья нормами п. 1 ст. 28, п. 2 ст. 37, п. 4 ст. 292 ГК РФ, ст. 20 Закона «Об опеке и попечительстве в РФ» на совершение сделки с недвижимостью, собственником которой является несовершеннолетний, не достигший 14 лет, или несовершеннолетний, находящийся под опекой (попечительством), обязательно согласие органа опеки и попечительства. При этом ст. 26 ГК РФ, регулирующая дееспособность несовершеннолетних от 14 до 18 лет, такого требования не содержит, что может в отдельных случаях повлечь злоупотребления со стороны родителей такого несовершеннолетнего. На наш взгляд, ребенок 14-17 лет, как правило, при принятии решения по распоряжению своим имуществом находится под влиянием авторитета родителей²²⁹. Поэтому целесообразно распространить правило о согласовании с органом опеки и попечительства сделок по распоряжению недвижимым имуществом несовершеннолетних, не достигших 18 лет (за исключением случаев, когда собственник приобрел дееспособность до совершеннолетия). Безусловно, можно решать проблему злоупотребления родителями своим правом и в рамках действующего законодательства, поскольку ребенок может самостоятельно обратиться за защитой права, нарушенного родителями (п. 2 ст. 56 СК РФ). Но следует учитывать, что институт защиты несовершеннолетними своих прав не развит, а конфликт интересов родителей и детей зачастую носит скрытый характер.

Действующим законодательством прямо не урегулирована ситуация, когда в интересах несовершеннолетнего ребенка-собственника жилого помещения необходимо совместное проживание с ним его родителя, не имеющего прав на данное имущество. Правило ст. 20 ГК РФ определяет производность места

²²⁹ Заметим, что в исключительных случаях законодатель допускает снижение брачного возраста несовершеннолетним до 14-15 лет в соответствии с законами субъектов РФ. Такие несовершеннолетние приобретают дееспособность в полном объеме и не обязаны согласовывать совершение сделок со своим имуществом даже с родителями. Однако мы рассматриваем согласование сделок по распоряжению имуществом несовершеннолетних с органами опеки и попечительства не как ограничение дееспособности гражданина, а как гарантию защиты его интересов в тех случаях, когда он не приобрел дееспособность в полном объеме.

жительства ребенка от места жительства родителя, но не наоборот. В соответствии с п. 4 ст. 60 СК РФ родители не имеют права собственности на имущество ребенка, дети и родители, проживающие совместно, могут владеть и пользоваться имуществом друг друга по взаимному согласию. По смыслу ст. 31 ЖК РФ, родитель вправе пользоваться жилым помещением как член семьи ребенка-собственника, но при условии их совместного проживания. Однако несовершеннолетний до 14 лет не может дать согласие на вселение своего родителя, а с 14 лет может дать согласие на вселение только с согласия своего же родителя (имеется в виду, конечно же, не фактическое согласие, а согласие как юридический факт, порождающий право на регистрацию по месту жительства). В результате нередко возникают ситуации, когда орган, осуществляющий регистрацию граждан по месту жительства, отказывает родителю в регистрации, ссылаясь на отсутствие у него права пользования жилым помещением и волеизъявления собственника на его вселение.

В юридической практике автора был такой казус, когда мать двоих малолетних детей, фактически всегда проживавшая вместе с ними в квартире, которая досталась детям в порядке наследования от их отца, не могла зарегистрироваться в этом помещении. Ситуация усложнялась еще и тем, что долевым собственником этой квартиры была мать умершего, которая категорически возражала против регистрации гражданской жены своего сына и препятствовала ее проживанию в спорном помещении. Орган опеки и попечительства не оказал никакого содействия, ссылаясь на отсутствие нормы закона, позволяющей родителям несовершеннолетнего собственника по своей воле приобретать право пользования помещением. Отстоять свое право проживать вместе с детьми мать смогла лишь в суде, и только до момента достижения ими совершеннолетия.

Для сравнения, п. 4 ст. 16 Закона об опеке и попечительстве содержит правило, по которому в исключительных случаях допускается безвозмездное пользование опекуном или попечителем жилым помещением, принадлежащим подопечному в интересах последнего. Полагаем, что необходимо дополнить Жилищный кодекс нормой, предусматривающей право родителей пользоваться жилым помещением, принадлежащим их несо-

вершеннолетнему ребенку, до достижения им возраста 18 лет, при условии совместного с ним проживания и отсутствия у родителей прав на другое равноценное помещение. На наш взгляд, поскольку речь идет о пользовании жильем, а не его отчуждении, а действие родителей в интересах ребенка презюмируется, то согласия органов опеки и попечительства на такое вселение не требуется.

Если ребенок является членом семьи собственника жилого помещения, его жилищные права определены ст. 31 ЖК РФ. Необходимо заметить, что родной или усыновленный ребенок собственника жилого помещения, проживающий совместно с ним, безусловно, относится к членам семьи собственника. Другие же несовершеннолетние по смыслу ч. 1 ст. 31 ЖК РФ могут быть вселены собственником в качестве членов семьи. К ним относятся, в частности, дети супруга-собственника (пасынки и падчерицы), фактические воспитанники, подопечные, приемные дети самого собственника. Исходя из буквального толкования норм ст. 30-31 ЖК РФ, правом вселения членов семьи, в том числе, и несовершеннолетних, обладает только собственник. Однако Пленум Верховного Суда РФ в п. 12 Постановления от 02.07.2009 г. № 14 пришел к выводу о возможности применения по аналогии к данным отношениям норм ч. 1 ст. 70 ЖК РФ и ст. 679 ГК РФ и разъяснил, что в целях защиты прав несовершеннолетних любой член семьи собственника вправе вселить в помещение своих детей без согласия собственника²³⁰. Как справедливо замечает О.В. Макаров, при применении нормы права по аналогии к сходным отношениям необходимо выяснять, насколько сходны отношения, к которым предполагается применить эту норму. Отношения, регулируемые договором найма жилого помещения и договором о вселении и проживании между собственником и членом его семьи, по мнению ученого, сходны только по объекту, которым является жилое помещение.

²³⁰ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 г. №14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса РФ» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 9.

Но на этом сходство отношений заканчивается²³¹. Следует согласиться с данной точкой зрения и признать, что сходства указанных отношений недостаточно для применения аналогии закона. Полагаем, что указанное выше разъяснение Пленума Верховного Суда необходимо закрепить в законе, путем внесения дополнения в ч. 2 ст. 31 ЖК РФ, поскольку, по сути, оно представляет собой норму права, ограничивающую права собственника жилого помещения.

Правовые последствия прекращения семейных отношений с собственником определены в п. 4 ст. 31 ЖК РФ и заключаются в прекращении (по общему правилу) права пользования жилым помещением бывшего члена семьи. После введения в действие ЖК РФ начала складываться практика выселения детей собственников жилых помещений, если после расторжения брака они оставались с другим родителем, основанная на толковании ст. 31 ЖК РФ Верховным Судом РФ²³². Впоследствии Верховный Суд изменил свою позицию, отмечая, что ребенок в соответствии с семейным законодательством не может быть для родителя «бывшим членом семьи».²³³ В науке по-разному оценивается это достижение правоприменительной практики. С одной стороны, ребенок после развода его родителей не может быть выселен из жилого помещения, с другой стороны, второй родитель как бывший член семьи собственника утрачивает право пользования им. Следовательно, ребенок вынужден жить с

²³¹ Макаров О.В. Размышления над текстом судебного постановления // Семейное и жилищное право. 2011. № 3. С. 39–44.

²³² В известном Постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 23.11.2005 г. "Ответы на вопросы о практике применения судами Кодекса РФ об административных правонарушениях, жилищного и земельного законодательства, иных федеральных законов" было прямо закреплено, что в том случае, если ребенок по соглашению родителей остается проживать с тем из родителей, у которого в собственности жилья не имеется, он является бывшим членом семьи собственника жилого помещения и подлежит выселению вместе с бывшим супругом на основании и в порядке, предусмотренном частью 4 статьи 31 ЖК РФ.

²³³ Обзор законодательства и судебной практики за 3 квартал 2007 г., утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 07.11.2007 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1; п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 02.07.2009 г. № 14.

тем родителем, кому принадлежит жилье (например, с отцом), даже если это противоречит его интересам, или должен покинуть жилое помещение вместе с другим родителем (например, с матерью). В этом случае норма о сохранении за ребенком права пользования жильем его родителя фактически не работает. Кроме того, на наш взгляд, позиция Верховного Суда РФ небезупречна, поскольку в жилищном праве, в отличие от семейного, совместное проживание с собственником – существенный признак понятия «член семьи». В случае если ребенок выехал из жилого помещения вместе с родителем-несобственником, данное толкование лишь препятствует снятию его с регистрационного учета в жилом помещении, но реально жилищные права ребенка не обеспечивает. Следует согласиться с мнением Ю.К. Толстого, что если после развода бывшие супруги разъехались и создали новые семьи, то их общие дети являются членами не обеих семей, а той, в которой они проживают²³⁴. Поэтому, полагаем, что сохранение за ребенком права пользования жилым помещением его родителя следует рассматривать не как следствие сохранения статуса члена семьи собственника, а как реализацию права на содержание со стороны родителей, в том числе – на обеспечение жильем. По мнению некоторых исследователей, статус «вечного» члена семьи для ребенка скорее не благо, а проблема, поскольку он блокирует реализацию бывшими членами семьи права на обеспечение другим помещением, предусмотренного ч. 4 ст. 31 ЖК РФ²³⁵.

Как отмечает С. Куцина, в 2007 году были предприняты попытки внести в ЖК РФ изменения, в соответствии с которыми после развода родителей несовершеннолетние дети сохраняют свое право на жилье родителя-собственника. Законодатель также оговорил право матери потребовать совместного прожи-

²³⁴ Толстой Ю.К. Жилищное право: Учебник. - 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2011. С. 86–87.

²³⁵ Суслова С.И. Анализ состояния современного жилищного законодательства и дальнейших перспектив его развития // Жилищное право. 2009. № 8 (Справочная правовая система «Консультант Плюс»).

вания с малолетним ребенком, который нуждается в ее уходе²³⁶. Однако указанный законопроект так и не стал законом.

Л.С. Хуснетдинова предлагает внести в ч. 4 ст. 31 ЖК РФ изменения, в соответствии с которыми, во-первых, за несовершеннолетним ребенком собственника сохраняется право пользования жилым помещением после расторжения брака его родителей. Во-вторых, если родитель, с которым по соглашению бывших супругов или по решению суда останется проживать ребенок, не имеет в собственности жилья и средств на его приобретение, родитель-собственник обязан приобрести для ребенка жилое помещение или предоставить средства на его приобретение соразмерно доле ребенка в жилом помещении собственника²³⁷. Это предложение, безусловно, представляет интерес, однако не совсем понятно, о доле ребенка в каком праве идет речь, и каким образом законодатель должен учесть обязанность второго родителя (не собственника) по обеспечению ребенка жильем (ведь обязанности у родителей по отношению к детям равные).

В настоящий момент, пока соответствующие изменения в закон не внесены, защита прав несовершеннолетних при раздельном проживании их родителей осуществляется на уровне правоприменительной практики. Так, в п. 14 Постановления от 02.07.2009 г. № 14 Пленум Верховного Суда разъяснил, что расторжение брака родителей, признание его недействительным или раздельное проживание родителей не влияют на жилищные права ребенка. Опираясь на Семейное законодательство, закрепляющие равные обязанности родителей по отношению к ребенку, и на позицию Верховного Суда РФ, судебная практика идет по пути сохранения за ребенком права пользования жильем обоих родителей. О.А. Егорова и Ю.Ф. Беспалов, анализируя судебную практику по жилищным делам, приводят следующий типичный пример. Брак Н.А. и Н.М. расторгнут, у них имеется несовершеннолетний сын. Н.А. принадлежит на праве соб-

²³⁶ Куцина С. Права бывших // ЭЖ-Юрист. 2008. № 41. (Справочная правовая система «Консультант Плюс»).

²³⁷ Хуснетдинова Л.С. К вопросу о правах детей на жилые помещения в случае расторжения брака их родителей // Жилищное право. 2009. № 7. (Справочная правовая система «Консультант Плюс»).

ственности квартира, в которой ребенок проживает с рождения и продолжает проживать после развода родителей, но зарегистрирован он с рождения в квартире, собственником которой является его мать – Н.М. Н.А. обращается в суд с иском о выселении сына по месту регистрации (месту жительства матери), а Н.М. предъявляет встречный иск о снятии ребенка с регистрационного учета в ее квартире и о регистрации его по месту фактического жительства ребенка в квартире его отца. Суд отказывает в удовлетворении обоих требований, мотивируя свое решение тем, что на обоих родителях лежит обязанность обеспечить ребенка жилым помещением. По достижении совершеннолетия он сам решит, каким жилым помещением будет пользоваться – принадлежащим отцу или матери²³⁸. На наш взгляд, в таком решении имеется внутреннее противоречие, поскольку, во-первых, регистрация в жилом помещении не имеет правоустанавливающего значения, она лишь подтверждает факт постоянного проживания лица в данном помещении; во-вторых, по достижении совершеннолетия обязанность родителей по обеспечению его жилым помещением прекратится, поэтому он, исходя из смысла закона, не сможет выбирать, где ему жить, а сохранит лишь право пользования тем жилым помещением, в котором он фактически проживает. Вселиться в квартиру своей матери он сможет только с ее согласия.

Если несовершеннолетние дети собственника сохраняют право пользования жилым помещением (в силу толкования закона Пленумом Верховного Суда РФ), то все остальные несовершеннолетние члены семьи при прекращении семейных отношений по смыслу жилищного законодательства утрачивают право пользования им. Так, например, пасынки и падчерицы собственника не имеют алиментных прав по отношению к нему, а их жилищные права производны от прав их родителей, следовательно, при расторжении брака их родителя с собственником жилья, они подлежат выселению вместе со своим родителем. С.В. Доржиева полагает, что у приемных родителей и детей по

²³⁸ Егорова О.А., Беспалов Ю.Ф. Настольная книга судьи по жилищным делам: Учебно-практическое пособие. М.: Проспект, 2013. С. 193–195.

отношению друг к другу вообще не возникает правового положения членов семьи собственника или нанимателя жилого помещения и соответственно не возникает таких правовых последствий, как сохранение права пользования жилым помещением после прекращения договора о приемной семье, поскольку данный договор носит срочный характер²³⁹. С данной точкой зрения можно согласиться лишь отчасти. Действительно, логично, что с прекращением договора о приемной семье (равно как и с прекращением опеки, попечительства, отменой усыновления) семейные правоотношения прекращаются, что влечет прекращение права пользования жилым помещением собственника. Однако, если вселение ребенка происходит не в качестве члена семьи, то непонятен его жилищно-правовой статус, ведь вселение временных жильцов допускается на срок не более шести месяцев, а проживание ребенка в приемной семье, как правило, носит более длительный характер. Полагаем, что все-таки несовершеннолетние приемные дети вселяются в жилое помещение как члены семьи собственника или нанимателя. Но ЖК РФ не предусмотрено прекращение права пользования жилым помещением в связи с прекращением договора о приемной семье, опеки или попечительства, если ребенок был вселен в жилое помещение как член семьи нанимателя. Возможно, временное проживание детей в приемной семье, у опекуна, попечителя представляет собой самостоятельный вид жилищных прав, не урегулированный действующим законодательством.

В соответствии с п. 2 ст. 292 ГК РФ переход права собственности на жилой дом или квартиру к другому лицу является основанием для прекращения права пользования жилым помещением членами семьи бывшего собственника. Аналогичное правило содержится в ч. 5 ст. 31 ЖК РФ по отношению к бывшим членам семьи собственника, сохранившим право пользования жильем с согласия собственника или по решению суда. Пленум Верховного Суда РФ в п. 19 Постановления от 02.07.2009 г. № 14 разъяснил, что при прекращении права собственности на жилое помещение по любым основаниям (смерть

²³⁹ Доржиева С.В. Жилищные права приемных детей // Жилищное право. 2010. № 4. С. 34–37.

собственника, гражданско-правовые сделки) пользование жилым помещением бывшими членами семьи собственника на основании решения суда также прекращается.

В целях защиты интересов несовершеннолетних членов семьи собственника, находящихся под опекой, попечительством либо оставшихся без родительского попечения, предусмотрено правило п. 4 ст. 292 ГК РФ. Однако на практике имеют место случаи, когда несовершеннолетний формально не лишен родительского попечения, однако отчуждением жилого помещения, являющегося единственным местом его проживания, нарушаются его права. Конституционный Суд РФ в Постановлении от 08.06.2010 № 13-П (по жалобе гр-ки В.В. Чадаевой) признал п. 4 ст. 292 ГК РФ не соответствующим Конституции РФ, в той мере, в какой содержащееся в нем регулирование не позволяет при разрешении конкретных дел, связанных с отчуждением жилых помещений, в которых проживают несовершеннолетние, обеспечивать эффективную судебную защиту тем, кто формально не лишен родительского попечения, но либо фактически лишен его к моменту совершения сделки, либо считается находящимся на попечении, при том, однако, что такая сделка нарушает права и охраняемые законом интересы несовершеннолетнего. Таким образом, Конституционный Суд расширил рамки применения п. 4 ст. 292 ГК РФ, не требуя от законодателя при этом изменения правового регулирования ситуации в целом.

По мнению М.А. Дмитриева, «усеченный» вариант предписаний п. 4 ст. 292 ГК РФ блокируется нормами абз. 2 п. 1 ст. 28 и п. 2 ст. 37 ГК РФ, а также абз. 3 п. 3 ст. 60 СК РФ, и по существу распространяет свое действие на отчуждение любого жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние члены семьи собственника жилого помещения. Право пользования жилым помещением относится к числу имущественных прав ребенка, а, следовательно, как полагает автор, является его имуществом, которым нельзя распорядиться без согласия органа опеки и попечительства²⁴⁰. С этой позицией нельзя согла-

²⁴⁰ Дмитриев М.А. Особенности правового положения членов семьи собственника жилого помещения (комментарий к статье 292 Граж-

ситься, поскольку очевидно, что в указанных нормах речь идет об имуществе, находящемся в собственности ребенка (личной или долевой), таким образом, автор дает расширительное толкование нормы п. 4 ст. 292 ГК РФ. Для того чтобы обеспечить механизм защиты прав всех несовершеннолетних при отчуждении жилых помещений, необходимо вернуть прежнюю редакцию правила п. 4 ст. 292 ГК РФ. Однако в проекте изменений к Гражданскому кодексу действующая редакция нормы сохранена²⁴¹.

Необходимо отметить, что члены семьи собственника (в том числе и несовершеннолетние) находятся в более бесправном положении по сравнению с лицами, которые пользуются жилым помещением на основании завещательного отказа или по договору пожизненного содержания с иждивением и сохраняют свои права в случае отчуждения жилого помещения. В связи с этим многие ученые критически относятся к нормам ст. 292 ГК РФ и предлагают вернуться к их прежней редакции. В частности, Ю.К. Толстой отмечает, что в гражданском законодательстве следовало бы восстановить п. 2 ст. 292 ГК РФ, по крайней мере, в редакции Закона от 15 мая 2001 г. № 54-ФЗ: «Переход права собственности на жилой дом или квартиру к другому лицу не является основанием для прекращения права пользования жилым помещением членов семьи прежнего собственника, если иное не установлено законом»²⁴². Добавим, что в качестве альтернативы возможно было бы предусмотреть в ГК РФ и ЖК РФ правило, обязывающее собственника жилого помещения в случае его отчуждения обеспечить другим жилым помещением членов своей семьи, проживавших в отчуждаемом помещении.

В Проекте федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ», содержится правило

данского кодекса Российской Федерации) // Семейное и жилищное право. 2011. № 4. С. 12–16.

²⁴¹ Бобровская О.Н. Право собственности на жилые помещения в проекте Гражданского кодекса Российской Федерации // Гражданское право. 2011. № 2. С. 17–19.

²⁴² Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 87–88.

(п. 1 ст. 298.3), устанавливающее право социального пользования членов семьи собственника жилого помещения, определяемых в соответствии с жилищным законодательством и проживающих в принадлежащем ему жилом помещении. Социальное пользование возникает на основании закона в силу факта совместного проживания с собственником жилого помещения и устанавливается исключительно в пользу лиц, имеющих право на получение алиментов от собственника жилого помещения (п. 1-2 ст. 302.6). Социальное пользование может быть установлено в судебном порядке по требованию лиц, проживающих совместно с собственником, за исключением лиц, указанных в п. 1 ст. 302.6, которые находятся на иждивении собственника. Право социального пользования может принадлежать только тем членам семьи собственника, которые не имеют в собственности или на условиях социального найма других изолированных жилых помещений, пригодных для постоянного проживания. Социальное пользование устанавливается на срок существования алиментных обязательств (п. 1 ст. 302.8), кроме того, социальное пользование, установленное решением суда, является пожизненным, если иной срок не предусмотрен в решении (п. 2 ст. 302.8). Право социального пользования обременяет право собственности на жилое помещение и сохраняется после его перехода к другому лицу. При этом лицо, к которому перешло право собственности на обремененное социальным пользованием жилое помещение, не может им пользоваться совместно с пользователем (п. 1 ст. 302.7)²⁴³. Как отмечает М.А. Димитриев, данная конструкция *de lege ferenda* направлена на усиление прав членов семьи собственника жилого помещения и в определенной степени разрушает ныне существующую конструкцию п. 2 ст. 292 ГК РФ²⁴⁴. Анализируемые нормы законопроекта пока не стали законом, но уже подвергаются справедливой критике со стороны уче-

²⁴³ Проект федерального закона «О внесении изменений в части 1, 2, 3 и 4 Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты РФ (Законопроект №47538-6) // www.rg.ru/2011/09/14/gk-izm-site-dok.html.

²⁴⁴ Димитриев М.А. Указ. соч. С. 12–16.

ных²⁴⁵. Полагаем, что они требуют доработки и согласования с нормами жилищного законодательства.

Правовое положение несовершеннолетнего члена семьи нанимателя жилого помещения определено в ст. 679 ГК РФ и ст. 69-70 ЖК РФ (для социального найма). Наниматель вправе вселить в жилое помещение своего несовершеннолетнего ребенка без согласия наймодателя и других совершеннолетних членов своей семьи. Как разъяснил Пленум Верховного Суда РФ в п. 26 Постановления от 02.07.2009 г. № 14, это правило распространяется на вселение несовершеннолетних детей не только нанимателя, но и других членов семьи. При прекращении семейных отношений с нанимателем бывшие члены семьи сохраняют право пользования жилым помещением, если они продолжают проживать в указанном помещении. Таким образом, после расторжения брака родителей, несовершеннолетний член семьи нанимателя сохраняет право пользования жилым помещением независимо от того, с кем из родителей он будет проживать после развода, и является ли он родным ребенком нанимателя, усыновленным или пасынком (падчерицей).

Законом РФ от 04.07.1991 № 1541-1 «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» (в ред. от 11.08.1994 г.) установлены дополнительные гарантии для несовершеннолетних при приватизации жилого помещения, в котором они проживают или сохраняют право пользования им. В соответствии с правилами ст. 2, 7 указанного закона, при приватизации жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние или имеют право пользования им, они должны быть обязательно включены в договор приватизации. При этом они сохраняют право повторно участвовать в приватизации иного жилого помещения по достижении совершеннолетия (ст. 11 Закона). Закон предусматривает также механизм охраны права на приватизацию несовершеннолетних, оставшихся без попечения родителей (ст. 2 Закона). Необходимо заметить, что

²⁴⁵ См., например: Бобровская О.Н. К проблеме о соотношении вещных и обязательственных начал в праве пользования жилым помещением членами семьи собственника // Семейное и жилищное право. 2012. № 3. С. 7–11.

на протяжении 3 лет закон действовал без норм, гарантирующих права несовершеннолетних, вследствие чего было совершено немало сделок по приватизации жилья с нарушением прав несовершеннолетних членов семьи. К моменту достижения ими совершеннолетия, как правило, истекли все сроки исковой давности для защиты их нарушенного права. Поэтому в судебной практике нередки случаи отказа в удовлетворении требования о признании договора приватизации частично недействительным в связи с истечением срока давности для предъявления иска о применении последствий недействительности ничтожной сделки²⁴⁶. Однако при рассмотрении таких исков судам необходимо руководствоваться Постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 24.08.1993 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами закона РФ «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации». В п. 7 указанного постановления разъясняется право несовершеннолетних членов семьи на участие в приватизации, поскольку они имеют равные права с нанимателем и другими членами семьи. В п. 6 указано, что в случае возникновения спора по поводу правомерности договора передачи жилого помещения, в том числе и в собственность одного из его пользователей, этот договор, а также свидетельство о праве собственности по требованию заинтересованных лиц могут быть признаны судом недействительными по основаниям, установленным гражданским законодательством для признания сделки недействительной. Таким образом, Пленум рассматривает возможность оспаривания договора приватизации, т.е. трактует его как оспоримую, а не ничтожную сделку с соответствующим правилом исчисления срока исковой давности.

Частью 4 ст. 72 ЖК РФ предусмотрены гарантии защиты жилищных прав ребенка при обмене жилого помещения, занимаемого по договору социального найма: обмен жилыми помещениями, в которых проживают несовершеннолетние члены семьи нанимателя, допускается только с согласия органа опеки и попечительства. Очевиден различный подход законодателя к охране прав несовершеннолетних членов семьи нанимателя и

²⁴⁶ Крылова В.П. Дети и жилье – судебные баталии // Жилищное право. 2011. № 4. С. 97–103.

собственника, поскольку, как уже отмечалось, при отчуждении жилого помещения, находящегося в собственности родителей ребенка, согласия органа опеки по общему правилу не требуется. На наш взгляд, такое различие неоправданно, поскольку родители-собственники могут злоупотреблять своими правами в ущерб правам детей. Поэтому считаем необходимым изменить норму п. 4 ст. 292 ГК РФ, возвратив ее прежнюю редакцию.

Семейным и жилищным законодательством установлены гарантии прав ребенка, родитель или родители которого лишены родительских прав. Так, в соответствии с п. 4 ст. 71 СК РФ ребенок, в отношении которого родители (один из них) лишены родительских прав, сохраняет право собственности на жилое помещение или право пользования жилым помещением. А ч. 2 ст. 91 ЖК РФ в целях защиты интересов несовершеннолетних предусмотрена судебная процедура выселения из жилого помещения родителя, лишенного родительских прав при невозможности совместного проживания с ребенком.

В соответствии с п. 1 ч. 4 ст. 83 и ст. 90 ЖК РФ наниматель и совместно проживающие с ним члены его семьи могут быть выселены из жилого помещения в другое жилое помещение по нормам предоставления помещений в общежитиях (6 кв. м на человека) в случае неоплаты в течение 6 месяцев подряд жилого помещения и коммунальных услуг. Поскольку несовершеннолетние члены семьи нанимателя не несут обязанности по оплате жилья и коммунальных услуг, а обязанность эта возложена целиком на нанимателя и совершеннолетних дееспособных членов его семьи, но жилищные права ребенка производны от прав его родителей, то указанная норма содержит в себе угрозу жилищным правам детей, которые без вины могут быть выселены из благоустроенного жилого помещения. Пленум Верховного Суда РФ в п. 38 Постановления от 02.07.2009 г. № 14 обращает внимание судов на то, что расторжение договора найма жилого помещения по данному основанию невозможно при наличии уважительных причин невнесения платы в течение 6 месяцев подряд, а к уважительным причинам Пленум относит, в том числе, наличие в составе семьи несовершеннолетних детей. Полагаем, что необходимо закрепить данное пра-

вило в законе во избежание правоприменительных решений, нарушающих права несовершеннолетних.

В соответствии с редакцией п. 2 ч. 2 ст. 57 ЖК РФ, действовавшей до 01 января 2013 года, детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей, лицам из их числа жилые помещения по договорам социального найма предоставлялись вне очереди по окончании их пребывания в образовательных и иных учреждениях, в том числе в учреждениях социального обслуживания, в приемных семьях, детских домах семейного типа, при прекращении опеки (попечительства), по окончании службы в Вооруженных силах РФ или по возвращении из учреждений, исполняющих наказание. Эта норма конкретизировалась статьей 8 Закона РФ от 21.12.1996 № 159-ФЗ (с изм.) «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей». С 1 января 2013 года вступили в силу изменения, внесенные в ЖК РФ и в ст. 8 указанного федерального закона²⁴⁷. Жилые помещения данной категории граждан теперь будут предоставляться не в социальный наем, а по договору найма специализированного жилого помещения сроком на 5 лет. Обязанность по однократному предоставлению жилого помещения специализированного жилищного фонда возложена на орган исполнительной власти субъекта РФ. Право на получение жилого помещения имеют дети-сироты, дети, оставшиеся без попечения родителей, и лица из их числа, если они не являются собственниками жилых помещений или нанимателями по договору социального найма, либо являются нанимателями, членами семьи нанимателя или собственниками, но проживание их в закрепленном за ними жилом помещении не представляется возможным. По окончании срока действия договора орган исполнительной власти субъекта РФ, осуществляющий управление государственным жилищным фондом, обязан принять решение об исключении жилого помещения из специализированного жилищного фонда

²⁴⁷ Федеральный закон от 29.02.2012 г. № 15-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения жилыми помещениями детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» // Российская газета. 2012. – 02 марта (№ 5719).

и заключить с указанными лицами договор социального найма в отношении данного жилого помещения. В исключительных случаях договор найма специализированного жилого помещения может быть однократно перезаключен еще на 5 лет при наличии обстоятельств, свидетельствующих о необходимости оказания данным субъектам содействия в преодолении трудной жизненной ситуации.

На наш взгляд, данные изменения способствуют более эффективной охране жилищных интересов несовершеннолетних, оставшихся без попечения родителей. Данная категория лиц является в крайней степени социально уязвимой, поскольку в отсутствие родителей дети не имеют возможности использовать жизненный опыт старшего поколения. В результате они нередко становятся жертвами мошенников и, получив жилье на условиях социального найма, могут легко его лишиться. Пользование жилым помещением из специализированного жилищного фонда в течение первых пяти лет, пока гражданин не адаптируется в обществе, препятствует этому. Кроме того, новый закон более детально регламентирует право на предоставление жилого помещения указанной категории граждан, условия и процедуру предоставления жилья. Необходимо отметить, что по новому закону жилые помещения предоставляются только гражданам России, если международным договором не предусмотрено иное.

Проанализировав действующее законодательство с точки зрения охраны жилищных интересов несовершеннолетних, приходим к выводу, что наиболее уязвимы в жилищных правах дети - члены семьи собственника жилого помещения. Полагаем, что наиболее актуально, в целях охраны жилищных интересов несовершеннолетних, внесение следующих изменений в действующие ЖК РФ и ГК РФ.

1) дополнить ч. 4 ст. 31 ЖК РФ правилом, предусматривающим сохранение за ребенком права пользования жилым помещением в случае расторжения брака его родителей, а также - сохранение права пользования жильем за бывшим супругом, если это необходимо для обеспечения интересов ребенка;

2) предусмотреть в ч. 2 ст. 31 ЖК РФ право членов семьи собственника, проживающих в жилом помещении, вселять в

него своих несовершеннолетних детей без согласия собственника;

3) распространить правило п. 2 ст. 37 ГК РФ на все случаи совершения сделок с недвижимым имуществом, принадлежащим несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет, за исключением случаев, когда собственник приобрел полную дееспособность до достижения совершеннолетия;

4) изменить норму п. 4 ст. 292 ГК РФ, распространив ее действие на все случаи совершения сделок с жилыми помещениями, в которых проживают несовершеннолетние члены семьи собственника;

5) дополнить ЖК РФ нормой, предусматривающей право родителей пользоваться жилым помещением, принадлежащим их несовершеннолетнему ребенку, до достижения им возраста 18 лет, при условии совместного с ним проживания и отсутствия у родителей прав на другое полноценное жилое помещение. При этом регистрация родителей (родителя) в жилом помещении должна совершаться по заявлению родителей (родителя) без согласия органа опеки и попечительства;

6) закрепить в ст. 90 ЖК РФ норму, не допускающую выселение нанимателя и членов его семьи из благоустроенных жилых помещений при наличии в составе семьи несовершеннолетних.

6. Правовой статус однополого союза: деградация института семьи или закрепление современных тенденций развития «западного» общества

В настоящее время российское семейное право не придает фактическому сожителю юридического статуса, а однополые браки далеки от легализации. Но данная проблематика активно обсуждается как в научной литературе, так и в обыденной жизни. Телевизионные передачи, популярные зарубежные художественные фильмы, демонстрируя однополые союзы преимущественно в позитивном ключе, заставляют людей задуматься о своем восприятии данного явления современной действительности. При этом европейская и американская практика легализации однополых союзов вряд ли в ближайшие годы станет для России реально востребованной, несмотря на активность сторонников данного направления модернизации российского законодательства.

Это подтверждают и социологические исследования, в соответствии с которыми женщины в России достаточно терпимо относятся к такому явлению в современном обществе, как однополая семья, а мужчины категорически против данного явления. Современная российская молодежь также выступает против признания однополых браков. Это может свидетельствовать о том, что традиционное понимание брака как союза между одним мужчиной и одной женщиной окончательно не потеряло свою ценность в глазах общественности²⁴⁸.

²⁴⁸ См.: Карташова Т.Е. Особенности брачно-семейных установок современной молодежи // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2011. № 129. С. 61.

**Процентное соотношение ответов на вопрос об отношении
к однополым семьям (с учетом пола)²⁴⁹**

Варианты ответов	Возраст			
	18–24		25–30	
	пол		пол	
	М (%)	Ж(%)	М (%)	Ж(%)
1. Полностью одобряю	7	7	7	5
2. Скорее одобряю	2	17	12	18
3. Скорее не одобряю	10	27	16	11
4. Не одобряю	17	20	15	26
5. Категорически против	49	10	42	24
6. Все равно	14	19	12	12
7. Личное дело каждого	1	0	2	4
8. Отсутствие чувств	2	1	0	0,5

Для нашей страны легализация однополых браков пока маловероятна по причине того, что уровень терпимости российского общества (особенно в провинции) к сексуальным меньшинствам - один из самых низких в Европе. Это подтверждает и законодательство субъектов Российской Федерации: штрафы

²⁴⁹ См.: Карташова Т.Е. Особенности брачно-семейных установок современной молодежи // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2011. № 129. С. 60.

за пропаганду гомосексуализма среди несовершеннолетних были введены в ряде регионов России, в частности в Санкт-Петербурге и Новосибирской области²⁵⁰.

При этом запрета на однополое сожителство современное российское законодательство не устанавливает, как и не устанавливает ответственности за воспитание детей однополыми супругами. Данные отношения в основном остаются за пределами правового регулирования. Используя методы искусственного оплодотворения, однополые пары могут не юридически, но фактически считать себя родителями и, создав отдельную ячейку общества, воспитывать ребенка. Также интересен вопрос о смене пола одним из супругов. Фактически формируется семья, состоящая из однополых супругов. И, если супруги не обратятся за расторжением брака, то, в противоречии с семейным законодательством (ст. 1, ст. 31 СК РФ), будет существовать однополый брачный союз, а дети данных супругов будут воспитываться однополой парой. Отсутствие в российском законодательстве каких-либо специальных норм на этот случай, казалось бы, формально не позволяет суду в силу положений ст. 158 СК РФ о признании браков, заключенных за пределами РФ, отказать однополым супругам стать усыновителями (статус которых в значительной степени приравнен к родительству) при условии соответствия их требованиям, предъявляемым к усыновителям (ст. 127, 128, 165 СК РФ и др.). Однако системное толкование положений п. 3 ст. 1, рассматривающих брак исключительно как союз мужчины и женщины, п. 2 и 3 ст. 134, п. 3 ст. 137, а также п. 1 и 2 ст. 137 в соотношении со ст. 49-52 СК РФ позволяет сформулировать вывод о том, что родителями ребенка в представлении законодателя одновременно могут быть только лица противоположного пола (мать, отец), независимо от того, основано ли родительство на происхождении детей (ст. 48 СК РФ) или на усыновлении (п. 1 ст. 137 СК РФ)²⁵¹.

²⁵⁰ <http://ria.ru/society/20130124/919516945.html#ixzz2X0wHmLbH>.

²⁵¹ Исаева Е.А., Сочнева О.И. Воспитание детей однополыми супругами: вопросы теории и практики // Историческая и социально-образовательная мысль. 2012. № 5. С. 214–216.

Проблема воспитания детей в однополых союзах мало исследована в современной юридической науке, а высказанные по этому вопросу мнения весьма полярны. Так, в частности, И.А. Косарева предлагает устранить данную правовую коллизию аналогией с зарубежным законодательством, имеющим институт однополого сожителства, не признаваемого при этом полноценным браком²⁵². К примеру, Актом о гражданском партнерстве Великобритании 2004 года предусмотрен упрощенный, без срока ожидания, порядок регистрации бывших супругов в качестве гражданских партнеров, если произошла смена пола²⁵³. Кроме того, обосновывая необходимость установления для представителей сексуальных меньшинств возможности заключения в РФ зарегистрированных партнерств, автор указывает также и на несостоятельность суждений о большом риске психологических проблем и проблем в адекватном восприятии своей гендерной принадлежности, как аргумента против воспитания и проживания детей в нетрадиционных семьях²⁵⁴.

Важен для обсуждения вопрос о возможности данной пары усыновлять детей, принимать их на воспитание или заводить их путем искусственного оплодотворения или суррогатного материнства.

Так, А.П. Кокорин полагает, что однополые супруги не должны иметь права на искусственное оплодотворение. Для реализации запрета автор предлагает ввести дополнительное психическое освидетельствование, которое будет не только устанавливать дееспособность лиц, но и проверять их на наличие психического заболевания «гомосексуализм». Данная мера продиктована, по его мнению, тем, что последний не соответствует нормам общественной морали, воспитание ребенка однополый парой противоречит его интересам на гармоничное развитие в обществе. Кроме этого, считает А.П. Кокорин, следует закре-

²⁵² Косарева И.А. Зарубежное и российское право о возможности представителей сексуальных меньшинств создавать семью // Современное право. 2009. № 8. С. 54.

²⁵³ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/pdfs/ukpga_20040033_en.pdf.

²⁵⁴ Подробнее об этом см., напр.: Косарева И.А. Феномен брака: доктринальные и законодательные концепции. М., 2010. С. 54–59.

пить законодательный запрет на осуществление искусственного оплодотворения и имплантации эмбриона лицами нетрадиционной ориентации²⁵⁵.

Позволим себе не согласиться со столь радикальным подходом к решению вопроса родительства и воспитания детей однополыми супругами. Предположение о том, что воспитание детей однополыми супругами негативно влияет на формирование нетрадиционной сексуальности у детей находится в дискуссионном поле. Сошлемся в подтверждение данного факта на решение Верховного суда американского штата Арканзас по делу Department of Human Services & Child Welfare Agency Review Board v. Howard, которое было рассмотрено в 2006 году. В данном деле, пересмотренном Верховным судом в качестве второй инстанции, трое истцов (William Wagner, Matthew Lee Howard и Anne Shelley), пожелавших стать приемными родителями, получили отказ. Основанием отказа стала норма, установленная Агентством штата по детскому благополучию²⁵⁶, запрещающая становиться приемными родителями тем лицам, с которыми под одной крышей проживали лица нетрадиционной сексуальной ориентации. Основаниями стали однотипные причины: Matthew Lee Howard проживал со своим однополым партнером 19 лет; Anne Shelley была лесбиянкой; William Wagner состоял в традиционном зарегистрированном браке, но их сын, гомосексуалист, иногда проживал с ними в одном доме. Суд первой инстанции встал на сторону Агентства и нормы, принятой в штате. Верховный суд штата, в свою очередь, поддержал истцов в связи с тем, что не было выявлены обстоятель-

²⁵⁵ Кокорин А.П. Круг лиц, имеющих право на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона // Сибирский юридический вестник. 2011. № 1. С. 66.

²⁵⁶Regultion 200.3.2 provides that: No person may serve as a foster parent if any adult member of that person's household is a homosexual. Homosexual, for purposes of this rule, shall mean any person who voluntarily and knowingly engages in or submitsto any sexual contact involving the genitals of one person and the mouth or anus of another person of the same gender, and who has engaged in such activity after the foster home is approved or at a point in time that is reasonably close in time to the filing of the application to be a foster parent.

ства, согласно которым гомосексуалисты менее подходят на роль приемных родителей, чем лица традиционной сексуальной ориентации. В данном деле были представлены заключения профессиональных ассоциаций психологов и социальных работников, которые на основании проведенных научных исследований сделали четкий вывод о том, что гомосексуальность - это не отклонение и не болезнь; подавляющее большинство геев и лесбиянок живут счастливой, здоровой, уравновешенной и продуктивной жизнью; - сексуальная ориентация не может свидетельствовать о способности человека быть хорошим или плохим приемным родителем. Исследование показало, что ни пол, ни сексуальная ориентация не являются предпосылками снижения благополучия ребенка в приемной семье²⁵⁷. Таким образом по мнению суда второй инстанции негативный «эффект гомосексуального родительства» не был доказан²⁵⁸.

Остановимся более подробно на описании опыта легализации однополых союзов и предоставлении права однополым партнерам (супругам) на усыновление и воспитание детей в США и Великобритании.

Традиционно в США на законодательном уровне существовал запрет на усыновление детей лицами нетрадиционной сексуальной ориентации, а гомосексуальное поведение во многих штатах считалось преступным.²⁵⁹ Сейчас ряд штатов в той или иной форме легализовали однополые союзы. В штате Вермонт и Нью Джерси однополые союзы, признаются эквивалентами брака с соответствующими последствиями.²⁶⁰ Ряд штатов допускают усыновление ребенка однополым партнером биологического родителя. Данное усыновление сходно с усыновлением ребенка новым супругом(ой) биологического родителя в гетеросексуальной семье. Всего 17 штатов США и Округ

²⁵⁷ <http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/howard.pdf>.

²⁵⁸ Wardle L.D. Comparative Perspectives on Adoption of Children by Cohabiting, Nonmarital Couples and Partners // ARKANSAS LAW REVIEW. Vol. 63:31. P. 38. <http://lawreview.law.uark.edu/wp-content/uploads/2010/04/10-Wardle.pdf>

²⁵⁹ Ibid. P. 35.

²⁶⁰ Wardle L.D., Nolan L.C. Family law in the USA. Wolters Kluwer. Great Britain. 2011. P. 138.

Колумбия так или иначе допускают усыновление детей однополыми парами. Среди этих 17-ти 12 штатов (Калифорния, Колорадо, Коннектикут, Иллинойс, Индиана, Мэн, Массачусетс, Нью Гемпшир, Нью Джерси, Нью Йорк, Пенсильвания, Вермонт) и Округ Колумбия разрешили либо в нормативном порядке, либо в рамках судебных прецедентов, однополым парам усыновлять детей.²⁶¹ В 5 других штатах (Айова, Невада, Орегон, Теннесси, Вашингтон) судебная практика и законодательство, по мнению профессора Вардла²⁶², скорее всего, придут к тому же решению. Вместе с тем, тридцать три штата США не допускают усыновления однополыми партнерами или супругами²⁶³. При этом 9 штатов (Алабама, Арканзас, Флорида, Кентукки, Миссисипи, Небраска, Огайо, Юта, Висконсин) прямо запрещают на законодательном уровне усыновление детей гомосексуальными партнерами или единолично гомосексуалистами. В 23 штатах (Аляска, Аризона, Делавэр, Джорджия, Гавайи, Айдахо, Канзас, Луизиана, Мэриленд, Мичиган, Миннесота, Миссури, Монтана, Нью Мексико, северная Каролина, северная Дакота, Род Айлэнд, Южная Каролина, Южная Дакота, Техас, Виржиния, Западная Виржиния, Вайоминг) этот вопрос на законодательном уровне и уровне судебной практики пока не решен, однако действует традиционная норма о возможности усыновления лишь разнополыми партнерами. В штате Оклахома данный вопрос решится, по мнению профессора Вардла, скорее всего, отрицательно²⁶⁴. Сексуальное поведение родителей в большинстве штатов Америки является одним из критериев определения агентствами по усыновлению семьи, наиболее отвечающей интересам ребенка.

²⁶¹ Wardle L.D., Nolan L.C. Family law in the USA. Wolters Kluwer. Great Britain. 2011. P. 158.

²⁶² http://www.law2.byu.edu/faculty/profiles2009/profile_fancy.php?id=34.

²⁶³ Wardle L.D. Comparative Perspectives on Adoption of Children by Cohabiting, Nonmarital Couples and Partners// Arkansas law review. 62. (2010):31. P. 47. <http://lawreview.law.uark.edu/wp-content/uploads/2010/04/10-Wardle.pdf>.

²⁶⁴ Ibid. P. 85.

В Великобритании Акт «О гражданском партнерстве» 2004 года не только легализовал однополое сожительство, но и предоставил гражданским партнерам возможность усыновлять детей. Под гражданским партнерством Акт понимает отношения между двумя лицами одного пола, которые официально зарегистрировали данный союз. Гражданскими партнерами не могут быть лица разного пола, лица, состоящие в зарегистрированном браке или зарегистрированном партнерстве; лица младше 18 лет (в Шотландии 16 лет)²⁶⁵. Цель указанного нормативного акта состояла в том, чтобы придать гражданским партнерам такой же статус, и наделить правами и обязанностями, аналогичными зарегистрированным супругам, а незарегистрированным однополым сожителям – статус, тождественный проживающим вместе разнополым лицам, не зарегистрировавшим брак. По данным на 2011 год в Великобритании зарегистрировано 26000 гражданских партнерств²⁶⁶.

Помимо вопросов о регистрации, расторжении гражданского партнерства, соглашениях между гражданскими партнерами, имущественных отношениях между ними Акт о гражданском партнерстве регламентирует и вопросы, связанные с усыновлением и воспитанием детей. Он предоставляет партнерам такие же права по отношению к детям, как отчиму и мачехе после вступления их в брак с родителем ребенка. Гражданский партнер может приобрести родительские обязанности, как посредством соглашения, так и судебного постановления. Суд при решении данного вопроса исходит из фактически сложившихся взаимоотношений между ребенком и взрослым, причин, понудивших партнера подать прошение об усыновлении, семейных обязанностей, которые берет на себя гражданский партнер²⁶⁷.

Акт о гражданском партнерстве расширил определение понятия "ребенок семьи", которое было введено Законом о детях 1989 года. Оно стало применимо также к ребенку, воспитывающемуся обеими сторонами гражданского партнерства

²⁶⁵ Gray N., Brazil D. Blackstone guide to the civil partnership act 2004. Oxford university press. 2005. P. 3.

²⁶⁶ Sendall J. Family law handbook. 2011. Oxford. P. 85.

²⁶⁷ Ibid. P. 10.

(согласно Закону о детях 1989 года, подтверждение статуса "ребенка семьи" производится на основании анализа совокупности очевидных фактов). Соответственно гражданский партнер имеет право без разрешения суда, а также независимо от того, продолжает ли он находиться в гражданском партнерстве, обратиться за предоставлением права общения с «ребенком семьи» или определением порядка проживания ребенка²⁶⁸.

В настоящее время в Великобритании и само понятие "родитель" уже не такое однозначное, как несколько десятилетий назад. Родителем можно считать лицо, указанное в свидетельстве о рождении; можно считать то лицо, которое преимущественно ухаживает за ребенком изо дня в день; человека, предоставившего свой генетический материал для зачатия будущего ребенка; человека, которого закон признает родителем. В настоящее время актуален вопрос о возможности считать родителями однополых сожителей, усыновивших ребенка, в том случае, если ни один из них не участвовал в его появлении на свет.

Акт Великобритании "Об оплодотворении и эмбриологии человека" 2008 года²⁶⁹ содержит ответ на данный вопрос, но он далеко не полный. Однополые пары неизбежно вовлекают в процесс зачатия ребенка третью сторону. Способ появления ребенка в каждом конкретном случае крайне индивидуален. Если однополая пара обращается в специализированную клинику по оплодотворению, то с позиции закона ситуация становится более понятной. Но, если они самостоятельно привлекают третьих лиц, которые будут участвовать в зарождении ребенка, то ожидания у каждого, кто принимает участие в этом процессе, по отношению к будущему ребенку, участию в его воспитании, могут быть различными.

Одни гомосексуальные женские пары могут искать мужчину из их ближайшего окружения для зачатия ребенка и договариваются с ним о его будущем участии в воспитании. Другие однополые партнерши могут делать ставку на участие мужчины

²⁶⁸ Children Act 1989, s 10(5)(aa). <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/10>.

²⁶⁹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

в зачатии ребенка и полном исключении его из дальнейшего процесса воспитания. Мужские пары могут быть порой заинтересованы в установлении контактов с однополыми женскими парами с целью создания ребенка, желая избежать в дальнейшем проблем, связанных с усыновлением или суррогатным материнством²⁷⁰. При этом планы, которые первоначально строят в отношении своей роли в процессе создания и воспитания ребенка данные участники процесса, могут впоследствии серьезным образом меняться. Чувства, которые неожиданно для самих участников процесса возникают по отношению к рожденному ребенку, ломают всю ранее запланированную схему, вынуждая их впоследствии обращаться в судебные инстанции.

Многогранные вариации воспитания детей в нетрадиционных семьях и отношение к ним судебных органов видны из судебной практики.

Проиллюстрируем одну из позиций суда на примере дела *R v E and F* (однополая женская пара Эмили и Френсис и отец ребенка Ричард); лесбийская пара (Эмили и Фрэнсис, которые были гражданскими партнерами) и гомосексуальная пара (Ричард и Джон, которые поженились в штате Массачусетсе, США) решили завести ребенка вместе. Эмили выступила биологической матерью, Ричард - донором спермы. Ребенок родился в 2002 и постоянно проживал с Эмили и Фрэнсис. Он получил фамилию Эмили, а также фамилии Ричарда и Фрэнсис в качестве дополнительных имен. В 2008 году отношения между двумя парами (мужской и женской) осложнились по причине разных взглядов на воспитание ребенка. В сложившейся ситуации биологический отец обратился в суд с требованием признания за ним прав родителя, предоставления возможности контактировать с ребенком, включая право на совместное проживание. Ричард обосновывал свою позицию тем, что при подготовке к зачатию ребенка ему гарантировалась полная вовлеченность в воспитание ребенка. По его мнению, все 4 взрослых субъекта

²⁷⁰ Hyden A., Allman M. Children and same sex families. A legal handbook. Jordan publishing LTD. Great Britain.2012. P. 2.

выполняли роль родительского союза. Женская пара оспаривала в суде высказанную Ричардом точку зрения.

Судья Беннетт, рассматривавший дело, пришел к выводу, что, несмотря на очевидные близкие отношения Ричарда и ребенка, назвать его сородителем нельзя. По мнению судьи, понятие воспитания включает не просто заботу о ребенке, эмоциональную и физическую, но также принятие решений и осуществление прав и обязанностей относительно ребенка. Судья согласился с Эмили и Фрэнсис, что именно они в сложившемся союзе были лицами, принимающими решения относительно ребенка, несмотря на то, что они консультировались с Ричардом и Джоном относительно методов воспитания. Эмили и Фрэнсис были признаны родителями ребенка. Судья Беннетт принял также аргумент Эмили и Фрэнсис, что предоставление родительских обязанностей Ричарду будет прямой угрозой автономии их семьи и породит в будущем конфликты в жизни ребенка²⁷¹.

В другом деле *T v T*²⁷² суд признал права и обязанности родителя за биологическим отцом ребенка и биологической матерью. Дети 7 и 10 лет воспитывались лесбийской парой. Вопрос встал о признании права родителя и за партнершей матери ребенка. Апелляционная инстанция признала права и обязанности родителя за всеми тремя субъектами.

При анализе данного дела можно согласиться с позицией Антони Хейдена²⁷³, который считает данное судебное решение логичным, т.к. ребенок со своей стороны и воспринимал всех троих субъектов своими родителями²⁷⁴. То есть суд отразил в решении фактически сложившиеся отношения ребенка и взрослых.

Суд с помощью генетического теста имеет возможность ответить на вопрос, является ли отец или мать биологиче-

²⁷¹<http://www.osbornes.net/articles/the-modern-family---how-the-courts-are-dealing-with-parental-responsibility.aspx>

²⁷² <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/1366.html>

²⁷³ http://www.stjohnsbldgs.com/barrister/Anthony_Hayden_QC/125/22.aspx

²⁷⁴ Hyden A., Allman M. Children and same sex families. A legal handbook. Jordan publishing LTD. Great Britain.2012. P. 3.

скими родителями. Но при этом понятия "родитель ребенка" и "ребенок родителя" используются нормативными актами Великобритании без их общего определения. Закон о детях 1989 года также его не определяет. В то же время судебная практика четко применяет понятие "родитель" как в биологическом, так и в юридическом смысле, не отдавая однозначного предпочтения психологическому аспекту. К примеру, в деле *T v B*²⁷⁵ в лесбийской паре, не имевшей статуса гражданского партнерства, после разрыва отношений ребенок остался проживать с биологической матерью. Ребенок был по обоюдному желанию зачат при помощи технологии искусственного оплодотворения. Бывшая сожительница биологической матери ребенка в судебном порядке получила право видеться с ребенком. Биологическая мать заявила требование о наложении на бывшую сожительницу, как на родителя ребенка, обязанности по его содержанию. Суд не удовлетворил данное требование, так как не посчитал, что сожительница матери приобрела статус родителя ребенка в юридическом смысле. Закон "О поддержке детей" 1991 года дает в целях применения закона понятие родителя как мать или отец, которые по закону считаются родителями ребенка²⁷⁶.

С возникновением технологии искусственного оплодотворения возник вопрос, кто является матерью ребенка: та женщина, что выступила донором яйцеклетки или женщина, выносившая и родившая ребенка. Акт Великобритании об оплодотворении и эмбриологии человека 2008 года устанавливает, что, если генетическая мать и мать, родившая ребенка, не совпадают в одном лице, матерью ребенка считается именно та женщина, которая его родила²⁷⁷. Данный статус она сохраняет до момента усыновления или другого законного основания перехода статуса родителя к другому лицу.

При принятии Акта "Об оплодотворении и эмбриологии человека" 2008 года среди членов Британского Парламента было много споров по поводу того, что Акт закрепил концепт ро-

²⁷⁵ <http://www.familylaw.co.uk/articles/parental-responsibility-financial-relief-t-v-b-2010-ewhc-1444-fam>

²⁷⁶ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1991/48/section/54/enacted>.

²⁷⁷ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/33>.

дительства как юридической возможности, а не биологической связи²⁷⁸. Акт с одной стороны расширил возможность для членов любой семьи стать родителями, но с другой стороны маргинализировал традиционно сложившееся понятие родительства.

Новый Акт в целом является прогрессивным в вопросе признания семьи в любой её форме, но содержит, однако, спорные моменты, которые можно назвать дискриминационными.

Если супружеская пара для зачатия ребенка использует донорскую сперму, партнер мужского пола может быть признан не только родителем, но также и законным отцом. В то же время в ситуации, когда две женщины, даже если они являются гражданскими партнерами, заводят ребенка, женщина, не являющаяся роженицей, становится родителем, но не имеет права называться матерью.

Ни в Акте 2002 года «Об усыновлении и детях», ни в Акте 2008 года «Об оплодотворении и эмбриологии человека», ни в каких других нормативных актах не устанавливается положение о том, что у ребенка может быть два отца или две матери. В тех случаях, когда ребенок имеет двух родителей одного пола, он просто имеет двух родителей. Закон даёт ребенку право иметь двух родителей одного пола, но никто из них не может называться с точки зрения закона матерью или отцом. В свидетельстве о рождении в настоящее время записывается мать и другой родитель женского пола, но не две матери.

В Великобритании первым ребенком с новым свидетельством о рождении, в которое вписаны два родителя одного пола, стала Лили-Мэй Вудс. Ее родители - Натали, 38 лет, и ее партнерша Бетти Ноулз, 47 лет, живущие в Брайтоне, - стали известны как мама и мама В. В свидетельстве о рождении графа, которая традиционно была предусмотрена для фамилии отца ребенка, в данном случае была заполнена женским именем. Натали, забеременевшая с использованием анонимной донорской спермы, была обозначена в графе в качестве матери Лили-

²⁷⁸ Hyden A., Allman M. Children and same sex families. A legal handbook. Jordan publishing LTD. Great Britain.2012. P. 9.

Мэй²⁷⁹. Данная пара специально использовала анонимного донора, чтобы он не имел права претендовать на родительство. Новое законодательство серьезно упростило процедуру получения родительских прав однополым партнером матери ребенка.

В ситуациях, когда однополая женская пара использует не анонимного донора, а обращается к известному им мужчине, то последний может претендовать на роль законного родителя со всеми вытекающими правами и обязанностями. В этом случае гражданская партнерша матери, несмотря на непосредственное участие в воспитании ребенка, на статус родителя претендовать не может. Однополый партнер, которого ребенок считает своим отцом или матерью, может быть родителем по закону, а генетический отец может быть биологическим родителем, но не законным родителем²⁸⁰.

Акт 2008 года «Об оплодотворении и эмбриологии человека» в разделе 48 выделяет понятия "отец", "мать", "родитель" как три разные категории. Это соотносится с положениями Акта 2002 года «Об усыновлении и детях», который рассматривает вопросы приемных родителей и содержит в статье 68 указание о приемных матери и отце ребенка, усыновленного парой однополых родителей или партнером одного родителя ребенка в однополом браке²⁸¹. Относительно прав, ответственности и обязанностей законный родитель находится в той же позиции, что и законная мать или отец. В связи с этим в действующее законодательство были внесены поправки с целью ввести в акты, где речь идет о матери или отце, термин «родитель».

Учитывая тот факт, что внесенные в закон поправки, дающие возможность однополым парам стать законными и полноценными родителями, были сделаны совсем недавно, большинство детей воспитываемых такими парами, пока не могут иметь двух законных родителей одного пола. Для тех семей, в которых однополые пары являются законными родителями, становится проблемным положение Акта 2008 года, которое не

²⁷⁹ <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-1267923/Lily-Britains-baby-women-parents-birth-certificate--Mummies-tell-Dad.html>.

²⁸⁰ Hyden A., Allman M. Children and same sex families. A legal handbook. Jordan publishing LTD. Great Britain.2012. P. 10.

²⁸¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38>.

предоставляет возможности детям иметь трех родителей – мать, отца и другого родителя, мужского или женского пола. Между тем такая потребность возникает, когда, например, состоящие в гражданском партнерстве женщины, заводят ребенка путем искусственного оплодотворения не от анонимного донора, а от мужчины, который может быть их другом или родственником. После 6 апреля 2009 года, когда данный Акт вступил в силу, гражданские партнерши больше не имеют возможности указывать биологического отца в свидетельстве о рождении ребенка с наделением его родительскими правами. Указанный Акт 2008 года содержит положение о том, что в таких обстоятельствах ни один мужчина не будет приходиться ребенку законным отцом. В дальнейшем это может стать причиной некоторых трудностей для ребенка, например, при переезде в страну, где запрещены однополые браки. Если двое мужчин воспользовались услугами суррогатной матери и впоследствии подали заявление на получение родительских прав, суррогатная мать ни при каких условиях не может остаться законным родителем. У этого ребенка в дальнейшем могут возникнуть аналогичные трудности.

Важен также вопрос финансового обеспечения детей в гражданских партнерствах. Акт 2004 года расширил понятие «родитель», распространив данное определение на каждого из гражданских партнеров, для которого ребенок стал «ребенком семьи», поэтому гражданский партнер или бывший гражданский партнер вправе обратиться в суд, требуя, к примеру, присуждения периодических выплат или единовременной выплаты непосредственно ребенку или гражданскому партнеру в пользу ребенка. На принятие решения о присуждении гражданскому партнеру определенных сумм в пользу «ребенка семьи» влияют такие факторы, как трудоспособность, наличие собственности, источники доходов, которыми обладают или будут обладать в ближайшем будущем гражданские партнеры, а также родители ребенка. Учитываются также финансовые потребности, обязательства и ответственность гражданских партнеров, а также родителей ребенка; финансовые потребности ребенка, доход, трудоспособность, собственность и другие источники доходов ребенка; физическая и психическая неполноценность ребенка;

образ жизни ребенка, или предполагаемый образ жизни, образование и воспитание.

В случае, если ответчик не является матерью или отцом ребенка, суд должен дополнительно принять во внимание следующее: нес ли ответчик обязанности по содержанию ребенка и уходу за ним, если да, то каков был объем данных обязанностей и период времени, в течение которого они реализовывались; также имеет значение наличие лиц, имеющих возможность ухаживать за ребенком.

Ряд ограничений накладывается на распоряжения по срокам периодических выплат в пользу «ребенка семьи». Срок их действия должен истекать при достижении ребенком семнадцатилетнего возраста, при условии, что суд не примет решение о продлении срока выплат. Однако в любом случае предельный срок ограничивается 18 летним возрастом, если только ребенок не планирует получать образование в учебном заведении или не имеет особых обстоятельств, к примеру, инвалидности. Истец, требующий финансовой поддержки в отношении ребенка, не обязательно должен являться родителем ребенка (по рождению или по усыновлению), опекуном или обладать правом проживания с ребенком.

Гетеросексуальные пары, не зарегистрировавшие брак, или однополые пары, не вступившие в гражданское партнерство, могут предъявить финансовые требования в пользу ребенка при условии, что ответчик является родителем ребенка, а истец является родителем или опекуном, либо лицом, с которым по решению суда проживает ребенок.

Ребенок старше 18 лет, получающий высшее образование или специальность, и имевший статус "ребенка семьи" гражданских партнеров, может при условии, что гражданские партнеры больше не проживают вместе, подать личное заявление на периодические выплаты и /или единовременную выплату только в отношении своего биологического или приемного родителя, но не в отношении гражданского партнера, не являющегося

родителем, хотя и относящегося к ребенку как к "ребенку семьи"²⁸².

Нестандартный подход британского законодателя к регламентации родительства позволяет юридически исключать из состава родителей лиц, которые биологически участвовали в зачатии ребенка. Возможность граждан создавать те семьи, которые им удобны, фактически не ориентируясь на биологические связи между членами семьи, формально свидетельствуют о прогрессивных взглядах британского законодателя, который решил пойти на поводу у фактически сложившихся реалий, придав им юридическую защиту. Но, с другой стороны, такой вариант института семьи в Великобритании поставил, как нам кажется, под угрозу биологические связи между генетическим родителем и ребенком, который, изначально понимая, что его воспитывает в однополном партнерстве биологически неродной (один или оба) человек, сможет узнать при анонимном донорстве о том, чей он на самом деле сын или дочь, лишь по достижении 18 лет. Искусственное оплодотворение в гетеросексуальных парах, факт небιологического родительства, как правило, скрывается от ребенка, и не наносит ему психологическую травму. В гражданских партнерствах в психотравмирующую ситуацию ребенок попадает изначально. Разрушение института "традиционной" семьи, в которой родители в процессе роста ребенка ищут генетически заложенные особенности, передающиеся по наследству (цвет волос, глаз, манера поведения, вкусовые пристрастия и т.д.), уходит для все большего количества стран Европы в прошлое. Сложно сказать, стоит ли критиковать данное положение зарубежного законодательства, примеряя его на себя. Скорее стоит принять это как новую реальность, которая фактически, может не так обширно, но существует и в России, и лишь пока не нашла своего законодательного закрепления.

Количество стран, уже легализовавших однополые отношения, все расширяется, как увеличивается и количество государств, разрешающих усыновление детей гомосексуальными

²⁸² Gray N., Brazil D. Blackstone guide to the civil partnership act 2004. Oxford university press. 2005. P. 56.

парами. К числу таких стран относятся Бельгия, Канада, Германия, Дания и другие. Тем не менее, не вполне очевидным остается ответ на вопрос, можно ли доверять исследованиям, свидетельствующим об отсутствии влияния на психику ребенка того факта, что он воспитывается в гомосексуальной семье? Американские ученые, (например, профессор Линн Вардл), в своих трудах пишут о неоднозначности полученных результатов исследований о влиянии на ребенка воспитания в гомосексуальной семье. К проводимым исследованиям есть много вопросов и замечаний с точки зрения методологии их проведения²⁸³: это малочисленность контрольных групп и выборки, тенденциозность выборки, неправильный методологический инструментарий, обосновательные научные гипотезы, неоднозначные выводы. В ряде исследований выявляются факторы, свидетельствующие о том, что дети, воспитывавшиеся в гомосексуальных парах, более склонны к гомосексуальной самоидентификации, более раннему рискованному сексуальному поведению²⁸⁴. Никто не отменял доказанное положение о подражании детей своим родителям или воспитателям: если родители курят, у детей есть склонность к курению; если в семье присутствует факт домашнего насилия, то дети склонны имитировать это впоследствии; если родители либералы или консерваторы, то дети также становятся приверженцами данных взглядов²⁸⁵. Полностью согласимся с профессором Вардлом²⁸⁶, что необоснованно утверждать, будто тенденция подражания срabатывает на все обстоятельства семейной жизни, кроме го-

²⁸³ Wardle L.D. The «Inner Lives» of children in lesbian adoption: narratives and other concerns». St. Thomas.L. review. 18(2005): 511. <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=18+St.+Thomas+L.+Rev.+511&srctype=smi&srcid=3B15&key=b76e68aace8b535dc2dd41c0474cb6>.

²⁸⁴ Wardle L.D. Comparative Perspectives on Adoption of Children by Cohabiting, Nonmarital Couples and Partners// Arkansas law review. 62. (2010):31.P. 86. <http://lawreview.law.uark.edu/wp-content/uploads/2010/04/10-wardle.pdf>.

²⁸⁵ *ibid.* P. 88.

²⁸⁶ http://www.law2.byu.edu/faculty/profiles2009/profile_fancy.php?id=34.

мосексуальности родителей/воспитателей. Важным обстоятельством в проводимых исследованиях является тот факт, что поколение детей, воспитанных в однополых семьях, которым официально было разрешено усыновлять или воспитывать детей, только начинают создавать свои семьи, а большинство еще не достигли совершеннолетия. Эффект воспитания однополыми супругами может проявиться значительно позднее. Поэтому еще рано делать выводы, которые, как видно из дела *Department of Human Services & Child Welfare Agency Review Board v. Howard*, слишком серьезно влияют на формирование нового законодательства.

Наряду с обозначенной выше точкой зрения другими учеными аргументируется мнение о недопустимости официального признания родительства за однополыми партнерами. Л.Ю. Михеева отмечает: «Допущение совершения записи об отце в отношении женщины-партнерши, как и записи о матери в отношении отца-партнера, окончательно сотрет грань между полами. Сами понятия «мать» и «отец» перестанут иметь значение, законодатели вынуждены будут заменить его юридическим термином «родитель» («усыновитель»)²⁸⁷. По мнению А. Земске-Гуреце и А.А. Новикова, «представляется неприемлемой ситуация, когда послеоперационные транссексуалы перемещаются с точки зрения права между мужским и женским полом»²⁸⁸.

Следует отметить, что в практике Европейского суда по правам человека также не выработано единого подхода к обозначенному вопросу. Так, например, по делу «*Christine Goodwin*» против Великобритании сформулирован вывод о том, что если государство соглашается на лечение транссексуала, то оно должно признавать и последствия, связанные с изменением

²⁸⁷ Кодификация российского частного права / Под ред. Д.А. Медведева. М., 2009 // Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

²⁸⁸ Земске-Гуреце А., Новиков А.А. Защита семейной жизни в свете постановления Европейского суда по правам человека // Семейное право на рубеже XX-XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы Международной научно-практической конференции / Отв. ред. О.Н. Низамиева. М., 2011. С. 87.

пола²⁸⁹. Вместе с тем при рассмотрении сходных, с точки зрения нравственно-юридического аспекта, дел Европейский суд высказал мнение о том, что многолетняя связь женщины, имеющей ребенка, с ее партнершей-лесбиянкой несовместима с понятием семейных отношений, несмотря на то, что она фактически участвует в исполнении родительских функций. Признав соответствующим положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод отказ национальных властей в регистрации лица, изменившего пол с женского на мужской в качестве отца ребенка, рожденного его партнершей в результате применения репродуктивных технологий, суд обратил внимание на отсутствие в области единых стандартов в вопросе предоставления родительских прав транссексуалам, а также пришел к выводу, что невозможно предсказать, каким образом отсутствие правовых отношений в этой паре повлияет на развитие ребенка²⁹⁰. В сходном направлении было высказано особое мнение судьи Уолша по делу «Б. против Франции» относительно социально-юридических последствий факта смены пола одним из родителей ребенка²⁹¹.

В случае легализации однополых связей, законодательство страны должно взять на себя защиту гомосексуальных отношений, в частности, запретив дискриминацию лица по признаку сексуальной ориентации. Обратимся к законодательству Великобритании. С 1 октября 2010 года в Великобритании вступили в силу большинство положений Закона о равноправии, ознаменовав тем самым начало новой эпохи антидискриминационного законодательства²⁹². Акт распространил свое действие на Англию, Шотландию, Уэльс. Данный закон заменил практически все специальные нормативные акты, направленные на искоренение дискриминации в британском обществе: Закон о равной

²⁸⁹ Там же.

²⁹⁰ Владимирова И.А. Туманова Л.В. Защита семейных прав в Европейском суде по правам человека. М., 2007. С. 164–165.

²⁹¹ Подробнее об этом см.: Кодификация российского частного права / Под. ред. Д.А. Медведева //Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

²⁹² Hardy S., Butler M. European employment laws: a comparative guide. Spiramus Press Ltd 2011. P. 255.

оплате 1970 года, Закон о дискриминации по признаку пола 1975 года, Закон о расовых взаимоотношениях 1976 года, Закон о дискриминации инвалидов 1995 года, нормативный акт о равенстве в сфере труда не зависимо от религии и веры 2003 SI 2003/1660, нормативный акт о равенстве в сфере труда не зависимо от сексуальной ориентации 2003 SI 2003/1661, нормативный акт о равенстве в сфере труда не зависимо от возраста 2006 SI 2006/1031.

Главные задачи данного закона состоят в гармонизации антидискриминационного законодательства и поддержке становления равноправия.

Британский законодатель пошел по пути выделения в законе «защищенной категории», которую определяют ограниченное число оснований, дискриминация по которым является запрещенной. Это положительно образом влияет на более четкое понимание и выявление факта дискриминации. Акт о равенстве²⁹³, объединив в себе принятые ранее нормы, охватывает все 9 признаков, по которым британский законодатель запретил дискриминацию: возраст, инвалидность, смена пола, брак или гражданский союз, беременность и материнство, раса, религия или вера, пол, сексуальная ориентация²⁹⁴. Данный закон защищает в случаях дискриминации, произошедшей по причине ассоциации лица с группой, подпадающей под защиту нормативного акта²⁹⁵. В качестве примера для данного вида дискриминации Кодекс практики в пункте 3.19 содержит положение о том, что, если работодатель начинает относиться хуже к женщине традиционной сексуальной ориентации, которую он видел в компании лица нетрадиционной сексуальной ориентации, то это также прямая дискриминация по признаку сексуальной ориентации по ассоциации²⁹⁶.

²⁹³Equality act 2010 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf.

²⁹⁴The Equality Act 2010. Employment law guide. London. 2010. P. 3.

²⁹⁵Lewis D., Sargeant M. Employment law. Concentrate. Oxford university press. 2011. P. 30.

²⁹⁶<http://www.official-documents.gov.uk/document/other/9780108509735/9780108509735.pdf>.

Остановимся чуть подробнее на таком основании дискриминации, как смена пола, гражданский союз и сексуальная ориентация.

Закон защищает лиц, которые планируют, начали или уже закончили процесс (часть процесса) по смене пола. Данный процесс включает как психологические аспекты, так и физиологические, в частности, изменение атрибутов, определяющих пол.²⁹⁷ Кодекс практики в сфере труда разъясняет на примере, что лицо, рожденное женщиной, может без медицинской смены пола ощущать себя мужчиной и жить как мужчина. Она будет также пользоваться защитой закона, как лицо, сменившее пол с помощью медицинского воздействия²⁹⁸. Люди, запланировавшие смену пола, но потом передумавшие по какой-либо причине, также попадают в защищенную законом категорию. К примеру, женщина, решив сделать операцию по смене пола, рассказывает об этом своим друзьям и проходит предварительные консультации. Но впоследствии решает обойтись без операции, она также попадает в защищенную группу, так как прошла первую стадию процесса по смене пола. Защита распространяется на тех, кто носит одежду, свойственную противоположному полу как проявление внутреннего ощущения себя лицом иного пола, иные причины ношения одежды противоположного пола к защите лица не приводят.

Для того чтобы находиться в защищенной Актом о равенстве 2010 года категории, работнику не нужно информировать своего работодателя о смене пола.

В защищенную категорию в Великобритании включаются лица, состоящие в зарегистрированном браке или в гражданском союзе. Один лишь факт совместного проживания (без регистрации), не дает право на защиту от дискриминации со стороны закона²⁹⁹. В Акте о равенстве не дается определение

²⁹⁷ The Equality Act 2010. Employment law guide. London. 2010. P. 13.

²⁹⁸ Кодекс практики в сфере труда пункт 2.24 Эл. ресурс: <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice/>

²⁹⁹ Lewis D., Sargeant M. Employment law. Concentrate. Oxford university press. 2011. P. 38.

понятий «состоящий в браке» или «гражданский партнер», но они разъясняются в кодексе практики³⁰⁰ - под браком понимается официальный союз мужчины и женщины, который признается браком в соответствии с нормативными актами Великобритании. Под гражданским союзом понимается зарегистрированный в Великобритании в соответствии с Актом о гражданском партнерстве 2004 года³⁰¹ однополый союз. Также Актом о равенстве защищены однополые партнеры, живущие в Великобритании, но создавшие союз за пределами Великобритании по законам других стран³⁰². В защищенную категорию в рамках данного пункта не попадают одинокие или разведенные люди, также не защищены люди, планирующие вступить в брак или создать гражданский союз; не защищены партнеры распавшегося однополого союза. Данная оригинальная позиция законодателя базируется на историческом стремлении защитить от дискриминации замужнюю женщину. Позиция была воспринята британским обществом неоднозначно, но в рамках специальных обсуждений в парламенте в 2008 году, Палата Лордов отвергла идею новой формулировки данного основания дискриминации, в качестве которой был предложен «семейный статус», который бы охватил не только лиц, состоящих в браке, но и незамужних/неженатых. По мнению британских законодателей, размывание границ защищенной категории не позволит вообще выявить факт дискриминации.

В защищенную категорию по признаку сексуальной ориентации попадают гетеросексуалы, геи и лесбиянки, бисексуалы. Дискриминация может осуществляться по причине, как самой их ориентации, так и их поведения, к примеру, одежды, посещения специализированных заведений. Акт о равенстве защищает также лиц, которые ассоциируются с указанными категориями.

³⁰⁰ Кодекс практики в сфере труда пункт 2.31 Эл. ресурс: <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/equality-act/equality-act-codes-of-practice/>

³⁰¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/1>.

³⁰² The Equality Act 2010. Employment law guide. London. 2010.

Введение данного основания дискриминации определенным образом создает конфликт для лиц, чьи религиозные воззрения не приемлют однополых союзов. Подобный конфликт дошел до суда в 2009 году в деле *Ladele v London Borough of Islington*³⁰³. Лилиан Ладель работала регистратором браков. С 2005 года, когда вступил в силу закон О гражданских союзах, в ее должностные обязанности вошла регистрация и однополых союзов. В силу религиозных взглядов, не принимающих однополые союзы, она отказалась от выполнения новых обязанностей, за что была привлечена работодателем к ответственности³⁰⁴. Суд в данном деле встал на сторону работодателя, он не усмотрел неравного обращения по признаку религии, когда работодатель обязал всех регистраторов соблюдать закон в равной мере.

На федеральном законодательном уровне США нет нормативного акта, защищающего права сексуальных меньшинств от дискриминации в сфере труда ни в частной, ни в публичной сфере³⁰⁵. В мае 1997 года законопроект, посвященный данному вопросу, должен был попасть на рассмотрение в Сенат, но не нашел поддержки. Его оппоненты убедили остальных в том, что нет никакой необходимости в принятии данного закона. Этот закон не увидел свет и до сих пор. Представители сексуальных меньшинств, сталкивающиеся с дискриминацией на работе, не согласились бы с точкой зрения о ненужности данного закона. Но в то же время исследователи, анализирующие индивидуальные судебные тяжбы по проблемам дискриминации геев на работе, отмечают, что данный закон все равно не явился бы панацеей³⁰⁶.

Федеральные суды США не принимают иски о дискриминации по признаку сексуальной ориентации, т.к. Титул VII Акта о гражданских правах 1967 года не включил в список дискриминационных оснований данный признак. Нет такого основа-

³⁰³ <http://swarb.co.uk/ladele-v-london-borough-of-islington-ca-15-dec-2009/>

³⁰⁴ Lewis D., Sargeant M. *Employment law. Concentrate*. Oxford university press. 2011. P. 46.

³⁰⁵ Kare Repa, B. *Your rights in the workplace*. 2002. P. 7/46.

³⁰⁶ Williams M. E. *Discrimination. Opposite viewpoints*. 2003. P. 52.

ния и в Акте о реабилитации 1973 года и в Акте об американцах – инвалидах³⁰⁷. Но отдельные судьи считали, что данное основание дискриминации все же должно подпадать под защиту Титула VII. Верховный суд США разрешил данное противоречие в пользу сторонников защиты работников по данному основанию. Суд особо подчеркнул, что истцу необходимо обосновать свой иск не доводами в пользу определенной сексуальной ориентации, а доводами о взаимоотношении полов, т.е. что факт дискриминации произошел по причине определенного пола истца. Подавать иск необходимо не о дискриминации по причине сексуальной ориентации, а по причине дискриминации по признаку пола³⁰⁸. Суд заметил, что доказывание факта дискриминации, произведенного представителем одного пола по отношению к представителю другого пола, осуществляется намного легче, чем доказательство дискриминации, когда истец и ответчик одного пола. Суд привел несколько способов доказывания факта однополой дискриминации. Суд уточнил, что для доказывания факта дискриминации по признаку пола, в делах, возникших между представителями одного и того же пола, истцу необходимо доказать такие факты, как, например, то, что потерпевший является гомосексуалистом; что лицо, осуществившее факт дискриминации, враждебно относилось к наличию на работе представителей того же пола, что и он сам; что является очевидной ситуация, когда к представителям одного пола на предприятии лицо, обвиняемое в дискриминации, относилось негативно. Истец может подать иск о дискриминации по признаку пола (но не сексуальной ориентации), если он может доказать негативное к нему отношение в силу стереотипов, связанных с манерой одеваться или вести себя, присущих представителям определенного пола (например, ношение украшений в ушах).

Работники государственных учреждений в США, подвергшиеся дискриминации по признаку сексуальной ориентации, могут в определенных случаях защитить свои права, опи-

³⁰⁷ Larson L. K.. Employment discrimination. Second edition. P.168-3.

³⁰⁸ Weirich C.G. Employment discrimination law. Washington D.C. 2002. P. 358.

раясь на Акт о реформе государственной службы, запрещающий дискриминацию, основанную на признаках, не связанных с деловыми качествами.

В 1998 году президент США Б. Клинтон внес изменения в указ 11478, посвященный равенству возможностей в сфере труда в государственных учреждениях, дополнив список оснований дискриминации таким основанием, как сексуальная ориентация. Но специальных средств судебной защиты указ не предусматривает³⁰⁹.

Верховный суд США подтвердил позицию защиты прав геев и лесбиянок в деле *Romer v. Evans*, когда он признал незаконной поправку к Конституции штата Колорадо, ставившей представителей нетрадиционной сексуальной ориентации в менее выгодное положение. Суд указал, что, если в Конституции США предусмотрено право на равную защиту закона, то это значит, что не являются законными действия, направленные на постановку в невыгодное положение менее политически популярной группы. Суть данного дела состояла в том, что истице школьным округом было отказано в приеме на работу в качестве тренера женской волейбольной команды на основании ее нетрадиционной сексуальной ориентации. Суд пояснил, что если некоторые представители общественности относятся негативно к представителям сексуальных меньшинств, то это еще недостаточное основание для дискриминации, в основе которой лежат стереотипы и ничего больше³¹⁰.

Другая точка зрения на права представителей сексуальных меньшинств в США базируется на том, что защищать нужно определенную группу людей, определенный класс, исторически сложившийся на территории Америки. А представители сексуальных меньшинств – это просто движение, лоббирование определенных интересов. Если представители определенной расы – это природное меньшинство, члены которого принадлежат к нему от рождения и никаким образом выйти из этого не могут, то геи и лесбиянки – это не меньшинства, это просто определенная модель поведения, которая может быть изменена.

³⁰⁹ Ibid. P. 370.

³¹⁰ Ibid. P. 371.

Например, люди с избыточным весом также часто сталкиваются с проблемой дискриминации. Они порой требуют для себя отдельных законов, которые бы защитили их права. Но многие из них находят другой выход - они худеют и проблема дискриминации отпадает сама собой без законодательного вмешательства. Люди с нетрадиционной сексуальной ориентацией основывают свои требования о специальных правах только на одном отличии от других людей – на том, что они вступают в сексуальные отношения с представителями того же пола. Но поведение человека в его личной жизни, не может стать причиной, дающей ему привилегии по сравнению с другими.

Противники защиты представителей сексуальных меньшинств касаются также проблемы перестройки общественного сознания, когда, например, пастору в церкви придется перестать проповедовать гомосексуализм как грех; у школьных учителей исчезнет стимул быть образцом морального поведения. Общество должно будет забыть о вреде, который наносит гомосексуализм (при условии, что самое большое количество больных СПИДом именно среди гомосексуалистов).

Для Российской Федерации зарубежный опыт - пока лишь почва для анализа и размышления³¹¹. Развитие законодательства, допускающего воспитание детей однополыми супругами, должно базироваться на серьезных, долгосрочных научных исследованиях, которые, как нам кажется, вряд ли подтвердят концепцию отсутствия разницы в воспитании детей гетеросексуальными и гомосексуальными парами. Общество должно дозреть, или кто-то скажет, достаточно разложиться и деградировать, для того, чтобы принять данную норму не как аморальную, а как логичную и целесообразную.

Какие бы точки зрения в нашей стране ни существовали в теории, как бы к данному вопросу ни относилась общественность и церковь, но на данный момент весьма однозначная позиция сформировалась у главы государства. В частности, пресс-

³¹¹ Тарусина Н.Н. Ребенок и его интересы как семейно-правовые конструкции и дефиниции // Социально-юридическая тетрадь (СюрТе). Вып. 2 / Под ред. Н.Н. Тарусиной. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 27–44.

секретарь Президента РФ В.В. Путина Д. Песков в своем недавнем выступлении пояснил точку зрения главы государства по поводу легализации однополых браков. В.В. Путин считает, что «не дело России критиковать Нидерланды за то, как они живут, за то, как они относятся или не относятся к сексуальным меньшинствам. Но эти явления абсолютно неприемлемы в России, культура, история, мультиконфессиональность и многонациональность которой, устой общества противоречат этим явлениям». В его понимании «это никакая не свобода», а явление, которое в России «неприемлемо»³¹². На пресс-конференции в Амстердаме, где представители секс-меньшинств протестовали против российского закона о гей-пропаганде, глава России напомнил журналистам о проблеме демографии, а также отметил, что с трудом себе представляет свадьбы геев, например, в Чечне. «До жертв бы дошло», – отметил Путин³¹³.

Данная позиция в 2013 году последовательно реализуется в законодательстве о международном усыновлении и запрете гей пропаганды.

³¹²Тихонов Д. Дмитрий Песков: «Владимир Путин — мастер ком-промисса» // <http://www.kommersant.ru/doc/2170817?fp=37>.

³¹³<http://www.ntv.ru/novosti/564576/>.

Сведения об авторах

Тарусина Надежда Николаевна – кандидат юридических наук, профессор, зав. кафедрой социального и семейного законодательства ЯрГУ им. П.Г. Демидова

Исаева Елена Александровна – кандидат юридических наук, доцент кафедры социального и семейного законодательства ЯрГУ им. П.Г. Демидова

Миролюбова Ольга Германовна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры социального и семейного законодательства ЯрГУ им. П.Г. Демидова

Сочнева Ольга Игоревна – ассистент кафедры социального и семейного законодательства ЯрГУ им. П.Г. Демидова

Научное издание

**Тарусина Надежда Николаевна
Исаева Елена Александровна
Миролюбова Ольга Германовна
Сочнева Ольга Игоревна**

**Ребенок как субъект права:
актуальные цивилистические аспекты**

Монография

Работа издана в авторской редакции.

Компьютерная верстка А. А. Аладьевой

Подписано в печать 22.07.2013. Формат 60 x 84 ¹/₁₆
Усл. печ. л. 8,83. Уч.-изд. л. 9,5. Тираж 100 экз.

Оригинал-макет подготовлен
в Управлении научных исследований и инноваций ЯрГУ

Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова
150000, г. Ярославль, ул. Советская, 14

Полиграфический центр СМУК
150000, г. Ярославль, ул. Победы, д. 51, кор. 2
тел. (4852) 200-121, www.yarcmuk.ru