

БРАК: “ИНСТИТУТ ОСОБОГО РОДА” ИЛИ “ПАРТНЕРСТВО”?

© 2015 г. Ольга Юрьевна Косова¹

Аннотация: легализация различных форм сожительства в законодательстве отдельных зарубежных государств обозначила проблему пересмотра категорий “семья” и “брак”, которые являются базовыми для общества и семейного права. В статье анализируются предложения узаконить сожительства, высказанные в публикациях российских авторов. В связи с этим автор предлагает трактовку “традиционного” брака в качестве модельного союза мужчины и женщины, необходимого для самосохранения и культурного развития общества. С этих позиций брак является основой семьи и располагает правовой охраной государства. В работе разграничиваются концепции брака, используемые в праве. Автор раскрывает особенности брака как социального института “*sui generis*”, определяющего особенности правового регулирования семейных отношений и формирование семейно-правового института брака в России.

Annotation: legalization of various forms of cohabitation in some foreign countries labeled the problem of revising the categories of “family” and “marriage” that are essential to society and family law. The article analyzes the proposal to legalize cohabitation, expressed in the publications of the Russian authors. In this regard, the author proposes interpretation of “traditional” marriage as a model union of man and woman needed for self-preservation and cultural development of society. From this perspective, marriage is the foundation of the family and has the legal protection of the state. In work the concepts of marriage used in the right are differentiated. The author opens features of marriage as the social institute “*sui generis*” defining features of legal regulation of the family relations and formation of family and legal institute of marriage in Russia.

Ключевые слова: брак, “фактический брак”, сожительство, партнерство, концепции брака в праве, брачное правоотношение.

Key words: marriage, “the actual marriage”, cohabitation, partnership, marriage concepts in the law, marriage legal relationship.

Одна из основных задач демографической политики современной России – “укрепление института семьи, возрождение и сохранение духовно-нравственных традиций семейных отношений”². Демографическая политика как деятельность органов государства по реализации комплекса мер, направленных на обеспечение жизнеспособности нации, неразрывно связана с семейной политикой, поскольку состояние института семьи оказывает определяющее влияние на основные демографические показатели: рождаемости, состояния в браке, продолжительности жизни и др. Право как инструмент политики и управления формируется под воздействием объективных и субъективных факторов, поэтому в семейной политике и законотворчестве нельзя недооценивать ту роль, которую выполняет наука, прежде всего социология и правоведение, концентрирующие знания об управлении обществом.

Представления и взгляды специалистов в области права определяют теоретические концепции правового регулирования отдельных сфер общественных отношений, которые прокладывают путь в законодательство. Поскольку семья и брак, несомненно, – базовые социальные явления, особое значение для реализации семейной политики приобретает сложившаяся в правовой науке система представлений о них. Утверждение о том, что брак является основой семьи, не только широко известно, но аксиоматично для права разных эпох и государств. Все социальное и природное, что есть в каждом человеке и формирует его личность, берет начало от его семейных корней. В свою очередь, семья укореняется и увеличивается, давая пищу, кров, любовь, заботу, поддержку и счастье взаимного общения всем ее членам, благодаря браку.

Каждый конкретный брак связан с проявлениями глубинных личных качеств состоящих в нем мужчины и женщины – с этих позиций супружеские отношения являют собой сферу частной жизни, закрытую от вмешательства извне. Вместе с тем, будучи фундаментом, на котором выстраиваются семейные отношения, незаменимым фактором упорядочения сексуального и репродуктивного поведения, брак имеет общесоциаль-

¹ Заведующая кафедрой гражданско-правовых дисциплин Иркутского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры РФ, доктор юридических наук, доцент (E-mail: olurko@mail.ru).

² Концепция демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года. Утв. Указом Президента РФ от 9 октября 2007 г. № 1351 // Собрание законодательства РФ. 2007. № 42. Ст. 5009.

ное значение, и как социальный институт он, вне сомнений, – явление публичного порядка. К нему предъявляются соответствующие публичным интересам требования. Обществу необходима та модель брака, которая гарантирует устойчивость его базовой структурной единицы, – семьи, физическое и духовное воспроизводство поколений³. Приемлемый с этих позиций тип брака признается и поддерживается такими нередко недооцениваемыми юристами, социальными регуляторами, как религия, мораль, обычаи. Брак не может находиться и вне действия права. Его нормы тоже должны отражать и охранять оптимальную с позиций позитивного развития общества модель супружества, в которой выражены глубоко укоренившиеся в общественном сознании и проверенные жизнью многих поколений идеалы и представления о нем.

По-видимому, в периоды разрушения сложившегося общественного уклада и кризиса национальной культуры, когда возможны исключения из этого правила, тогда политическая и идеологическая конъюнктура привносит в законодательство субъективизм, игнорирование народного опыта, ошибочные юридические решения. Ярким и хорошо известным тому подтверждением в истории отечественного права стала реализуемая в первой половине XX столетия политика ускоренного “отмирания” семьи при продвижении к обозначенному социальному идеалу, коммунистическому будущему с попытками переложить функции семьи на общество в целом. Краеугольным камнем этой стратегии была идея поэтапной ликвидации института брака⁴. На первом этапе планировались отказ от требований конфессионального оформления брака и введение гражданского брака (реализовано в 1917 г.); на втором – размывание различий между браком и сожительством, приравнивание по правовым последствиям к браку “фактических брачных отношений”. “На этом этапе развития семейно-брачного права одержало верх то течение, которое считало более правильным придавать правовое значение не регистрации брака, как таковой, а тем фактическим отноше-

ниям, которые могли иметь место независимо от какой бы то ни было регистрации”⁵ (реализовано в КЗоБСО в 1926 г.); на третьем, не состоявшемся вследствие пересмотра осуществляемой политики, должны были утвердиться “свобода любви”, “пролетарское толкование” которой предполагало не только свободу от “материальных забот” или различных “предрассудков” и др., но в том числе и от “уз закона, суда”⁶. Не удивительно, что в начале советского периода развития семейного права были предприняты усилия, чтобы стереть из правовой культуры и юридического образования глубокие, рожденные российской культурой философские установки дореволюционных юристов, обосновывающих в своих работах характерный для нашей страны традиционный подход к браку и семье.

Однако время и реалии жизни не только принесли в право изменения, сообразные происходившим в российском обществе XX в. событиям (ликвидация сословного подхода, унификация семейного права на территории России, укрепление правовых основ охраны материнства и детства и др.), но и вернули государство к базовому представлению о браке как основе семьи. Правовая теория довольно быстро “перестроилась” соответственно изменившейся позиции власти, официально дезавуировавшей ранее проводившуюся линию, и к 50-м годам XX в. стала даваться иная оценка декретам о браке и разводе 1917 г.: «они были направлены не на ускорение отмирания семьи вообще, как пытались вредительно истолковать эти декреты отдельные их “комментаторы”», а на уничтожение буржуазной семьи, ибо уничтожались основы брака, “а именно: зависимость жены от мужа и детей от родителей, возникающие вследствие частной собственности”⁷. Вместе с тем обращения к конфессионально-философским истокам и канонам брака в юридических публикациях советского периода по-прежнему не были приняты.

Казалось бы, в современном информационном мире, хорошо “просвещенном” о всех сторонах жизни людей, сформировавшиеся в течение веков и ставшие общепринятыми представления о браке и семье не должны подвергаться сомнению, а сам институт брака – какой-либо обструкции и деформации. Однако в праве и государственной идеологии ряда государств на этапе очередного “демографического перехода”, сопряженного с

³ Конституционный Суд РФ констатировал, что “Конституция Российской Федерации и международные правовые нормы исходят из того, что одно из предназначений семьи – рождение и воспитание детей” (см.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 ноября 2006 г. № 496-О).

⁴ Радикальная отмена оформления супружества в патриархальной России могла стать серьезной политической ошибкой власти. Однако основой семьи предлагалось считать только родство: “наше советское законодательство совершенно отделяет семейные отношения от отношений брачных...” (см.: *Бранденбургский Я.Н.* Брачное, семейное и опекуновское право РСФСР. М., 1927. С. 8, 10).

⁵ *Генкин Д.М., Новицкий И.Б., Рабинович Н.В.* История советского гражданского права. М., 1949. С. 429.

⁶ Там же. С. 395.

⁷ Там же. С. 392, 393.

пересмотром базисной системы семейных ценностей и развертыванием новой “системы многообразных семейных форм”, четко просматриваются тенденции поддержки так называемых “нетрадиционных семьи и брака”⁸. Можно было бы не придавать значения соответствующим идеям, если бы они не были очевидно ангажированы и навязчиво агрессивны, усиленно и целенаправленно не распространялись по миру, были бы исключены из сферы политики, если бы они методично не внедрялись в сознание детей и молодых людей.

Оставляя за рамками статьи анализ перемен, происходящих в праве ряда иностранных государств, и считая, что правовой радикализм в сфере семьи, учитывая ее значение, недопустим, полагаем, что действующий Семейный кодекс РФ (СК) в целом заслуживает положительной оценки. Ему присущ здоровый консерватизм: в период либеральных реформ он сохранил семейно-правовые традиции и одновременно открыл путь для совершенствования семейно-правового регулирования. Хотя с середины 90-х годов в семейно-правовой теории наблюдается всплеск радикальных воззрений, это в общем-то объяснимо: нестабильность и кризисные явления в обществе, его экономике, политике и в целом в культуре затронули сферу семьи и побудили юристов вновь взглянуть на взаимодействие семьи и права, определить значение семейного права для российской системы права⁹.

В современном правоведении, безусловно, усилилось внимание к семейно-правовой проблематике, издано немало хороших учебников по семейному праву, монографий, статей. Существующие периодические издания открывают широкие возможности авторам для публичной демонстрации своего мировоззрения, обнародования взглядов на проблемы и дальнейшее развитие семейного законодательства. Вместе с тем отметим, что в теории и образовательном процессе просматривается размывание традиционных для

отечественного семейного права опорных установок относительно брака. Не оспаривая свободу научного творчества, вполне осознавая, что мир динамично развивается, и, разумеется, не претендуя на истину, полагаем все же, что без сохранения ключевых ориентиров невозможны развитие правовой теории, законодательства, формирование профессионального мировоззрения и воспитание будущих юристов, да и просто граждан. Это побуждает вновь обратиться к отдельным концепциям брака и в рамках настоящей статьи выявить, какие идеи относительно сущности брака могут считаться традиционными и способны ли происходящие в мире перемены коренным образом изменить институт брака.

Содержание отдельных специальных публикаций, к сожалению, свидетельствует о том, что в первую очередь утрачивает четкие смысловые контуры и свою значимость для права концепция брака-“института особого рода” (“*sui generis*”). Сразу уточним, что она не предполагает отождествления брака ни с семейно-правовым, ни тем более с каким-либо гражданско-правовым институтом, а позволяет более широко, с социологических позиций взглянуть на это явление. Значение ее и в том, что она лежит в основе правовой конструкции супружества и юридического определения брака.

Довольно часто в публикациях воспроизводится примерно следующий взгляд на “современную семью”: вследствие действия ряда факторов (экономической независимости женщин, использования контрацептивов, изменения социальных норм, равенства супругов-партнеров, больших возможностей самореализации и др.) она “трансформируется” от “единственности патриархальной (традиционной) модели семьи к разнообразию семейных форм, от доминирования внешнего социального контроля к преимущественно внутрисемейным, индивидуальным способам решения проблем”, к “современным межгендерным отношениям”¹⁰.

В связи с этим прежде всего усомнимся в полной идентичности патриархальной формы семьи¹¹ и так называемой “традиционной” семьи.

⁸ Движение в этом направлении нередко объясняется попыткой решить преследующую политические цели проблему “избыточности” населения земного шара. Конечная цель предполагаемых “переходов” – его сокращение. Но она недостижима без целенаправленного разрушения устоявшихся норм сексуального и репродуктивного поведения, связанных с институтом семьи, который до сих пор обеспечивал воспроизводство и развитие человечества. О некоторых теориях, “обосновывающих” необходимость пересмотра базовых семейных ценностей, см., например: Карлсон А. Общество – Семья – Личность: социальный кризис Америки. М., 2003. С. 163–175.

⁹ Подробнее о семейном праве как отрасли российского права см.: Нечаева А.М. Семейное право: актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 31–57.

¹⁰ Михеева А.Р. От сожителства к семье (взгляд на трансформацию института брака сквозь призму женских историй) // <http://nesch.ieie.nsc.ru/12MIN8.html> (Дата обращения: 15 января 2014 г.). Вместе с тем она отмечает, что “ослабление, расшатывание патриархальных устоев, усиление индивидуалистских ценностей” не обязательно должны вести “к упадку институтов брака и семьи”.

¹¹ О патриархальной форме семьи см., например: Ковалевский М. Очерк происхождения и развития семьи и собственности. М., 1939.

Последняя не появилась “ниоткуда” или в противовес первой, но в ходе исторического развития вместе с культурой впитала в себя ряд устоявшихся со временем особенностей эпохи классической патриархальности и к XX–XXI вв. обеспечила сохранение всех народов, определяющих современный миропорядок. Как нам представляется, семья, нередко именуемая **“традиционной”**, концентрирует ряд признаков, позволяющих увидеть семейную организацию жизни людей в обществе как его фундаментальный институт, независимо от эпохи, внешних условий, их местных обычаев и традиций, веры, которой они придерживались. Поэтому вряд ли требует принципиального пересмотра социологическое определение семьи, которая обычно представлена как “обладающая исторически определенной организацией малая социальная группа, члены которой связаны брачными или родственными отношениями, общностью быта и взаимной моральной ответственностью и социальная необходимость которой обусловлена потребностью общества в физическом и духовном воспроизводстве населения”¹².

Сущность брака, который лежит в основе такой семьи и тоже вполне может быть представлен в качестве **“традиционного”**, заключается в том, что он “является естественным и самообновляющимся феноменом, коренящимся во взаимном влечении мужчины и женщины, чувствующих незавершенность и неполноту своего одинокого существования... Он обладает безграничной способностью к обновлению даже в периоды гонений, социального упадка или моральной деградации. В современную эпоху каждый новый брак есть утверждение жизни, любви..., есть восстание против амбиций политической и идеологической власти, которая стремится подчинить человека и его жизнь своим целям. Каждый новый брак внутри себя несет мощь биопотенциала воспроизводства..., мужчина и женщина обладают особыми дарами, имеют свои глубокие и мощные особенности мышления, действий и умений, отличающие один пол от другого. Эта взаимодополняемость преобразует их союз в нечто большее, чем простая сумма их качеств”¹³. Добавим, что в далекой от идеала социальной действительности так называемый “традиционный” брак – это тот союз мужчины и женщины, который может счи-

таться **модельным**, поскольку он отвечает интересам выживания и позитивного развития общества, несет в себе потенциал жизни и культуры. По этой же причине брак как объект правового воздействия и правовой охраны может быть только традиционным, а сожительства, которые все чаще именуются браком (“фактическим”, “гостевым”, “однополым” и др.) по своей юридической природе браком не являются.

В рамках статьи можно обозначить лишь отдельные “новаторские” для действующего права идеи, сформулированные их авторами как предложения по совершенствованию законодательства. Одна из них заключается в предложении узаконения простых сожительств (совместное проживание мужчины и женщины), основной аргумент – фактическое их распространение в обществе и законодательное признание за рубежом. Ввиду этих обстоятельств допускается их отождествление с браком, например утверждается, что “в связи с признанием фактических брачных отношений наряду с зарегистрированным браком на территории некоторых современных государств эти две категории тождественны”¹⁴. Напомним, узаконение сожительств (“фактических брачных отношений”) уже наблюдалось в отечественном семейном праве (1926–1944 гг.). Оно очевидно противоречило принципу поддержки государством моногамных союзов, породило массу проблем на практике, понизило моральный престиж брака среди населения и закономерно провалилось. Термин “фактический брак” никогда в российских законах не применялся, поскольку такового в принципе быть не может. **Брак – это публично оформляемый, публично признаваемый и публично охраняемый союз именно потому, что он жизненно важен для общества.** С позиций публичного оформления брак, как известно, может быть конфессиональным или гражданским. Однако до сих пор в юриспруденции встречается смешение сожительства с **гражданским** браком, хотя еще в начале прошлого века Г.Ф. Шершеневич обращал внимание, что гражданский брак – это также формальный (публично оформленный. – О.К.) брак, “совершаемый перед гражданской, а не духовною властью, – только глубокое невежество могло использовать этот термин для обозначения внебрачного сожительства”¹⁵.

Можно ли считать отсутствие в СК РФ упоминаний о сожительстве и его правовых послед-

¹² Харчев А.Г. Брак и семья в СССР. М., 1964. С. 57. Единственным “забытым” в определении фактором существования семьи, которым оно может быть дополнено, – это помимо брака и родства “принятие детей на воспитание”.

¹³ Карлсон А. Указ. соч. С. 49.

¹⁴ Трофимец А.М., Трофимец И.А. Плюрализм концепций брака // Семейное и жилищное право. 2012. № 2. С. 19.

¹⁵ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 1915. С. 281.

ствиях пробелом? Ряд авторов дают положительный ответ. Так, Н.М. Кострова полагает, что действующее законодательство, оставляя вне правового поля фактические брачные отношения, не учитывает, “что в стране, как и во всем мире, все более распространяется сожителство без регистрации брака”, а “в Дагестане, как и в других республиках, получило распространение заключение браков по религиозным обрядам (по шариату)”, часто не сопровождающееся регистрацией брака в органах загс¹⁶. В связи с этим заметим, что следование населения регионов конфессиональным традициям вряд ли можно считать аргументом для узаконения сожителств на территории Российской Федерации. Для юридической защиты конфессиональных браков логичнее было бы ставить вопрос об их признании и узаконении наряду с законными браками, разумеется, с учетом общих конституционных требований, а не о легализации сожителств.

Р.П. Мананкова формулирует оригинальные предложения по дополнению СК РФ, предлагая «выделить в структуре Семейного кодекса главу “Фактические брачные отношения (гражданский брак)”»¹⁷. Обратимся к ее предполагаемому нормативному содержанию: “в ней надо дать определение понятия и отразить юридическую природу этих отношений”, которые должны “квалифицироваться как юридический факт, по смыслу закона (ст. 10 СК РФ) не порождающий семейных правоотношений”. Но нужно ли в СК РФ давать определение юридическому факту, который не порождает семейных правоотношений? Не видится обоснованным также предложение о включении в соответствующую главу положений о долевой собственности сожителств, коль скоро его автор справедливо полагает, что “детализация этой разновидности общей собственности в СК не нужна”¹⁸, достаточно норм ГК РФ. Вряд ли можно признать в качестве научного довода для развития СК РФ ссылку на то, что “основная масса взрослого населения обходится без знания закона”¹⁹. Сомнительны и само утверждение о неинформированности населения о законном браке, и предполагаемая адаптация норм гл. 10 СК РФ “на массового читателя, не искушенного в тонкостях толкования юридических текстов”.

Вряд ли стоит видеть в Семейном кодексе очерк на правовую тему, применяют и толкуют его нормы профессионально подготовленные юристы, которым как “дважды два” должно быть известно, что сожителство мужчины и женщины в части их взаимоотношений вполне обоснованно семейным правом не охраняется. Государство не вмешивается в личную жизнь людей, которые **не желают** или объективно **не могут** (состояние сожителств в зарегистрированном браке с другими лицами и др.) получить правовых гарантий защиты своих интересов. При создании имущественной базы сожителств получают гражданско-правовую защиту в соответствии с общими правилами ГК о долевой собственности. Если у них рождаются и узакониваются дети, они становятся **отцом и матерью**. Возникают родительские правоотношения, в которых СК РФ гарантирует обоим родителям и их детям (ст. 47, 53) семейно-правовую защиту, не вмешиваясь при этом в отношения сожителства этих же мужчины и женщины. Семья, не основанная на браке, в полной мере не может располагать теми же юридическими гарантиями, что и модельная, основанная на браке²⁰. Вместе с тем наличие условий и отсутствие препятствий для заключения брака открывают сожителств в любое время путь в органы ЗАГС для оформления **брака** и приобретения супружеских прав. Что же касается популяризации семейного права, то имеются иные ее способы, нежели адаптация СК РФ к массовому читателю, например публикации-разъяснения юристов в популярных средствах массовой информации.

Впрочем, предлагается еще один оригинальный вариант легализации сожителства, вновь именуемого “фактическими брачными отношениями”. По мнению С.Ю. Филипповой, это – одна из тех “юридических связей, которые являются основаниями возникновения семьи”²¹, поэтому предполагается оформление сожителств гражданско-правового соглашения – “договора о фактическом сожителстве” – “разновидности гражданско-правового договора о совместной деятельности”. В то же время в договор предлагается включать условия о режиме собственности и распределении семейных расходов, а также об алиментировании, поскольку “именно готовность к взаимному содержанию” квалифицирует “его в качестве основания создания семьи”. В такого

¹⁶ См.: Кострова Н.М. Как защитить семью и права детей: проблемы совершенствования семейного законодательства // Закон. 2010. № 8. С. 131–135.

¹⁷ Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. 2012. № 4. С. 37.

¹⁸ Там же.

¹⁹ Там же.

²⁰ Подробнее см.: Косова О.Ю. “Фактические браки” и семейное право // Правоведение. 1999. № 3.

²¹ Филиппова С.Ю. Гражданско-правовые средства достижения цели построения семьи путем фактических брачных отношений // Семейное и жилищное право. 2010. № 3. С. 3.

рода утверждениях обнаруживается проявление более глобальной и радикальной идеи “вливания” семейного права в современное гражданское право. Её реализация, несмотря на принцип свободы договора, не вписывается не только в семейное, но и в действующее гражданское законодательство. Объяснение стремлению легализовать сожительство как форму семейно- или даже гражданско-правовых взаимоотношений мужчины и женщины, которые получили бы взаимные права и обязанности, вне зависимости от того, как его назвать (“фактический брак”, “фактические брачные отношения” и др.), обнаруживается и в теоретических воззрениях о семье лишь как о системе правовых отношений. Более того, отождествление брака и сожительства приводит его сторонников даже, например, к выводу, что “посредством института приемной семьи законодатель признал фактические брачные отношения и в известной мере их узаконил”²².

Социальная сущность брака и сожительства, даже при относительной устойчивости последнего, несмотря на видимое сходство, – разная. У сожителей или по крайней мере у одного из них по разным мотивам отсутствуют: готовность разделить жизнь другой стороны даже при наличии общих детей; внутренняя уверенность в прочности и необходимости в будущем сложившегося союза; намерение “открыть свой союз” в качестве брака обществу и действию права, тем самым получив правовые гарантии. Ввиду своей сугубой “непубличности” эта форма отношений мужчины и женщины не терпит государственного вмешательства и не нуждается в семейно-правовой защите. Позиция невмешательства в эти отношения гораздо в большей степени вписывается в концепцию естественных прав человека, соответствует принципам неприкосновенности частной семейной жизни (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ, п. 1 ст. 1 СК РФ) и уважения ее государством (ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод), добровольности брачного союза (ст. 12 Европейской конвенции, п. 3 ст. 1 СК РФ), нежели наделение взаимными семейными правами и обязанностями (алиментирования, общей совместной собственности и др.) вместе живущих мужчины и женщины помимо их взаимного желания или воли хотя бы одного из них. “Освящение” таких отношений семейно-правовым покровительством по “доброй воле” законодателя лишает людей свободы частной жизни, при том что значительная часть сожи-

тельств представляет собой добрачную стадию отношений. По сути, это будет не просто “правовое насилие”, но и признание модельной семьи, основанной на сожительстве- “партнерстве”.

Другая, еще более радикальная идея “реформирования” института брака, если пока еще не “ломится” в двери российской юриспруденции, то уже “стучится” в семейно-правовую теорию и в учебную литературу. В первом изданном после принятия СК РФ учебнике семейного права обнаруживаем установку, что социологическое определение семьи “в настоящее время должно быть расширено”, поскольку помимо брака, родства, принятия детей на воспитание она “может основываться также на фактических брачных отношениях, в том числе и на отношениях между лицами одного пола, которые получают в настоящее время все большее юридическое признание в различных странах”²³. Неудивительно, что теперь все чаще встречаем мнение, что “реалии современной жизни показывают, что традиционное отношение к браку как союзу разнополых лиц постепенно меняется”²⁴. Сдерживающим фактором, на наш взгляд, является четкая позиция Конституционного Суда РФ, который констатировал, что ни из Конституции РФ, ни из ее международно-правовых обязательств “не вытекает обязанность государства по созданию условий для пропаганды, поддержки и признания союзов лиц одного пола, при том что само по себе отсутствие такой регистрации никак не влияет на уровень признания и гарантий в Российской Федерации прав и свобод ... человека и гражданина”²⁵.

Итак, еще одно направление концептуальной деформации института брака представлено постановкой и обсуждением вопроса об узаконении однополых сожительства (как в качестве особых союзов (“партнерств”), не равноценных браку, так и в качестве брака). Побудительным мотивом практически повсеместно является отсылка

²³ Антокольская М.В. Семейное право. М., 1996. С. 8, 9.

²⁴ Шишкина Ю.С. Институт “однополного брака” в России и за рубежом: проблемы и перспективы его развития // Семейное и жилищное право. 2012. № 5. Ю.С. Шишкина не разделяет позиции ряда ученых, что перемена одним из супругов пола должна влечь за собой прекращение брака. Однако с оформлением изменения пола брак перестает отвечать требованиям закона и на будущее не может располагать правовой защитой. Проблема видится не столько в легализации прекращения брака, сколько в гарантиях защиты интересов несовершеннолетних детей, которые росли в семье ставших бывшими супругов, тем более что законных препятствий сожительству бывших супругов не существует.

²⁵ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 ноября 2006 г. № 496-О.

²² Шукуров Р.А. Приемная семья по семейному праву России. Дисс. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2004. С. 23.

опять-таки к правовой практике ряда западно-европейских государств, которая расценивается как объективная тенденция развития права. Поскольку право мужчин и женщин вступать в брак и создавать семью определяется национальным правом государств – членов СЕ, объяснимо стремление сторонников расширения практики однополых сожительств заручиться законодательной поддержкой властей отдельных государств. Существует такая поддержка и со стороны международных структур²⁶, пытающихся юридически закамфлировать узаконение этих сожительств концепцией прав человека. Она усиливает соответствующий вектор радикального реформирования внутрисоциального права государств, ярким примером чего можно считать последнюю реформу французского ГК.

Следуя логике реформаторов, – коль скоро юридически браком может быть однополое сожительство, то, исходя из аксиоматичности связи семьи и брака, получаем, что сама эта совместная жизнь лиц одного пола тоже может считаться семьей²⁷. Отсюда неизбежен следующий шаг – раз это семья, в ней могут быть дети. При этом неважно, как юридически именовать новоявленных “родителей”. Ведь у ребенка, с точки зрения традиционных представлений, нет ни отца, ни матери, поэтому среди предлагаемых вариантов – “родитель № 1” (или родитель “А”) и “родитель № 2” (“В”). Любопытно, что в российских источниках такого рода тенденции именуются “трансформацией” брака и семьи, хотя, если быть более точным в терминологии, речь должна идти об их **юридической деформации**.

Семья – институт, несущий в себе ряд социально значимых сущностных признаков, изменить которые с помощью права вряд ли возможно. Следуя здравому смыслу, от какого-либо юридического варианта легализации или именования семьей (браком) социальная сущность однополых сожительств не изменится. Браком, порождающим именно тот модельный тип семьи, который необходим для сохранения жизнеспособности

общества, он не становится, даже несмотря на разрешение усыновления или использования различных медицинских технологий. Легализация однополых сожительств скорее выглядит попытками юридическими средствами навязать большинству людей искаженные представления о семье и, возможно, использовать их как идеологический и геополитический рычаг управления.

Нужно ли государственной власти, организующей общественную жизнь, юридически поддерживать выбранные ею виды общественных отношений? Отвечая на вопрос, вспомним, что всякое субъективное право – это не просто мера свободы человека, но та “мера” взаимодействия его с другими людьми, которая признается государством и обществом, вписывается в общепринятые моральные установки и является средством их реализации, а также не противоречит публичным интересам. Необходимости юридически охранять однополые сожительства, предоставляя сожителям супружеские и родительские права, нет. Как бы к нему ни относиться, – это не семья, а одна из форм совместной жизни (сожительства) людей, если сейчас уголовно и не преследуемая государством, то по крайней мере объективно не нуждающаяся в его юридической поддержке. Иначе становится реальностью перспектива включения государства и его аппарата в политику дезорганизации семейных отношений. Становится модным называть такую позицию “ортодоксальной”, “архаичной”, “патриархальной”, “гомофобией” и иными подобными эпитетами. Однако она прошла проверку временем, в то время как светлое будущее в виде глобального мира, населенного немногочисленными абсолютно свободными андрогинами, – сомнительное утешение и для верующих в него. Не способная к естественному воспроизводству цивилизация обречена на угасание. Ее место займут другие, имеющие в своей культуре более рационально организованные и поддерживаемые властями формы семьи и брака. Видимо, периодически уместно напоминать радикальным “преобразователям” общественного устройства о пользе здорового консерватизма, смысл которого не в препятствовании развитию общества “вперёд и вверх”, а в том, что он удерживает от движения “назад и вниз”, к “первобытному состоянию”²⁸. Нельзя не согласиться с О.Ю. Ильиной, что “фундаментальные вековые принципы, на которых покоится

²⁶ Последователен в продвижении упомянутых идей Европарламент, который, в частности, несколько лет назад провел ряд резолюций: “Гомофобия в Европе”, “Дискриминация по признаку сексуальной ориентации и гендерной идентичности” и др. Парламентской ассамблеей Совета Европы (ПАСЕ) в 2010 г. принята аналогичная резолюция 1728 (2010) // [http://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/\[russian_documents\]/\[2010\]/%5BApr2010%5D/_/Res1728_rus.asp](http://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/[russian_documents]/[2010]/%5BApr2010%5D/_/Res1728_rus.asp) (Дата обращения: 9 сентября 2013 г.).

²⁷ Один из аргументов сторонников “ЛГБТ-семей” – это отсутствие, с их точки зрения, общепризнанного понятия семьи.

²⁸ Послание Президента РФ В.В. Путина Федеральному Собранию РФ от 12 декабря 2013 г. // <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/510873/> (Дата обращения: 23 декабря 2013 г.).

древнейший инстинкт брака, все стремительнее расшатываются, получая в измененной форме отражение не только в общественном сознании, но и в законодательстве зарубежных стран”²⁹. Но юридическая эквилибристика и эксперименты с категорией брака выглядят более чем странно в России, находящейся в затяжном демографическом кризисе.

Для отечественной правовой традиции характерна концепция брака “*sui generis*”. Она коренится в римском частном праве и выражена в определении брака Модестином, которое закреплено в “Дигестах” Юстиниана: брак есть соединение (союз) мужчины и женщины, объединение всей их жизни (*общность их жизненного жребия*), общение в божеском и человеческом праве³⁰. Содержание всех трех его структурных частей в целом дает представление о соотношении права и брака: брак не зажимается в узкий для него юридический каркас, но среди его сущностных признаков назван и правовой. Концептуально предполагается, что брак – это, во-первых, союз (соединение, общность) мужчины и женщины. Во-вторых, этот союз направлен на их полное жизненное единение и воплощается в их совместной повседневной жизни, что уже исключает полную и всестороннюю правовую регламентацию. Наконец, в-третьих, отношения в этом союзе регламентируются не только “человеческим” правом, дарованным обществом и государством, но и правилами от Бога (“общение в божеском праве”), что предполагает действие морали, концентрированно выраженной в религиозных нормах.

“Модестинова формула брака” была воспринята отечественным правом, надолго получила признание обществом и правовой наукой. Брак представлялся российским юристам как сложное многоаспектное социальное явление, лишь частично лежащее в плоскости права. Например, Н.И. Загоровский писал, что у народов культурных брак включает в себя следующие элементы: *естественный* (физический, половой), заключающийся в физическом влечении лиц разного пола; *этический* (нравственный) – предполагающий взаимную нравственную привязанность супругов, общение их внутреннего духовного мира; *экономический* – хозяйственную связь и возникновение

общего хозяйства; *юридический* – в силу которого брак есть источник определенного юридического статуса с взаимными правами и обязанностями; *религиозный* – подчинение его религии, поскольку ни одна религия не относится безразлично к браку³¹. Д.И. Мейер отмечал, что брак во всей множественности своих сторон в полной мере не входит в сферу действия права, а находится также в сфере религии и нравственности, которая признает его союзом, основанным на любви и имеющим своей целью восполнить личность отдельного человека, неполную в самой себе, личностью лица другого пола³².

Традиция понимания брака как института особого рода прослеживается и в советский период развития семейного права. Даже в первой трети XX в., когда в стране происходила ломка социальных устоев, признавалось, что в подавляющем большинстве случаев юристы “склонны думать, что брак относится к числу институтов *sui generis* (особого рода)”³³. В последующем эта концепция брака была сохранена, за характерным для советской идеологии исключением относительно обращения к ее религиозно-философским истокам и содержанию. Но духовно-нравственная сторона брака все же не была предана забвению, хотя она интерпретировалась уже с позиций советской морали. Правовая традиция присутствовала в научных и повсеместно в учебных публикациях. Брак в семейном праве рассматривался прежде всего в качестве “союза мужчины и женщины”. Соответствующим образом выглядели его определения в науке семейного права как “юридически оформленного, свободного и добровольного союза мужчины и женщины, направленного на создание семьи и порождающего для них взаимные личные и имущественные права и обязанности”. В то же время отмечалось, что “юридическое определение брака неизбежно было бы неполным, так как не могло бы охватить существенные признаки брака, лежащие за пределами права”³⁴.

Концептуальная установка брак–“*sui generis*” предполагает среди других правовую сторону взаимоотношений супругов, которая имеет прочную основу в законодательстве. Законом признается ограниченное действие права в сфере семьи, необходимость “построения семейных отноше-

²⁹ Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. Тверь, 2005. С. 12.

³⁰ Определение носит название “Модестиновой формулы брака”. В литературе приводятся несколько отличные варианты его перевода с латинского (см., например: Римское частное право. Учеб. / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 1994. С. 128).

³¹ См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. Одесса, 1909. С. 5.

³² См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. С. 348.

³³ Бранденбургский Я.Н. Указ. соч. С. 14.

³⁴ Советское семейное право. Учеб. / Под ред. В.А. Рясенцева. М., 1982. С. 64; Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 19; и др.

ний на чувствах взаимной любви, уважения..., недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи” (п. 1 ст. 1 СК РФ). Брак рассматривается в качестве публично оформляемого союза мужчины и женщины (п. 2 ст. 1, п. 1 ст. 10 СК РФ), которым предоставлены права и обязанности относительно друг друга (п. 2 ст. 10). Тем самым в механизме правового регулирования брак представлен в виде семейного правоотношения между мужем и женой (установление требований к субъектному составу, публичные процедуры оформления фактов заключения и расторжения брака на “входе” и “выходе” из правовых отношений супружества и др.). Широко известно определение брака как правового отношения Г.Ф. Шершеневичем: “с точки зрения юридической брак есть союз мужчины и женщины с целью сожителства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме”³⁵. Многие правоведы, формулируя юридическое понятие брака, опирались и опираются на него. В связи с этим представляется неверным смещение концептуального, столь важного для адекватного правового регулирования понимания брака как многогранного социального института с его узкой правовой трактовкой в качестве правоотношения. Строго юридический подход к браку имеет специальную направленность – решение вопроса, какому виду сожителства и на каких условиях предоставлять семейно-правовую охрану.

Концепция брак – “*sui generis*” позволяет увидеть этот важный социальный институт в его полноте и многогранности. Она – своего рода краеугольный камень, отшлифованный историей и культурой: на нем и должен выстраиваться **правовой институт брака**. Игнорирование многоаспектности брака, грубое вмешательство в сугубо частные его стороны недопустимы. Чем выше уровень культуры общества, принимающего определенный социальный тип супружества, тем глубже видение его сути и значения, и наоборот. Прimitивность понимания порождает отождествление брака со “штампом в паспорте”, который делает семью ценностью только для государства, а не для самих супругов и их детей.

При внимательном ознакомлении с, казалось бы, рознящимися идеями легализации однополых и разнополых сожителств можно обнаружить их внутреннюю связь. Следование им по сути означает восприятие другой концепции – “брака-партнерства”, которая, “освобождая” брак от его

отдельных сущностных сторон, распространяется в западном праве. Развитие западных государств в начале XX в. откликнулось событиям эпохи, в том числе происходившим в России, идеей сексуального раскрепощения (мировой “сексуальной революции”³⁶). В сложившихся политико-экономических условиях обнажилась проблема “реконструкции семейно-брачной организации” путем перехода от моногамного брака к так называемому “компаньонату” (ныне используется термин “партнерство”, “partnership”). “Тенденция к временной, построенной на взаимном соглашении незаконной (unlawful) семейной жизни”, которая в США стала массовым явлением и получила название “товарищеского брака”³⁷, объяснялась экономическими причинами, главным образом недостаточностью получаемых доходов работающих по найму для содержания семьи. Выход из кризиса, охватившего институт семьи, виделся западным ученым в брачной реформе и “легализации фактически соперничающего с моногамическим браком компаньоната”, тем более что “современная наука дала человечеству возможность овладеть стихией деторождения”. Что касается однополых партнерств, то их различные юридические формы представлены работами Н.А. Алексеева³⁸. Как можно судить по публикациям, в настоящее время западные юристы трудятся над стиранием юридических различий между такого рода сожителствами и традиционными браком и семьей. В Британии, например, планируется вывести из официального употребления слова “муж” и “жена” ввиду их неполиткорректности и заменить нейтральным “партнеры”³⁹.

“Партнерства” в большей степени, чем традиционный брак, удобны для равноправных и прагматичных “партнеров” (“компаньонов”) с точки зрения их личных интересов, так как замешаны на идеях индивидуализма, абсолютизации свободы человека и релятивизма. Партнеры вместе до тех пор, пока сожителство комфортно лично для каждого из них. Однако это ведет к размыванию системы ценностных нравственных ориентиров во взаимоотношениях мужчины и женщины,

³⁶ Райх В. Сексуальная революция. СПб. – М., 1997.

³⁷ См.: Вольфсон С.Я. Семья и брак в их историческом развитии. М., 1937. С. 142–144. В Германии предлагалось ввести институт “временного брака”, т.е. “жизненного единения мужчины и женщины” на определенный срок “на основании связывающего обе стороны соглашения”.

³⁸ См.: Алексеев Н.А. Гей-брак: семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве. М., 2002.

³⁹ См.: Дмитриева О. Муж и жена – вне закона // Росс. газ. 2012. 19 марта.

³⁵ Шершеневич Г.Ф. Учебник Русского гражданского права. М., 1915. С. 263.

десоциализирует поведение людей. Первый шаг реализации этой концепции, как показывает развитие семейного законодательства за рубежом, сводится к узаконению сожительства мужчины и женщины, второй – уже к легализации однополых сожительств⁴⁰. В партнерстве становится совершенно неважным, сожительствуют ли сообразно своей половой принадлежности мужчина и женщина или речь идет о реализации “многообразных” “гендерных потребностей”. Далее, по-видимому, открываются широкие перспективы легализации любых форм удовлетворения сексуальных потребностей свободных индивидов⁴¹, ибо предполагается, что гендерная принадлежность определяется не природой, а “социальным опытом”.

При таком развитии обществу, к сожалению, становится уже непонятной и не нужной ни физическая, ни нравственная стороны супружества, не говоря уже о религиозной, а концепция “брака-института особого рода” и философское определение брака Г. Гегелем как “правовой нравственной любви” покажутся архаичными. Ведь “исходным пунктом” традиционного брака

считается добровольное и свободное, публично выраженное ограничение собственной свободы – “согласие на то, чтобы составить единое лицо, на то, чтобы, погрузившись в это единство, отказаться от своей природной и единичной личности”. Нравственная сторона брака в осознании этого единства – “в любви, доверии и общности всего индивидуального существования” мужчины и женщины⁴². Дело в том, что концепция брака-“*sui generis*” требует от супругов жить жизнью друг друга, тем самым добровольно отказавшись от своего всеопределяющего “Я”, а это – своего рода жертва. Однако жертвенность в семье, как и само это слово, не вписывается в пропагандируемый фетиш личного удовольствия и предается “анафеме”, несмотря на то что это – лишь другая сторона явления, из которого семья черпает свои силы, – любви. При всем многообразии индивидуальной составляющей каждого конкретного брака нравственность супружества предполагает повседневный душевный труд, выстраивание супругами общей линии жизни, питает жизненными силами их общих детей, даря им понимание и умение любить.

Не в забвении ли традиционного взгляда на брак коренятся распространение сожительства-“партнерств”, бездумные браки и разводы? Сможет ли поток радикальных воззрений изменить формировавшееся веками русло развития российского семейного права и привести к отказу от концепции брак – “институт особого рода”? Ответ зависит от того, насколько прочными в обществе, науке и в управлении государством остаются традиционные представления о браке и семье. На наш взгляд, важно сохранить традиции отечественного семейного права на будущее, что станет важным фактором общественного благополучия и развития.

⁴⁰ Аналогичный поэтапный переход Н.А. Алексеев предлагает осуществить и в российском праве. Подробнее см.: Тарусина Н.Н. Брак по российскому праву. Ярославль, 2007. С. 108–115.

⁴¹ Один из последних примеров: в Италии суд признал законными отношения 60-летнего социального работника и его 11-летней подопечной из неблагополучной семьи // <http://www.vesti.ru/doc.html?id=1171742> (Дата обращения: 13 января 2014 г.). Проблема недискриминации на основе сексуальной ориентации особенно активно поднимается со стороны США. Со стороны российского МИД отмечается: “Термин “сексуальная ориентация” не имеет международно-правового определения и допускает самое разное толкование ... В последнее время, например, активно пропагандируется тезис о том, что педофилия – это тоже сексуальная ориентация”. “Россия будет выступать против включения ссылок на сексуальную ориентацию в международно-правовые документы” // http://www.infox.ru/authority/state/2013/12/10/RF_vyystupit_protiv_.phtml (Дата обращения: 10 декабря 2013 г.).

⁴² Гегель Г. Философия права. Ч. 3. Нравственность. М., 1990. § 161, 162, 163 // <http://psylib.org.ua/books/gegel03/txt08.htm> (Дата обращения: 14 января 2014 г.).