

ОНТОЛОГИЯ БРАКА: РОССИЙСКИЕ И ЗАРУБЕЖНЫЕ УЧЕНИЯ

© 2012 г. Ирина Александровна Трофимец¹

Краткая аннотация: в статье представлены точки зрения специалистов разных отраслей знаний на феномен брака и авторская позиция сущности этого социального института.

Annotation: the standpoints concerning phenomenon of marriage of the experts representing various branches of knowledge and the author's position as for the essence of this social institute is presented in the article.

Ключевые слова: брак, семья, союз, договор, партнерство.

Key words: marriage, family, union, contract, partnership.

Сущность брака как природного и общественного феномена определялась и определяется по-разному. При этом задача осложнена тем обстоятельством, что брак постоянно находится в процессе эволюции, причем на изменение форм этого социального учреждения влияют не только экономические отношения, но и все элементы надстройки общества: государство, право, искусство, религия, мораль и нравственность.

Брак можно рассматривать во взаимосвязи как юридическое, нравственное, религиозное, социально-психологическое, физиологическое, экономическое явление. Примечательно то, что представители различных областей знаний исследовали и исследуют феномен брака комплексно, именно как многогранную категорию. В доктрине неоднократно предпринимались попытки предложить собственные дефиниции понятия “брак”, однако даже в рамках одной научной отрасли ученые, выражавшие свое мнение о природе брака, подвергали при этом критике уже существующие точки зрения. Анализ доктрин на социальную природу брака – необходимая предпосылка характеристики брака как общественного учреждения. Существуют несколько теорий его сущности. Однако аксиоматичное утверждение, что брак – это установленная и санкционируемая государством и правом форма отношений между мужчиной и женщиной, не оспаривается никем. Государство рассматривает брак как инструмент демографической политики и заинтересовано в увеличении рождаемости, сохранении нации, недопущении снижения народонаселения. Необходимо отметить, что в разных странах отмечается тенденция предпочтения качества потомства его количеству.

Вероятно, эта ориентация обычных граждан разумна, поскольку в целом актуальна проблема перенаселения на Земле. Однако понятие “брак” в социологическом смысле шире, чем в юридическом, так как в России не предоставляется правовая охрана лицам, состоящим в фактических супружеских отношениях, хотя по содержанию они не отличаются от отношений законных супругов: совместное проживание, ведение общего хозяйства, рождение и воспитание детей.

Феномен брака как основы семьи интересовал ученых от Платона с его утопическими идеями “об общности жен и детей”, от противостоящего ему Аристотеля, отстаивавшего автономность семьи относительно государства, до Гоббса, Руссо, Милля, утверждавших, что семья и брак направлены на деспотизм и унижение личности. Проводя исследование первоначального значения латинского термина “*familia*” (семья), Ф. Энгельс установил, что сначала он имел следующий смысл: “*familius*” – домашний раб, “*familia*” – совокупность принадлежащих одному человеку рабов, позже этот термин “*familia*” стали применять и к жене, и к детям, обозначая появление особого общественного организма под единой властью мужа (отца)².

Брак является стержнем всех брачно-семейных отношений³. Брак – это форма регулирования отношений в обществе от промискуитета до эгалитарного союза. Брак как общественное учреждение возник раньше, чем государство и право, хотя правильнее считать, что существовавшие до возникновения государства и права формы совместного проживания мужчин и женщин были

¹ Доцент кафедры гражданского права Хабаровской государственной академии экономики и права, кандидат юридических наук (E-mail: E-mail: kosareva-khv@mail.ru).

² Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. М., 1989. С. 56.

³ Хазова О.А. Брак и развод в английском праве. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 3.

скорее прототипами брака, а не браком в его современном понимании. В браке право постоянно сталкивается с биологическим и общественным феноменами. Право, впрочем, как и иные социальные регуляторы, не может полностью подчинить себе отношения, возникающие из брака: привязанность, уважение, супружескую верность, рождение и воспитание детей и т.п. Как заключил Г. Радбрух, право и брак находятся в состоянии конфронтации⁴. Такое утверждение представляется ошибочным, поскольку именно право превращает фактические отношения мужчины и женщины в брак посредством специального их оформления. От различных социальных факторов зависит признание правом равных по своей природной основе отношений полов законным или незаконным браком, а также рожденного потомства законнорожденным или внебрачным. Так, отдельные правовые порядки предоставляют правовую охрану и неоформленному союзу мужчины и женщины (фактическому проживанию).

Вызывают интерес исторические формы брака, что не является отвлеченной, чисто теоретической проблемой. Без изучения брака как исторической категории невозможно понять его социальную сущность и способы воздействия права на него. Необходимо отметить, что реконструкция становления и развития брачных отношений не является абсолютно достоверной и по-прежнему остается научной гипотезой.

Парадигмальная концепция брака как основы семьи Л.Г. Моргана, американского юриста и этнолога, выдержала испытание временем и отнесена к классической⁵. Он различал пять последовательных форм семьи, каждой из которых соответствовал свой порядок брака. Первая форма семьи – кровнородственная, основанная на групповом браке братьев и сестер, как родных, так и коллатеральных. Следующая форма – пуналуальная семья, которая базировалась также на групповом браке, однако жены и мужья уже не являлись родственниками друг другу, напротив, они происходили из разных родовых племен. Более совершенная форма семьи, парная, имела в своей основе совместное проживание одного мужчины с одной женщиной, правда, без исключительности, и, более того, продолжительность такого союза зависела только от желания его участников. Четвертая ступень, называемая Л.Г. Морганом эволюционной в развитии социального института

семьи, – это патриархальная семья. Характеризуется патриархальная семья организацией под властью одного мужчины известного количества жен и детей (их потомков). Однако наличие полигамии – не обязательный признак такой семьи. И последняя форма постоянно развивающегося общественного института семьи – моногамия. При такой форме семьи отдельная пара вступает в брачный союз, как правило, пожизненно. История моногамии насчитывает примерно три тысячелетия, и эта форма семьи и брака постоянно совершенствуется.

Не менее значительный вклад в учение о сущности брака внес Ф. Энгельс. В своей работе “Происхождение семьи, частной собственности и государства” он подтвердил выводы Л.Г. Моргана о формах семьи и брака в зависимости от стадий развития общественного производства и заключил, что уже самое возникновение брака было органически и непосредственно связано с моментом общественного его признания со стороны рода, племени⁶. Элемент общественного признания брака позже реализуется в государственном регулировании отношений между мужчиной и женщиной и сохраняется на протяжении всей дальнейшей его истории, однако для некоторых территорий брак находился и находится под юрисдикцией религии. Анализируя современную модель брака – моногамию, Ф. Энгельс писал, что во всех конфессиях брак обуславливается расчетом (вероятно, в широком смысле этого слова), в связи с чем наряду с пожизненным единобрачием существует и адюльтер, запрещенный, строго наказуемый, однако неискоренимый. По его мнению, церковь отменила развод, убедившись в том, что против супружеской неверности, как и против смерти, нет лекарства. Право по этому вопросу индифферентно. Ответить на вопрос, правильно ли это, очень сложно. Следует заметить, что современное общество стало более терпимым к супружеской неверности, а правовые порядки многих современных государств не учитывают этой проблемы.

Изложенная Л.Г. Морганом концепция об исторических формах брака и считается преимущественной в науке, но при этом не является единственно верной и возможной. Некоторые специалисты отрицают существование групповых форм отношений между полами, исходя из представления об универсальности индивидуального брака⁷.

⁴ См.: Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 165.

⁵ См.: Морган Л.Г. Древнее общество или исследование линий человеческого прогресса от дикости через варварство к цивилизации. Л., 1934.

⁶ См.: Энгельс Ф. Указ. соч.

⁷ См., например: Дьяконов И.М. Пути истории. М., 1994; Заболотных В.А. Пути человечества. СПб., 1998.

Против предположения общинных браков выступал В.И. Сергеевич⁸. Однако при этом им не оспаривалась вероятность существования таких форм, как моногамия, полигамия (полиандрия и полигиния), и возможность совершенно беспорядочных отношений мужчин и женщин. Вместе с тем, открытие Л.Г. Моргана подтверждается огромным этнографическим материалом и результатами проведенных ранних и поздних исследований. До Л.Г. Моргана в середине XIX в. швейцарский историк И.Я. Бахофен (“Материнское право”, 1861 г.) и шотландский юрист Дж.Ф. Мак-Леннану (“Первобытный брак”, 1865 г.) независимо друг от друга провели изучение изменчивости форм семьи и брака и пришли к выводу о предшествовании матриархата патриархату. Их идеи не были приняты всеми, и со стороны Г. Мэна, Э. Тейлора, К. Штарке, А. Вестермарка, Э. Гроссе они подверглись острой критике, однако нашли поддержку у Дж. Леббока, И. Колера, М. Ковалевского, Л. Штернберга, а позже дали возможность провести полное и всестороннее исследование Л.Г. Моргану и открыть законы социального развития Ф. Энгельсу.

П.А. Сорокин в своей работе “К вопросу об эволюции семьи и брака у зырян” пришел к следующим выводам: “1) почти у всех исследованных народов счет родства по матери предшествует счету родства по отцу, 2) на первичной ступени половых отношений наряду с временными (обыкновенно краткими и случайными) моногамистическими сношениями господствует широкая свобода брачных сношений, которая является характерной для данной эпохи, 3) эволюция брака состояла не в чем ином, как в постепенном ограничении этой свободы половой жизни, или, выражаясь иначе, в постепенном уменьшении числа лиц, имеющих брачное право на ту или иную женщину (или... мужчину)”⁹. Результаты П.А. Сорокина подтвердили правильность выводов Л.Г. Моргана.

Генезису семьи и брака (основы семьи) посвящен труд немецкого социолога Р. Зидера, в котором каждый исторический тип семьи представлен в различных аспектах: экономического базиса, домохозяйства, репродуктивного поведения, полового разделения функций и др. Ученый, через призму социальной истории этих общественных институтов определив их исторические типы, пришел к выводу, что современная модель семьи,

основанная на брачном союзе мужчины и женщины, является самой важной структурой сформировавшегося “постиндустриального” общества¹⁰.

Все специалисты, занимавшиеся исследованием феномена семьи и брака как ее основания, отмечали не только эволюцию этих социальных организмов, но и указывали на то, что их изменчивость характеризуется именно прогрессивной направленностью.

Интересна позиция Г.В.Ф. Гегеля о сущности брака, определившего его как нравственное отношение, раскритиковавшего при этом его физическую и экономическую природу. Ученый замечал, что “он есть правовая нравственная любовь...”¹¹. По его мнению, вступление в брак является объективным назначением и нравственной обязанностью, полагая, что в браке как в непосредственном нравственном отношении содержится момент природной жизнедеятельности, а именно в действительности рода и его процесса и, кроме того, не только во внешнем единстве естественных полов, но и во внутреннем, преобразующемся в самосознательную любовь. Другие ученые, не отождествляя брак и любовь, вместе с тем, не отрицали любовь как мотив к браку и отмечали, что любовь преходяща, а постоянство брака определяется многочисленными интересами разного рода, и особенно родительскими, что заменяет изначально субъективную и хрупкую основу брака на чувствах прочным и все время крепнущим фундаментом¹². У Ф. Ницше о браках по любви говорится следующее: “Браки, которые были заключены по любви..., имеют заблуждение своим отцом и нужду (потребность) – своей матерью”¹³. Прочным же браком он признавал тот, в котором каждый через другого хочет достигнуть определенной цели¹⁴. И. Кант определял брак как соединение, в котором оба лица обладают друг другом, но при этом сохраняются их нравственная свобода и достоинство¹⁵. Существует противоположная позиция Н.А. Бердяева о происхождении семьи. Он полагал, что семья, основанная на браке, родилась из необходимости, а не из свободы. По его мнению, продолжение человеческого рода и его жизнеустройство на земле должны были быть поставлены в известную независимость от естественной оргийности и хаотичности пола...,

¹⁰ См.: Зидер Р. Социальная история семьи в Западной и Центральной Европе (конец XVIII–XX в.). М., 1997.

¹¹ Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С. 211.

¹² См., например: Weber M. Die Idee der Ehe und die Ehescheidung. Berlin, 1929.

¹³ Ницше Ф. По ту сторону добра и зла. М., 2000. С. 216.

¹⁴ См.: там же. С. 217.

¹⁵ См.: Кант И. Метафизика нравов. М., 1980.

⁸ Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. М., 2004. С. 334, 335.

⁹ Сорокин П.А. К вопросу об эволюции семьи и брака у зырян // Известия архангельского общества “Изучение Русского Севера”. 1911. № 1.

“общество привыкло регламентировать все, что имеет отношение к продолжению человеческого рода (брак)”¹⁶.

Каждая из приведенных точек зрения на природу брака, несмотря на противоречивость позиций, безусловно, имеет право на существование, поскольку по-разному определяет феномен брака.

На наш взгляд, философы правильно отстаивали договорную природу брака¹⁷. А. Бебель провозгласил брак “договором между частными лицами” без посредничества государственных чиновников¹⁸. В. фон Гумбольдт, поддерживая позицию А. Бебеля, утверждал, что “государство должно полностью устранить брак из сферы своего внимания, предоставив его как целиком, так и в его модификациях свободной воле индивидов на основании заключенных ими договоров”¹⁹. С таким мнением нельзя согласиться, поскольку вмешательство государства и права в эту сферу частной жизни человека направлено прежде всего на охрану прав и интересов более слабых лиц (не только экономически и социально менее защищенных, но также физически более слабых), которыми являются женщины. Женщина, как правило, ведет домашнее хозяйство, занимается воспитанием детей (а взросление детей занимает значительный срок!). Такая позиция государства, на наш взгляд, связана с распределением репродуктивных функций среди людей самой природой, что, в свою очередь, определяет место женщины в семье, в обществе. Совмещение современной женщиной семейных (супружеских, родительских) и общественных функций, ее возможный доступ во все сферы публичной жизни, тем не менее, не устраняет гендерной асимметрии. По результатам исследования Американской ассоциации юристов средние затраты времени в неделю на ведение семейных дел у женщин в 2,2 раза выше, чем у мужчин, что, безусловно, оказывает прямое влияние на возможность женщин реализовать права на образование и труд и способствует их экономической зависимости от мужчин²⁰.

Если рассуждать о развитии брака как основы семьи, то следует признать кардинальное измене-

ние приоритета его функций. Изначально люди объединялись в семью, безусловно, для продолжения рода, но все-таки важной была и экономическая функция (домохозяйствование). Однако по мере становления общественных отношений появление новых хозяйствующих субъектов – предприятий изменило первостепенность функций семьи. Бесспорно, по-прежнему главными задачами брака остаются рождение и воспитание детей, но и в этой сфере жизнедеятельности семьи происходят перемены, в воспитании и образовании детей принимают участие дошкольные учреждения и школы. Создаются социальные организации, принимающие на себя часть функций семьи в сфере досуга (культурно-социальная функция). Однако несмотря на смену приоритета функций брака это – важный общественный институт жизнедеятельности человека, поскольку именно родители (супруги) играют главную роль в социализации детей.

Анализируя различные учения о браке, можно заключить, что брак как социальный феномен является логическим звеном создания биологически заданного механизма существования и представлен частными интересами мужчины и женщины, состоящих в таком союзе

Поскольку брак – это явление социальное, представляющее собой частный интерес мужчины и женщины, то можно говорить лишь об опосредовании правом общественных связей мужчины и женщины, сочетающихся брачными узами. В современной юридической науке относительно сущности брака высказываются следующие точки зрения: брак-договор (брак-сделка), брак-статус, брак-партнерство²¹. В других источниках: брак-таинство²², брак-институт особого рода²³, брак-союз²⁴.

Существование в юриспруденции различных теорий объясняется дуализмом самого понятия

¹⁶ Бердяев Н. Смысл творчества // Эрос и личность. М., 1989.

¹⁷ См., например: Engels F. Der Ursprung der Familie etc. 20 Aug., 1921. S. 70.

¹⁸ См.: Бебель А. Женщина и социализм. М., 1981. С. 23.

¹⁹ В. фон Гумбольдт. Язык и философия культуры. М., 1985. С. 43.

²⁰ Отчет о выполнении положений Конвенции ООН о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Российская Федерация. Февраль 2006 г. М., 2006. С. 163.

²¹ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2010. С. 119–126; Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. II. М., 2006. С. 517; Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М., 2001. С. 69–72; Фетюхин Ю.М. Институт брака по новому семейному законодательству Российской Федерации. Дисс. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 185.

²² См., например: Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2000. С. 713.

²³ См., например: Загоровский А.И. Курс семейного права. Одесса, 1902. С. 5; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 413; Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009.

²⁴ См., например: Нечаева А.М. Семейное право. М., 2008. С. 90; Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. М., 2003. С. 33.

“брак”, что представляется абсолютно верным. Так, С.В. Сивохина, соглашаясь с П.М. Бромли, М. Планьолем, Ш. Беданом, М.В. Кротовым, указывает на двойственность концепции брака: юридический факт и отношение²⁵. На наш взгляд, брак – это и юридический факт, порождающий особые правоотношения (договор), и собственно правоотношения – супружество.

Если говорить об официальной российской концепции, то законодатель в определении сущности брака занимает позицию: брак – это союз. В п. 3 ст. 1 Семейного кодекса РФ²⁶ одним из принципов семейного права называется принцип добровольности брачного **союза** (выделено мною – *И.Т.*). Подтверждается такая позиция государства и в определении Конституционного Суда РФ: “Традиционно брак рассматривается как **биологический союз** (выделено мною – *И.Т.*) мужчины и женщины и направлен на создание семьи, а одно из предназначений семьи – рождение и воспитание детей”²⁷. Регламентируются же в законе оба признака брака: заключение и прекращение брака, признание его недействительным (гл. 3–5 СК РФ), т.е. непосредственно совершение определенных действий (юридический факт), а также собственно правоотношение супругов (т.е. состояние в браке).

В.И. Синайский²⁸, И.М. Тютрюмов²⁹, А.М. Нечаева³⁰ определяют брак через брачный союз. Справедливо замечает А.М. Нечаева, что “вступление в брак означает для мужчины и женщины образование особой общности, становящейся объектом государственной охраны, а сам термин “союз” предполагает паритетные начала брака”³¹. Учеными термин “союз” используется в значении содружества, общности. Общность, к сожалению, не является самостоятельным субъектом права. Власть заинтересована в образовании брачных союзов. Во многих случаях именно наличие брачных отношений дает право гражданам на дополнительные льготы или гарантии от государства.

Однако брачный союз мужчины и женщины – это объект охраны, а не субъект права. О признании семьи (в том числе основанной на браке) субъектом права (правда, только жилищного) еще в 1949 г. высказывался О.П. Луцев³². Позднее социолог С.В. Дармодихин предлагал считать семью субъектом права³³. Эта концепция была подвергнута справедливой критике со стороны А.М. Нечаевой³⁴.

Возникает вопрос: является ли категория “союз” правовой? Цивилистике известен этот термин применительно к юридическим лицам. Союз – разновидность объединений юридических лиц. М.Ю. Тихомиров, комментируя положения Гражданского кодекса об объединениях юридических лиц (ассоциациях, союзах), отмечает, что по правилам толкования русского языка союз – это объединение для каких-либо совместных целей, в то время как ассоциация – это объединение односторонних участников³⁵. Представляется, что такая правовая конструкция, как союз, абсолютно применима для брака. Мужчина и женщина вступают в брак, преследуя общие цели – совместное проживание, ведение общего хозяйства, рождение и воспитание детей.

На идентичность категорий “договор” и “союз” указывает Н.Н. Тарусина: “Где бы мы ни встречали термин “союз”, всюду смысловое значение данной конструкции отождествляется с соглашением, договором”³⁶, в связи с чем хотелось бы возразить, поскольку термины все-таки разнородные. На наш взгляд, союз предполагает существование особого образования (организации, общности), а основой для его возникновения является договор (соглашение).

Вообще же теория брака-договора восходит к древнеримскому праву, где основные формы вступления в брак носили признаки именно гражданско-правовой сделки³⁷. Полагаем, что с точки зрения русского языка термин “договор”

²⁵ См.: Сивохина С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 16.

²⁶ См.: Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 16; 2008. № 17. Ст. 1756.

²⁷ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Э. Мурзина на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 12 Семейного кодекса Российской Федерации. Определение Конституционного Суда РФ от 16 ноября 2006 г. // Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. 2007. № 5.

²⁸ См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002.

²⁹ См.: Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922.

³⁰ См.: Нечаева А.М. Семейное право.

³¹ Там же. С. 90.

³² См.: Луцев О.П. Семья как субъект права на жилплощадь в СССР. Алма-Ата, 1949.

³³ См.: Дармодихин С.В. Государственная семейная политика: принципы формирования и реализации // Семья в России. 2000. № 3, 4.

³⁴ См.: Нечаева А.М. Семейное право: актуальные проблемы теории и практики. М., 2007.

³⁵ Комментарий к гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой / Отв. ред. О.Н. Садилов. М., 1995. С. 162.

³⁶ Тарусина Н.Н. Брак по российскому семейному праву. М., 2010. С. 75.

³⁷ Древнерусскому праву тоже известна такая форма брака (см., например: Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов-н/Д., 1995. С. 405–407).

выражает природу заключения брака. Договор – это соглашение (условие), заключаемое между двумя или несколькими лицами; взаимное обязательство³⁸.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский называют договор одной из наиболее древних правовых конструкций, необходимость в которой была обусловлена развитием различных форм общения между людьми³⁹.

В.В. Иванов предложил универсальную дефиницию договора, определяющую его сущность в различных областях общественной деятельности, в том числе и обозначив через эту категорию заключение брака. Автор называет договором совместно совершенные в соответствующей необходимой форме обособленные волеизъявления двух или более уполномоченных субъектов права, направленные на регулирование поведения этих и (или) иных субъектов права, на основе согласия, создающие правовые нормы и (или) индивидуальные правовые установления⁴⁰.

Представляется, что позиция ученых, критикующих концепцию “брак-договор”, является ошибочной потому, что они не допускают существования иных, кроме гражданско-правовых, разновидностей договоров. Главный аргумент противников теории “брак-договор” заключается в том, что брак порождает не только имущественные правоотношения супругов, а прежде всего личные неимущественные – является несостоятельным, поскольку они представляют договор только как гражданско-правовую сделку, а вместе с тем, договор – это межотраслевая категория. Исходя из самостоятельности семейного права в системе отраслей права, полагаем, что правильнее относить брак (заключение брака) – юридический факт к категории “договор”, но не к гражданско-правовому, а к семейно-правовому договору (соглашению), поскольку семейное право – это самостоятельная отрасль права.

Для определения авторской позиции относительно договорной сущности брака необходимо отметить, что семейное право – самостоятельная отрасль в системе права. Мнение о таком месте семейного права является преимущественным, но не единственным в науке. Пожалуй, нет такой другой отрасли права, кроме семейного права, по поводу независимости которой велись столь серьезные и

длительные дискуссии, до конца не прекращающиеся и сегодня⁴¹. Существуют две диаметрально противоположные позиции по этому вопросу: семейное право признается самостоятельной отраслью права и семейное право – это подотрасль гражданского права. На независимость семейного права ориентировали современные цивилисты: Д.М. Генкин⁴², С.Н. Братусь⁴³, Г.М. Свердлов⁴⁴, А.И. Пергамент⁴⁵, Е.М. Ворожейкин⁴⁶, А.М. Нечаева⁴⁷, Л.М. Пчелинцева⁴⁸ и др. Однако еще дореволюционные ученые пытались вывести семейное право из гражданского права. Так, И.Г. Оршанский писал: “Брак – это институт естественный и нравственный, а не гражданско-политический, брачующиеся рассматриваются как люди, а не как граждане”⁴⁹. А.И. Загоровский утверждал, что “семейные отношения существенно отличаются от отношений гражданского права”⁵⁰. Однако на самостоятельность семейного права в системе отраслей права ученые не указывали. Такая доктрина сформировалась позже – в советский период. Данное положение объясняется просто: в дореволюционный период отсутствовали отдельные (гражданско-правовые и семейно-правовые) источники права. Нормы семейного права были закреплены в Своде законов Российской Империи. В первые годы становления советской власти появились первые кодификации семейного права (1918 г., 1926 г.).

Итак, преимущественным является мнение, определяющее семейное право как самостоятельную отрасль права, хотя следует заметить, что сторонники этой позиции (А.М. Нечаева), тем не менее, указывают на сближение отношений, регулируемых семейным и гражданским правом, в частности объясняют предоставленной в на-

³⁸ См.: Толковый словарь русского языка. В 4-х т. / Под ред. Д.Н. Ушакова. М., 1994. С. 738.

³⁹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. I. Общие положения. М., 2003.

⁴⁰ См.: Иванов В.В. Общая теория договора. М., 2006.

⁴¹ См., например: Антокольская М.В. Семейное право. Гражданское право. Т. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2005; Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М., 2001; Нечаева А.М. Семейное право. Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2010; Свердлов Г.М. Советское семейное право. М., 1958 и др.

⁴² См.: Генкин Д.М. Предмет советского гражданского права. М., 1964.

⁴³ См.: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М., 1964.

⁴⁴ См.: Свердлов Г.М. Советское семейное право.

⁴⁵ См.: Пергамент А.И. Советское гражданское право. Т. 2. М., 1951.

⁴⁶ См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972.

⁴⁷ См.: Нечаева А.М. Семейное право: актуальные проблемы теории и практики.

⁴⁸ См.: Пчелинцева Л.М. Семейное право России.

⁴⁹ Оршанский И.Г. Исследования по русскому праву, семейному и наследственному. СПб., 1877. С. 5.

⁵⁰ Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 1.

стоящее время возможностью на основе договора определять режим супружеской собственности, содержание алиментных обязательств.

Существование самостоятельной категории “семейно-правовой договор” доказывается за счет суверенности отрасли права – семейного права. Семейное право, являясь самостоятельной правовой отраслью, в результате воздействия на общественные отношения, составляющие ее предмет, создает особые правоотношения и, соответственно, имеет собственный круг юридических фактов, к числу которых и относится брак-договор, порождающий специфические отношения – супружество.

Аргумент, что брак в принципе заключается пожизненно, а договор – на определенный срок, несостоятелен, так как срочный характер отношений, порождаемых договором, не обязателен. Известны случаи, когда гражданско-правовой договор влечет возникновение обязательства с неопределенным сроком существования, например социальный наем жилых помещений или аренда.

Изложенные выше доводы, на наш взгляд, доказывают существование в теории и практике особого вида соглашений – семейно-правового договора, не входящего в систему гражданско-правовых договоров (сделок), но относящегося к категории “договор”. Более того, договоры (соглашения, контракты) известны и другим отраслям права: международному, конституционно-административному, трудовому, уголовному, гражданско-процессуальному, уголовно-процессуальному.

В браке как юридическом факте, порождающем супружеские правоотношения (брачный союз), присутствуют все элементы договора – юридического факта⁵¹: необходимая правосубъектность участников-брачующихся, свободное взаимосоглашенное их волеизъявление, соблюдение требований о форме, законность содержания (соблюдение положительных и отрицательных условий).

Не исключаются трудности в понимании соотношения категорий “брак-договор” и “брачный договор”. Для специалиста в области семейного права очевидно, что эти категории не только неравнозначны, но и несопоставимы. Брак-договор порождает права и обязанности супругов. Брачный

договор направлен на то, чтобы изменить существующий законный режим имущества супругов и их взаимные алиментные обязательства. Хотелось бы отметить, что для действительности брака как юридического факта недостаточно взаимосоглашенного волеизъявления самих брачующихся, требуется государственное подтверждение со стороны соответствующих органов. Государственная регистрация брака – его конститутивный признак, что также указывает на схожесть с категорией “договор” (по способу выражения волеизъявления). В ряде случаев для законности договора недостаточно свободного выражения воли сторон, необходимо свидетельство компетентного лица – представителя государства (нотариуса, государственного регистратора). На наш взгляд, для брака “вмешательство государства” в форме регистрации означает предоставление правовой охраны для союза мужчины и женщины (их потомства), заключаемого с целью создания семьи. В имущественной сфере государственная регистрация гражданско-правовых договоров направлена на установление стабильности экономического оборота.

Другая теория брака – это брак-статус. Брак-статус связывается с длящимся характером отношений супругов и приобретением нового семейного положения: женат, замужем. Значит, брак-статус (состояние) – это брак – правоотношение. Общей теории права известна концепция отнесения к категории юридических фактов состояний. В правовой литературе многократно высказывались предложения о признании в качестве юридических фактов состояний, например состояние в браке, в родстве, свойстве и т.п.⁵². Однако представляется более обоснованной точка зрения С.Ф. Кечекьяна, полагавшего, что состояние само по себе не может рассматриваться как вид юридического факта, поскольку невозможно его отграничить от длящегося правоотношения, возникающего, изменяющегося или прекращающегося из определенного юридического факта: вступления в брак, рождения ребенка и т.п.⁵³. В подтверждение правильности позиции ученого можно привести высказывание классика российской цивилистики К.П. Победоносцева, отмечавшего, что принадлежность лица к тому или иному состоянию или отношению (родство, брак, усыновление и т.д.) есть, в сущности, свойство самого лица, с кото-

⁵¹ Следует заметить, что термин “договор” в цивилистике имеет значение не только юридического факта, но и правоотношения (обязательства), порождаемого им, а также документа.

⁵² См., например: *Стальгевич А.К.* Некоторые вопросы теории социалистических правоотношений // Сов. гос. и право. 1957. № 2. С. 31; *Толстой Ю.К.* Теория правоотношения. Л., 1959. С. 13, 14.

⁵³ См.: *Кечекьян С.Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958. С. 173.

рым и связывают юридические последствия⁵⁴. С ним соглашается М.В. Антокольская: “Действительно, каждому лицу присущи определенные свойства. Как родовые, так и индивидуальные, например пол, возраст и т.д., однако никто не называет их состояниями. Между тем эти свойства нередко имеют правовое значение”⁵⁵. Так, в брак могут вступить лишь совершеннолетние мужчина и женщина или свобода расторжения брака может быть ограничена несогласием жены в период ее беременности и одного года после рождения ею ребенка либо разница в возрасте усыновителя и усыновленного не может быть менее 16 лет и др. Следует заключить, что свойства лица – это правоотношение, т.е. другая правовая категория, а не юридический факт. Таким образом, можно сделать вывод, что данная концепция брака не отражает его сущности, но лишь указывает на то, что лица, состоящие в браке, имеют взаимные права и обязанности.

В настоящее время стало актуальным признавать за браком качество партнерства, но данная концепция брака мало чем отличает его от брака-договора – договора о совместной жизни, поскольку партнерство предполагает построение отношений на эгалитаризме (паритетных началах). Если же говорить о другом социальном институте – гражданском партнерстве (социально-экономическом партнерстве, пожизненном партнерстве, гражданском пакте солидарности, гражданском союзе, домашнем партнерстве, внутреннем партнерстве, зарегистрированном партнерстве, незарегистрированном партнерстве и др.), урегулированном законодательством некоторых зарубежных стран, то представляется ошибочным отождествлять его с браком именно потому, что это разные общественные учреждения.

Наряду с научными теориями существуют клерикальные концепции происхождения брака как основы семьи. С самых ранних времен церковь активно высказывалась о браке и семье⁵⁶. Классические канонические правила представляют брак как “самое полное (физическое, нравственное, экономическое, юридическое, религиозное) общение между мужем и женой”⁵⁷. Церковь утверждала и утверждает, что брак – освященный Богом союз мужчины и женщины, который не

претерпевал никакого исторического развития. “Верующие не могут придерживаться учения, сторонники которого утверждают, что на земле имеются настоящие люди, не происходящие от Адама как праотца всех путем естественного рождения... В самом деле нет никакого способа согласовать подобные учения с тем, что сказано о первородном грехе в источниках божественной истины и что разъяснено в церковных постановлениях. Этот грех ведет свое начало от действительно личного греха, совершенного Адамом, и, распространившись на всех путем рождения, вновь пребывает в каждом”⁵⁸. В кодексе канонического права говорится о том, что основная цель семьи – рождение и воспитание детей, а вторая цель – взаимопомощь, доказательство супружеской любви и удовлетворение естественного желания, стремиться к которому супругам не возбраняется при условии, что не извращается природа естества и тем самым выполняется основная цель супружеских отношений⁵⁹. Итак, Церковь называет трехчастное разделение целей брака: рождение и воспитание детей, взаимная помощь, средство укрощения плотского вожделения.

В литературе по семейному праву умалчивается о том, что христианство определяет неотделимость брака-договора от брака-таинства. Первые христиане жили в римской среде. Именно поэтому в вопросах брака они следовали гражданскому законодательству. Изначально в брачно-семейной сфере отмечалась двойственность духовной и светской юрисдикции⁶⁰. Собственно христианство ввело обязательное условие брака – добровольное согласие супругов на брак, полностью лишив его характера имущественной сделки, но не договора. Свободное согласие супругов на брак перед Церковью определило его как таинство. Брак вошел в число семи таинств по представлению Триденского Собора. Священная природа брака заключается в том, что Господь Иисус Христос, не изменяя его договорной основы, возвысил брак в достоинство таинства, наделив его способностью непосредственно возводить благодать, необходимую супругам для того, чтобы они могли исполнять свои обязанности по отношению друг к другу и к своим детям. В Кодексе канонического права 1983 г. указывается на равноценность понятий “договор” и “союз”. Такое состояние подтверждает правильность построе-

⁵⁴ См.: Победоносцев К. Курс гражданского права. М., 2003.

⁵⁵ Антокольская М.В. Семейное право. С. 67.

⁵⁶ См.: Esmein A. Le mariage en droit canonique. Paris, 1891; Le Bras G. La doctrine du mariage chez les theologians et les canonistes depuis l'an mille // Dictionnaire de theologie catholique, IX (1926), 2123 – 2317; Plochl W.M. Geschichte des Kirchenrechts, II. Wien, 1955.

⁵⁷ Цит. по: Загоровский И.А. Курс семейного права. С. 5.

⁵⁸ Тейяр-де Шарден П. Феномен человека. М., 1966. С. 17, 18.

⁵⁹ См.: Канон 1013 п. 1 // Corpus iuris canonici. 25/01/1983.

⁶⁰ См.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 10.

ния нашей теории: заключение брака – договор, состояние в браке – союз.

Каноническое право признает несколько концепций брака. По “Римскому катехизису” (ч. II гл. 8 § 3) (“*Catechismus Romanus*”): “Брак является супружеским союзом мужчины и женщины, заключенным между юридически правомочными лицами, который предполагает нераздельную общность жизни, чтобы супруги могли помогать друг другу, лучше переносить трудности и взаимно поддерживать друг друга в старости”⁶¹. По В. Дель Джудиче: “Брак является устойчивым союзом мужчины и женщины, заключенным по доброй воле обеих сторон, чтобы они духовно и физически дополняли друг друга, порождали, растили и воспитывали детей”⁶².

Следовательно, западная церковь настаивает на теории дуализма брака: не отрицая таинства (суть мистическая), тем не менее, допускает договорную основу его заключения. Брачное каноническое право разделяет концепцию таинства брака как добровольного союза двух людей в присутствии Бога и концепцию таинства брака как правового действия (договора) в рамках правовой структуры церкви – корпоративного образования⁶³. Остается открытым вопрос о том, как и когда в точности заключен брак. Достаточно ли для его совершения обмена обещаниями или необходимо согласие на физический союз (половые отношения)? В каноническом праве в качестве обязательного условия действительности брака используется термин “консуммация” (*consummatio* – довершение), означающий первое осуществление брачных отношений (полового акта).

Русская Православная Церковь, (православие и католицизм окончательно разделились в 1054 г.) также последовательна по вопросам брака, никогда не относилась к браку пренебрежительно, указывала на “недопустимость негативного или высокомерного отношения к браку”⁶⁴. “Мужчина и женщина являют собой два различных образа существования в едином человечестве”⁶⁵. Комментируя “Основы социальной концепции Русской Православной Церкви”, протоиерей Н.В. Балашов объясняет, что мужчина и женщина, будучи разными, нуждаются друг в друге, дополняют

друг друга, именно вместе, в общении они обретают полноту бытия⁶⁶. Определяя деторождение как главное назначение брака – союза двух полов, православие определяет: «Телесные отношения мужчины и женщины благословенны Богом в браке, где они становятся источником продолжения человеческого рода и выражают целомудренную любовь, полную общность, “единомыслие душ и телес” супругов, о котором Церковь молится в чине брачного венчания»⁶⁷.

Согласно другой, главенствующей в мире религии – исламу в противовес христианству брак не совершается на небесах и не является таинством. Брак для мусульман – это прежде всего социальный договор, налагающий на обычных мужчин и женщин равные обязательства и предоставляющий им равные права. Ислам считает, что главное предназначение брака – рождение и воспитание детей. Создание семьи почитается делом весьма важным, поскольку создается семья всей жизнью и на всю жизнь. В странах мусульманского мира под браком понимают легальный акт соединения и солидарности между мужчиной и женщиной, предполагающий долговременность срока действия и имеющий своей целью поддержание целомудрия и законного супружества, а также преумножение нации через образование семьи под патронажем мужа на твердых основаниях, обеспечивающих выполнение ими своих обязанностей, относящихся к безопасности, любви, миру и взаимоуважению⁶⁸.

Точка зрения на правовую природу брака как на институт особого рода вроде бы позволяет обозначить самостоятельный характер данной категории, отличной от всех других правовых явлений. Такое мнение было наиболее распространено в недавнем прошлом. Немалую роль на формирование именно этой позиции относительно сути брака имело как идеологическое отрицание буржуазной договорной концепции брака, так и атеистическое игнорирование брака-таинства. Однако необходимо разобраться с термином “институт”, насколько уместно его применение в определении сущности брака. При более детальном рассмотрении этой концепции брака можно заключить, что представители данной теории под институтом особого рода понимают договор

⁶¹ См.: там же. С. 12.

⁶² Цит. по: Берман Г. Дж. Указ. соч.

⁶³ См.: там же. С. 222.

⁶⁴ Определение Священного Синода Русской Православной Церкви от 28 декабря 1998 г.

⁶⁵ Церковь и мир. Основы социальной концепции Русской Православной Церкви. М., 2000. (X. 1).

⁶⁶ См.: Балашов Н.В. И сотворил Бог мужчину и женщину. Комментарии к Социальной концепции Русской Православной Церкви. М., 2001. С. 8.

⁶⁷ Церковь и мир. Основы социальной концепции Русской Православной Церкви. (X. 6).

⁶⁸ См.: Цмай В.В., Боер В.М., Гинц А.А. Мусульманское семейное право. СПб., 1998. С. 67.

(соглашение) особого рода, т.е. семейно-правовой договор, не входящий в систему гражданско-правовых сделок.

Исследование различных этноправовых концепций брака позволило определить авторскую позицию в отношении категории “брак” с указанием на двойственность его сущности: в значении “юридический факт” (основание возникновения правоотношения) брак – особый семейно-пра-

вовой договор; в значении “правоотношение” (супружество) – это союз (общность) мужчины и женщины, объединенных общей целью, направленной на создание семьи. Выявление дуализма понятия “брак” позволяет определить сущность этого социального института, показать необходимость и эффективность правового регулирования отношений в матримониальной сфере.