

ЗАЩИТА ЛИЧНЫХ ПРАВ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНЕГО ГРАЖДАНИНА В СЕМЕЙНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЕ ПО ГРАЖДАНСКОМУ УЛОЖЕНИЮ ГЕРМАНИИ

© 2011 г. Александра Матвеевна Нечаева¹

Краткая аннотация: в статье рассматриваются особенности семейно-правового статуса ребенка, нашедшие свое отражение в кн. 4 Гражданского уложения Германии. Она посвящена родству, т.е. происхождению несовершеннолетнего, его правоотношениям с родителями, родительской заботе, ответственности родителей (замещающих их лиц) за ненадлежащую защиту в семье прав детей. Заметное место в статье занимает анализ понятия “благо ребенка”.

Annotation: in the article author considers features of child's family legal status, which found reflection in the Fourth Book of German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB). It is devoted to the relationship, i.e. minor's origin, his legal relationship with parents, parental care, responsibility of parents (persons replacing them) for inadequate protection of children's rights in family. Analysis of the notion “favor of the child” occupies an outstanding place in the article.

Ключевые слова: мать, отец, родители, родительская забота, интересы ребенка, усыновление, опека.

Key words: mother, father, parents, parental care, interests of the child, adoption, guardianship.

Появлению Гражданского уложения Германии (ГУГ) способствовали требования национального движения в Германии XIX в., стремление унифицировать и упростить правовые нормы, действовавшие в то время. Почти столетний период их действия объяснял намерение приблизить их к изменившимся переменам в обществе. “Это обусловило преобразования как в брачном праве, так и в правовом статусе детей”².

Гражданское законодательство современной Германии продолжает отличать полнота и логическая последовательность правовых предписаний, где заметное место принадлежит кн. 4, посвященной родству (происхождению ребенка, его правоотношениям с родителями, родительской заботе, правовым способам наиболее полного удовлетворения интересов несовершеннолетнего в семье и др.). Что же касается опеки и попечительства, то оба эти института предусмотрены отдельной ч. 3 кн. 4 Уложения.

Прежде чем сказать о семейно-правовом статусе ребенка, нужно отметить, что согласно § 1 ГУГ правоспособность человека возникает с момента его рождения. А его совершеннолетие наступает по достижении 18 лет (§ 2), когда он перестает

быть ребенком и на него уже не распространяются правовые нормы, касающиеся несовершеннолетнего. Правовым основанием возникновения этих прав служит § 1591 ГУГ, предусматривающий происхождение от матери, ибо мать “является женщиной, которая его родила”. Сложнее определить, кто является отцом. Признаки отцовства перечисляет § 1592 ГГУ, где сказано: Отцом ребенка является мужчина:

состоящий к моменту рождения ребенка в браке с его матерью;
признавший отцовство;

отцовство которого установлено в судебном порядке в соответствии с § 1600d, что означает: “В судебном процессе по установлению отцовства в качестве отца предполагается лицо, которое сожительствовало с матерью в период зачатия ребенка”. Причем временем зачатия считается период с трехсотого по сто восемьдесят первый день до рождения ребенка, включая как трехсотый, так и сто восемьдесят первый день. Если установлено, что ребенок был зачат в иной период, временем зачатия считается этот другой период (ст. 1600d (3)).

В отличие от семейного законодательства Российской Федерации ГУГ,

во-первых, делает более заметные акценты в общепризнанных правилах установления отцовства. Например, если у женщины, вступившей в новый брак после смерти прежнего супруга, родился ребенок, который может быть

¹ Главный научный сотрудник сектора гражданского права, гражданского и арбитражного процесса Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор (E-mail: iggran@iggran.ru; тел.: (495) 691-17-09).

² См.: Гражданское уложение Германии. 2-е изд. Серия “Германские и европейские законы”. М., 2006. С. XII.

как ребенком предыдущего супруга, так и ребенком нового супруга, возникает проблема, кого считать отцом несовершеннолетнего. Ее разрешению помогает § 1593 ГГУ следующего содержания: “Если отцовство оспаривалось, и на основании решения суда, вступившего в законную силу, установлено, что новый супруг отцом ребенка не является, отцом считается прежний супруг”;

во-вторых, выделяет в качестве самостоятельных ряд правовых предписаний, превращая их в закон, подлежащий обязательному исполнению. Так, обращается внимание на признание отцовства недействительным, на признание отцовства ограниченным в дееспособности лицом;

в-третьих, в немаловажных для правоприменения случаях устанавливает временные рамки, позволяющие своевременно применять закон. Речь идет о § 1600в, именуемом “Сроки оспаривания”, где подробно говорится о том, что:

1. Отцовство может быть оспорено в судебном порядке в течение двух лет. Срок начинает течь с момента, когда лицо, имеющее право на оспаривание, узнает об обстоятельствах, которые свидетельствуют против его отцовства. Существование так называемых социально-семейных правоотношений между женщиной и мужчиной не препятствует течению этого срока.

2. Течение срока не начинается до рождения ребенка либо прежде чем заявление о признании отцовства вступит в силу.

3. Если законный представитель несовершеннолетнего ребенка не оспорил отцовство своевременно, ребенок сам может оспорить отцовство по достижении совершеннолетия. В этом случае срок начинает течь не ранее достижения совершеннолетия и не ранее того момента, когда ребенок узнает об обстоятельствах, которые свидетельствуют против отцовства.

К сказанному добавляется, что срок приостанавливается на время, в течение которого лицу, имеющему право на оспаривание, противоправными угрозами препятствуют совершить оспаривание.

Таков далеко не полный перечень нововведений, изменений, уточнений, имевших место в процессе развития гражданского законодательства и в части, касающейся правоотношений родителей и ребенка, нашедший свое отражение во Вводном законе к Гражданскому уложению от 18 августа 1896 г. в ред. от 21 сентября 1994 г. с последующими изменениями до 31 мая 2005 г.

ГУГ не выделяет в качестве самостоятельного раздел (подраздел), специально посвященный ребенку как участнику семейных правоотношений, субъекту лишь ему принадлежащих в семье прав. Имеются лишь отдельные “вкрапления” в текст Уложения, где говорится о личных правах несовершеннолетнего. Так, согласно § 1631(2) дети имеют право на свободное от насилия воспитание. Или: ребенок имеет право на общение с каждым из родителей (1684(1)). Судить о существовании его личных прав в семье можно, знакомясь с разд. 5 ч. 2 кн. 4 ГУГ, посвященным родительской заботе. Когда же речь идет об обязанностях несовершеннолетнего в семье личного свойства, то действует § 1618, именуемый “Обязанность оказывать помощь и проявлять уважение”, который распространяется как на детей, так и на родителей. А § 1619 специально посвящен помощи ребенка в домашнем хозяйстве и в делах, где сказано: “В то время, в течение которого ребенок проживает совместно с родителями, воспитывается родителями либо получает от них содержание, он обязан посильным способом и в соответствии с его общественным положением помогать родителям в домашнем хозяйстве и в их делах”. Российский Семейный кодекс не предусматривает каких-либо обязанностей несовершеннолетних детей в семье.

Если о личных правах ребенка в семье можно составить представление, знакомясь с разд. 5 кн. 4, названным “Родительская забота”, то его имущественным правам ГУГ уделяет внимания гораздо больше по вполне понятным причинам, поскольку имеется в виду содержание закона, призванного регулировать имущественные правоотношения физических лиц, в том числе и тех, кто не достиг совершеннолетия.

Раздел 5 ГУГ в части, касающейся личных прав и обязанностей родителей, охватывает различные по своему смыслу, содержанию, степени важности правоотношения родителей и ребенка. Однако пусть даже условно их можно классифицировать на части, предусматривающие:

общие положения;

содержание и пределы родительской заботы;

общение ребенка с близкими ему лицами, проживающими отдельно от несовершеннолетнего;

ответственность родителей.

ГУГ не просто употребляет в качестве общего понятие “родительская забота”, но делает его неотъемлемой частью большинства своих статей, посвященных родителям и детям. Раздел 5 ч. 2 кн. 4, именуемый “Родительская забота”, делает

при этом ссылку на ст. 6 Основного Закона, где дается определение родительской заботы как заботы о детях и их воспитании, что является “естественным правом родителей и их первейшей обязанностью”³. Таким образом, вместо сугубо “казенного” термина “права и обязанности родителей” их правовой статус имеет более понятное и емкое выражение, имеющее ярко выраженную нравственную направленность, что способно как защитить права родителей и ребенка, так и побудить их к исполнению обязанностей, без чего трудно обеспечить реализацию права.

Определяя основополагающие принципы родительской заботы, § 1626 считает нужным обратить внимание на то, что родители обязаны и вправе заботиться о несовершеннолетнем ребенке, о его личности и о его имуществе. Не ограничиваясь сказанным, § 1626 продолжает: “При уходе и воспитании родители учитывают возрастающую способность и возрастающую потребность ребенка к самостоятельным действиям с осознанием его ответственности. Они обсуждают с ребенком, насколько это целесообразно в соответствии с уровнем его развития, вопросы родительской заботы и стремятся к взаимному согласию”. Таков, можно сказать, общий знаменатель к решению проблем, возникающих при разногласиях родителей, живущих одной семьей с ребенком, а также живущих отдельно. Если вникнуть в существо правил, сформулированных в ч. 2 § 1626, легко убедиться, что речь идет о соблюдении интересов ребенка, их понимании с точки зрения семейного воспитания.

§ 1626 возлагает заботу о ребенке на его родителей, поскольку говорит о них во множественном числе. Следовательно, речь идет о матери, чье материнство установлено в соответствии с § 1591, об отце – мужчине, чье отцовство соответствует требованиям, сформулированным § 1592. Когда же родители в браке не состоят, их забота о ребенке осуществляется совместно в соответствии с § 1626а, т.е. при наличии заявления о принятии на себя заботы о ребенке, при условии, что они:

заявят о желании совместно осуществлять заботу о ребенке (“заявление о принятии на себя заботы”) либо заключат брак между собой.

В остальных случаях заботу о ребенке осуществляет только мать.

Заявление родителей о принятии на себя заботы о ребенке должно быть личным. Когда же такое заявление исходит от ограниченно дееспособ-

ного родителя, требуется согласие его законного представителя, который также дает свое согласие только лично. Однако суд по семейным делам по ходатайству родителя, ограниченного в дееспособности, обязан заменить своим решением указанное согласие, если заявление о принятии на себя заботы о ребенке не противоречит благу данного родителя. Таков общий ключ к решению вопросов, связанных главным образом с несовершеннолетним отцом ребенка. Вместе с тем ГУГ предусматривает особые условия для признания действительности заявления о принятии на себя заботы о ребенке. Оно недействительно, во-первых, если составлено под каким-либо условием либо с указанием срока, во-вторых, если по вопросам родительской заботы уже вынесено судебное решение либо оно изменено в допустимых законом случаях. Тем самым ГУГ создает более прочные предпосылки установления родительских правоотношений, когда брак между матерью и отцом не зарегистрирован. И наконец, еще одно общее правило, касающееся установления семейно-правового статуса родителей, позволяющее сделать заявление о принятии на себя заботы о ребенке. Оно заключается в возможности признать его своим еще до его рождения. Это заявление, удостоверенное надлежащим образом, подается в управление по делам молодежи.

Перечисленные правила относительно родительской заботы не состоящими в браке лицами не имеют второстепенного характера, поскольку они призваны обеспечить стабильность возникающих родительских отношений в условиях, когда незарегистрированный брак перестал быть редкостью.

Указанием на основополагающие принципы родительской заботы ГУГ не ограничивается. В соответствии с этими принципами, куда входит уход и воспитание ребенка, в его текст входят конкретные предписания, каждое из которых имеет свое назначение. Так, § 1627, именуемый “Осуществление родительской заботы”, обязывает родителей осуществлять родительскую заботу на благо ребенка под свою ответственность и по взаимному согласию. Имеются в виду те статьи ГУГ, которые предусматривают представительство ребенка (§ 1629), решение вопросов получения им образования и профессии (§ 1631а), помещение несовершеннолетнего на принудительное лечение (§ 1631в), запрет на стерилизацию ребенка (§ 1631с) и др. Все возникающие при этом вопросы родители решают совместно, даже если они проживают раздельно, если эти вопросы имеют существенное для ребенка значение. Но

³ Вводный закон к Гражданскому уложению от 18 августа 1896 г. с последующими изменениями до 31 мая 2005 г.

родитель, у которого с согласия другого родителя либо на основании судебного решения обычно проживает ребенок, уполномочен § 1687 на единоличное решение вопросов его повседневной жизни, к которым относятся связанные с “фактическим присмотром за ребенком”, куда входят повседневные вопросы питания, отдыха, объема просмотра телевизионных передач и др.⁴ Другими словами, имеются в виду часто принимаемые решения, не оказывающие на развитие ребенка “трудно устранимого влияния”. Однако суд по семейным делам может ограничить или исключить предоставляемые родителю полномочия. Что же касается совместно проживающих с детьми родителей, то их единогласие при решении различных вопросов семейного воспитания по смыслу ГУГ приобретает особый смысл, поскольку создает благоприятную почву для развития несовершеннолетнего.

При различии во мнениях родители обязаны попытаться прийти к единой точке зрения (§ 1627). Когда же согласия между ними по отдельным вопросам либо по определенному кругу вопросов нет, суд по семейным делам по ходатайству любого из родителей может передать одному из них право на принятие решения, если речь идет о спорных вопросах, имеющих существенное значение (§ 1628). В этой части правовое регулирование отношений между родителями, связанных с семейным воспитанием несовершеннолетних детей, существенно отличается от соответствующих статей Семейного кодекса РФ, где делается акцент на примирительную миссию административных органов – опеки и попечительства. К тому же обязанность родителей прийти к единому мнению основывается на правилах нравственного свойства. В ГУГ она носит скорее декларативный характер, определяющий, как желательно действовать при наличии конфликта между родителями по поводу семейного воспитания ребенка.

Уточняя, детализируя содержание родительской заботы, когда мать и отец ребенка проживают совместно либо порознь, ГУГ способствует разрешению возникающих конфликтов без ненужных осложнений на основе закона и, что не менее важно, с соблюдением прав каждого из родителей и ребенка.

К числу лиц, правомочных на осуществление родительской заботы, § 1687в ГУГ относит супруга одного из родителей, который таковым не является. Он правомочен на совместное решение

вопросов повседневной жизни ребенка по взаимному согласию с его родителем, обладающим правом заботиться о ребенке, вправе предпринять любые правовые действия, необходимые для блага ребенка. Таким образом, супруг (супруга) матери (отца) приобретает статус родителя, что несомненно в интересах всех членов семьи. Но такие полномочия не имеют места, если супруги проживают раздельно. Еще одно неизвестное российскому семейному законодательству положение предусмотрено § 1688: “Если ребенок длительное время находится на воспитании в семье, то лицо, осуществляющее за ним уход, вправе принимать решения по вопросам повседневной жизни ребенка и представлять в таких вопросах лицо, обладающее правом заботиться о ребенке. Оно правомочно распоряжаться трудовым заработком ребенка, предъявлять требования в отношении алиментных, страховых, пенсионных и прочих социальных выплат в пользу ребенка и управлять этими выплатами”. Надо полагать, что по сути дела налицо признаваемое ГУГ фактическое воспитание, которого в современном Семейном кодексе России нет. Но правила, предусмотренные § 1688, не применяются, если лицо, принявшее на себя обязанности по воспитанию и присмотру за ребенком, “заявит нечто иное”. Вместе с тем суд по семейным делам может ограничить или исключить названные полномочия, если это необходимо для блага ребенка.

ГУГ не предусматривает специально защиту родительских прав, т.е. права родителя на заботу о ребенке, путем его возврата кровным родителям или одному из них. Но идея защиты родительских прав сформулирована здесь следующим образом: “Забота о ребенке включает право требовать возврата ребенка от любого лица, которое противоправно удерживает и не отдает его родителям или одному из родителей (§ 1632 (1)), что по своей сути совпадает с текстом ст. 68 Семейного кодекса РФ. То же самое можно сказать о возможных последствиях заявления о возврате ребенка родителям, поскольку “если ребенок длительное время находится на воспитании в другой семье и родители намерены его забрать у лица, осуществляющего уход, то суд по семейным делам по своей инициативе либо по ходатайству последнего может постановить, что ребенок останется у лица, осуществляющего уход в случае, когда и поскольку отобрание поставило бы под угрозу благо ребенка”.

Таким образом, ГУГ предусматривает не только правила, определяющие содержание родительской заботы в традиционных случаях, когда

⁴ Прим. к § 1687 разд. 5 ч. 2 кн. 4. Гражданского уложения Германии. С. 418.

вмешательство закона в семейные отношения не только допустимо, но и желательно, но и содержит ряд правил, которых в Семейном кодексе нет. Их отсутствие не способствует решению ряда сложных и спорных проблем применения Семейного кодекса РФ, выбору наиболее подходящих вариантов воздействия закона на семейные отношения. Вместе с тем обращает на себя внимание, что отсутствие в ГУГ специального раздела (подраздела), посвященного ребенку, его правам, не означает, что его интересам не уделяется должного внимания. О благе ребенка в Уложении говорится напрямую неоднократно. В частности, § 1626(3) подчеркивает, что для блага ребенка необходимо его общение с обоими родителями; § 1627 обязывает родителей осуществлять родительскую заботу на благо ребенка; § 1628 предусматривает право родителей совершать при представительстве ребенка все юридические действия, которые необходимы для блага ребенка; § 1632(4) посвящен праву суда по семейным делам “постановить”, чтобы ребенок оставался у лица, осуществляющего уход за ним, когда и поскольку отобрание поставило бы под угрозу благо ребенка; § 1671(2) регламентирует совместное осуществление заботы о ребенке при раздельном проживании родителей в случаях, когда это наилучшим образом отвечает благу ребенка; § 1672(2) посвящен соблюдению блага ребенка при раздельном проживании родителей, которые осуществляют родительскую заботу совместно; § 1678(2) предусматривает обязанность суда передать право заботиться о ребенке другому родителю при условии, что это послужит благу ребенка; § 1684(4) позволяет суду по семейным делам ограничить либо исключить право на общение с ребенком, если это необходимо для блага ребенка; § 1685(1) предоставляет право близким родственникам ребенка общаться с ребенком, если это служит его благу; § 1687в(2) говорит о правомочии супруга одного из родителей совершать необходимые для блага ребенка действия и др. Мало того, § 1698 так и называется “Принцип блага ребенка”. Вместе с тем ГУГ использует, но реже, термин “интересы ребенка”. Так, при расторжении брака на основании судебного решения принимается во внимание § 1568, именуемый “Оговорка о несправедливости”, следующего содержания: “Брак не подлежит расторжению несмотря на то, что он фактически распался, когда и поскольку интересы несовершеннолетних детей от этого брака требуют его сохранения в порядке исключения по особым основаниям...”.

Особое место в регулировании ГУГ правоотношений родителей и ребенка занимает так назы-

ваемое общение несовершеннолетнего с родителями, одним из них, родственниками. Особое не только в Германии, но и в других государствах, поскольку применение закона к отношениям личного свойства затруднительно, а то и вовсе невозможно. Именно поэтому § 1626(3) даже в общей своей части, касающейся основополагающих принципов родительской заботы, гласит: “Для блага ребенка, как правило, необходимо общение с обоими родителями”. Такие же правила действуют в отношении общения ребенка с другими лицами, с которыми он связан, если сохранение таких связей способствует развитию ребенка. Конкретизируются эти правила § 1684 и § 1685. Первый из них посвящен непосредственно общению ребенка с родителями, согласно ч. 1 которого “ребенок имеет право на общение с каждым из родителей; каждый родитель обязан и вправе общаться с ребенком”. Следовательно, речь идет прежде всего о праве ребенка, а каждый родитель не только имеет соответствующее право, но и обязан с ним общаться. Такой обязанности российский Семейный кодекс не знает. Несколько иначе ГУГ определяет и обязанности родителей, которые “не должны предпринимать ничего, что ухудшает отношение ребенка к другому родителю либо осложняет его воспитание”. Надо полагать, что такая формулировка отличается большей тонкостью, делает более точными акценты при разрешении возникающих между родителями сложных конфликтов по поводу семейного воспитания ребенка. ГУГ, уточняя правила общения, также позволяет суду их подробно регламентировать. Так, § 1684 ГУГ может своим постановлением не только понудить заинтересованных лиц к выполнению установленной в данной правовой норме обязанности, ограничить или исключить право на общение с ребенком, если это необходимо для блага ребенка, но и допустить рассмотрение дела в присутствии “расположенного к содействию третьего лица”. Причем третьим лицом может быть организация или объединение, осуществляющие помощь молодежи. Конечно, различного рода уточнения, внесенные в текст § 1684, подчас носят инструктивный характер, но они несомненно помогают разрешать возникающие на судебном уровне споры наилучшим образом.

§ 1685 предусматривает также право на общение с ребенком бабушки, дедушки, братьев, сестер, если это служит благу несовершеннолетнего. Рассматриваемое право принадлежит и близким ребенку лицам, куда входят и те, кто фактически длительное время осуществлял или осуществляет воспитание ребенка, уход за ним. Статьи 66, 67 Семейного кодекса регламентируют общение

ребенка с родителями, родственниками более подробно, обращая внимание на характер защиты прав их обладателей, которая реализуется либо судом вместе с органами опеки и попечительства, управомоченными на защиту нарушенных прав, либо только последними.

Чаще всего родительско-детские правоотношения не требуют вмешательства закона. Но если оно требуется, ГУГ предусматривает различные его варианты. Один из них связан с приостановлением осуществления родительской заботы в случае препятствий правового характера (§ 1673). Оно допускается, если:

родитель недееспособен;

ограничен в дееспособности. Причем при разногласиях между несовершеннолетним родителем и его законным представителем приоритет имеет родитель, не достигший совершеннолетия.

Приостанавливаться родительская забота может и в других случаях, например при наличии препятствий фактического характера (§ 1674(1)), если суд установит, что один из родителей в течение длительного времени не может фактически реализовать родительскую заботу. На период приостановления родитель не имеет права ее осуществлять. Но она возобновляется, если суд по семейным делам установит, что отпало основание для приостановления (§ 1674(2)). Если забота о ребенке, осуществляемая одним из родителей, единолично приостанавливается и не предвидится, что основание приостановления отпадет, суд по семейным делам обязан передать право заботиться о ребенке другому родителю, «однако при условии, что это послужит благу ребенка» (§ 1678(2)).

От приостановления родительской заботы отличается ее ограничение, именуемое § 1664 «Ограниченная ответственность родителей». Ее наступление недопустимо при соблюдении родителями § 1664(1), где сказано: «Родители обязаны при осуществлении заботы о ребенке отвечать только за ту меру заботливости, которую они обычно применяют в собственных делах». Иначе говоря, судебные меры в случае угрозы для блага ребенка применяются:

если физическое, психическое или духовное здоровье ребенка либо его имущество подвергаются риску, связанному с ненадлежащим осуществлением родительской заботы, пренебрежением к ребенку, с поведением третьего лица или с тем, что родители не по своей вине не справляются со своими обязанностями, то суд по семейным делам должен принять необходимые меры по устранению

этого риска, поскольку родители не желают или не в состоянии его устранить. По сути дела речь идет об отобрании ребенка, которое в семейном кодексе ассоциируется с ограничением родительских прав без добавления, которое предусмотрено § 1666a(1): «Меры, с которыми связано отобрание ребенка у родительской семьи, допустимы только в том случае, если иным образом нельзя предотвратить риск, в том числе прибегнуть к официальной помощи». В отличие от Семейного кодекса, ГУГ не предусматривает приоритета семейного воспитания, отдавая предпочтение официальной помощи родителям и детям, не расшифровывая, в чем она заключается. Что же касается лишения родительских прав, то ему ГУГ уделяет минимум внимания, ограничивая текст § 1666a(2) словами: «Лишение родительских прав в целом допускается лишь в том случае, если прочие меры оказались безрезультатными либо следует полагать, что они недостаточны для устранения соответствующего риска». А Семейный кодекс довольно много внимания уделяет именно лишению родительских прав, подробно перечисляет его правовые основания, порядок рассмотрения судом иска о лишении родительских прав, определяет его правовые последствия, предпосылки восстановления родительских прав. Надо полагать, что имеющиеся на этот счет различия между ГУГ и СК, объясняются стремлением Германии все-таки сохранить для несовершеннолетнего его правовую и личную связь с кровной семьей.

Одна из отличительных особенностей ГУГ заключается в том, что оно не связывает напрямую защиту прав ребенка с его устройством в семью (на усыновление, под опеку⁵). Патронаж, предусмотренный разд. VI кн. 4, предназначен для оказания помощи родителю, который единолично осуществляет заботу о ребенке, по его ходатайству. Причем ходатайствовать о патронаже может будущая мать до рождения ребенка. Назначенный судом по делам опеки либо управлением по делам молодежи помощник-патрон призван оказывать помощь лицу, осуществляющему родительские права и обязанности. Причем патронаж не ограничивает осуществление родительской заботы. Однако он устанавливается только в том случае, если место обычного пребывания ребенка находится в пределах страны (Германии) (§ 1717). Что же касается усыновления несовершеннолетнего, то оно регламентируется ГУГ подробно и довольно своеобразно, хотя существующие на этот счет правила в принципе в основном сходны

⁵ ГУГ не рассматривает попечительство как один из способов устройства ребенка в семью.

с предусмотренными Семейным кодексом РФ. Так, § 1741(1), допускающий усыновление, гласит: “Усыновление ребенка допустимо, если оно служит его благу и следует ожидать, что между усыновителем и ребенком возникнут отношения, характерные для родителей и их детей. Лицо, которое содействовало противоправному или безнравственному посредничеству либо подпадающей под эти признаки передаче ребенка с целью его усыновления либо поручило или выплатило третьему лицу за это вознаграждение, может усыновить ребенка только в том случае, если это потребуется для блага ребенка”. По общему правилу, минимальный возраст усыновителя двадцать пять лет. Кроме того, ГУГ предусматривает испытательный при усыновлении срок, так как § 1744 разрешает, по общему правилу, усыновление, если ребенок в течение разумного времени находился на попечении усыновителя. В отличие от Семейного кодекса РФ ГУГ определяет запреты на усыновление в общих чертах, тогда как в Семейном кодексе РФ дается предельно полный перечень обстоятельств, препятствующих усыновлению.

В качестве условий усыновления ГУГ называет:

согласие усыновляемого, достигшего четырнадцати лет. По достижении указанного возраста он вправе отозвать свое согласие;

согласие родителей ребенка, которое должно быть дано не ранее, чем ему исполнится восемь недель. § 1748 допускает замену согласия одного из родителей судом по делам опеки, обязанным произвести эту замену, если родитель в течение длительного времени грубо нарушал свои обязанности в отношении ребенка либо своим поведением выразил равнодушие к ребенку, либо ребенку был бы причинен несоизмеримый вред в случае несостоявшегося усыновления. Согласие может быть также заменено, если нарушение обязанностей не является длительным, но считается особо серьезным, и ребенка – предположительно никогда – нельзя оставлять под присмотром данного родителя;

согласие супруга усыновителя, если он состоит в браке. Его согласие может быть заменено судом, что не разрешается, если это противоречит правомерным интересам другого супруга и семьи в целом.

В результате состоявшегося усыновления прекращаются родственные отношения ребенка и его потомков с прежними родственниками, а также права и обязанности, вытекающие из таких отношений. Так, § 1755(1) определяет правовые

последствия усыновления. Но если усыновители находятся с ребенком во второй или третьей степени родства либо свойства, то прекращаются только родственные отношения ребенка и его потомков с родителями ребенка, а также права и обязанности, вытекающие из указанных отношений (§ 1756(1)). Но если супруг усыновит ребенка своего супруга, родственные отношения с родственниками другого родителя не прекращаются, если он осуществлял заботу о ребенке и умер (§ 1756(2)).

Статья 139 Семейного кодекса РФ предусматривает тайну усыновления. Она существует и в ГУГ, но заключается в запрете на сбор и разглашение сведений об усыновлении следующим образом: “Факты, которые могут способствовать раскрытию состоявшегося усыновления ребенка и обстоятельств усыновления, не разрешается собирать или разглашать без согласия усыновителя и ребенка, за исключением случаев, когда вследствие особых причин этого требуют общественные интересы”.

Таким образом, ГУГ в части, касающейся усыновления несовершеннолетнего, сохраняя общепринятые мировым сообществом принципы усыновления, содержит целый ряд уточнений по вопросам, которые могут возникать при правоприменении и в современной России.

Раздел 1.2.3 кн. 4, посвященный опеке, содержит преимущественно правила, касающиеся имущественных прав несовершеннолетнего подопечного. Но, естественно, он содержит ряд положений, которые имеют прямое отношение к личным правам ребенка. Так, § 1773, названный “Условия”, определяет: “Несовершеннолетнему назначается опекун, если на него не распространяется родительская забота либо если родители не вправе его представлять в личных или имущественных делах”. Такие дети по семейному законодательству России входят в категорию лишившихся родительского попечения по причинам, перечисленным в п. 1 ст. 121 Семейного кодекса РФ. К сказанному ГУГ добавляет: “Несовершеннолетнему назначается опекун также в том случае, если невозможно установить его семейный статус”. Такого дополнения в Семейном кодексе РФ нет.

Согласно § 1789 опекун назначается судом по делам опеки с возложением на него обязанности честно и добросовестно осуществлять опеку. Причем возложение этой обязанности подтверждается “в форме, заменяющей присягу”. Вместе с тем ГУГ обращает внимание на случаи установления опеки судом по делам опеки по собствен-

ной инициативе (§ 1774), например когда меры, предпринятые судом по урегулированию семейно-правовых конфликтов, оказались безрезультатными. Следовательно, если Семейный кодекс РФ предусматривает установление опеки только в административном порядке (органом опеки и попечительства), то в Германии это может сделать и суд.

ГУГ, предоставляя суду по делам опеки право ее установить, дает рекомендации относительно выбора опекуна сообразуясь с существующими на этот счет правилами и мнением управления по делам молодежи. Здесь учитываются два обстоятельства, исключаящие, во-первых, неспособность к осуществлению опеки, во-вторых, непригодность к исполнению обязанностей опекуна.

При выборе опекуна суд по делам опеки должен выбрать лицо, которое по своим личным качествам и имущественному положению способно выполнять обязанности по опеке (§ 1779(2)). Из числа нескольких подходящих кандидатур необходимо принять во внимание предполагаемую волю родителей, личные привязанности подопечного, родство или свойство с подопечным и вероисповедание подопечного. Еще одна обязанность суда заключается в необходимости заслушать родственников или свойственников подопечного, “если это возможно без значительного промедления или несоразмерных расходов” (§ 1779(3)). Что же касается конкретных правил, соблюдение которых обязательно, то по своему содержанию они существенно отличаются от тех, что существуют в современной России. Так, каждый немец обязан принять на себя обязанности по опеке, для осуществления которых он выбран судом по делам опеки” (§ 1786), если нет причин, оправдывающих его нежелание. Подробный перечень таких причин содержит § 1786, именуемый “Право на отказ”. При необоснованном отказе быть опекуном все равно на него возлагаются, но временно, обязанности быть опекуном. К тому же суд по делам опеки вправе “понудить лицо, выбранное опекуном, к принятию обязанностей по опеке путем установления штрафа”. Его разрешается налагать с интервалом не менее одной недели. Но не разрешается налагать более трех штрафов, тогда как Семейный кодекс РФ 1995 г. исходит из того, что опека над несовершеннолетним осуществляется только на добровольных началах.

ГУГ допускает, во-первых, назначение нескольких разных опекунов для совместного осуществления опеки (в случае разногласий между ними решение принимает суд по делам опеки); во-вторых, предоставляет родителям право упо-

мянуть его в своем завещании; в-третьих, разрешает родителям предложить свою кандидатуру опекуна. Причем эта кандидатура может быть заменена без согласия лица, призванного к опеке, только в определенных случаях, перечисленных в § 1778. Все три названных варианта допустимости установления опеки, в том числе и над несовершеннолетними, нашли свое отражение в Федеральном законе “Об опеке и попечительстве”⁶, что далеко не бесспорно⁷.

Отличительная особенность ГУГ в части, касающейся опеки, как таковой, – в существовании нескольких типов опекунов кроме основного. В их числе:

контролирующий опекун, в задачи которого входят контроль за основным опекуном и его поддержка при совершении определенных сделок. Контролирующий опекун назначается при любых обстоятельствах. Если опека не должна осуществляться несколькими опекунами совместно, один из опекунов может быть назначен опекуном, контролирующим другого (§ 1792(3)). Контролирующим опекуном может быть управление по делам молодежи (§ 1792(1));

опекун в лице управления по делам молодежи, который назначается, если физическое лицо, способное осуществлять опеку, отсутствует. Тогда в качестве опекуна выступает управление по делам молодежи. Такая опека именуется “должностной”, разновидностью которой является опека, осуществляемая управлением по делам молодежи в силу закона;

соопекун, который назначается подопечному или всем подопечным, если опеке подлежат братья и сестры, имеющие только одного опекуна;

соопекун назначается только при наличии особых причин в случаях, предусмотренных, например, когда имеют место несколько опекунов (§ 1775);

опекун – назначаемый правоспособным объединением, если оно признано способным к опеке управлением по делам молодежи (§ 1791a).

Еще одна особенность опеки, предусмотренная ГУГ, заключается в том, что согласно § 1837(1) суд по делам опеки консультирует опекунов. “Он содействует их введению в круг обязанностей”. Мало того, суд по делам опеки обязан осуществлять надзор за деятельностью опекуна и контролирующего опекуна в целом и вмешиваться, изда-

⁶ См.: Собрание законодательства РФ. 2008. № 17. ст. 1755.

⁷ Подробнее см.: Нечаева А.М. О Федеральном законе “Об опеке и попечительстве” // Законы России. 2009. № 7.

вая судебные приказы и запреты, направленные против нарушений их обязанностей. Кроме того, суд может понуждать опекуна и контролирующего опекуна к соблюдению судебных предписаний путем наложения штрафов. Но на управление по делам молодежи или объединение штраф не налагается. После того как опека установлена, начинают действовать правила, призванные обеспечить опеку. К ним относится обязанность опекуна и контролирующего опекуна в любое время по требованию суда по делам опеки предоставить ему сведения “об осуществлении опеки и о личных отношениях подопечного”. Что же касается опекуна, то он обязан не реже одного раза в год информировать суд по делам опеки о личных отношениях подопечного, после чего суд по делам опеки проверяет полученный им отчет, удостоверяется в его фактической достоверности (§ 1843₁, § 1892).

Таким образом, ГУГ предельно полно освещает вопросы, связанные с опекой над несовершеннолетними. Что же касается попечительства над ними, то разд. 3 кн. 4 в виде дополнения предусматривает “специальное попечительство” (§ 1909), где сказано: “Лицу, на которое распространяется родительская забота или опека, назначается попечитель по делам, вызывающим затруднения у родителей или опекуна”. В частности, попечитель назначается для управления

имуществом, которое указанное лицо приобретает в случае смерти кого-либо или которое ему будет безвозмездно предоставлено третьим лицом по сделкам между живыми, если наследодатель в завещательном распоряжении, а третье лицо при предоставлении установили, что родители или опекун не должны осуществлять управление имуществом. Специальное попечительство “надлежит установить также в том случае, если имеются условия для назначения опеки, однако опекун еще не назначен” (§ 19093). Назначается попечительство и над зачатым ребенком для соблюдения его будущих прав в той мере, в какой эти права нуждаются в охране (§ 1912(1)). Тем не менее родительские обязанности по охране сохраняются “как если бы ребенок уже родился”. Следовательно, между понятиями “опека” и “попечительство” над несовершеннолетними по ГУГ и СК РФ нет сходства.

Таким образом, сосредоточившись на имущественной стороне опеки над несовершеннолетним, ГУГ достаточно подробно регламентирует предпосылки установления опеки неимущественного характера. Именно здесь немало оригинальных, самобытных решений, глубокое изучение которых может оказаться полезным для российской науки, совершенствования законодательства, правоприменения.