
Н. Н. Тарусина, А. М. Лушников,
М. В. Лушникова, Е. А. Исаева

ГЕНДЕРНОЕ РАВЕНСТВО В СЕМЬЕ И ТРУДЕ

ЗАМЕТКИ ЮРИСТОВ

МОНОГРАФИЯ



**Андрей Михайлович Лушников
Елена Александровна Исаева
Марина Владимировна Лушникова
Надежда Николаевна Тарусина**

**Гендерное равенство в
семье и труде: заметки
юристов. Монография**

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=21382773

Издательство «Проспект»; 2014

ISBN 9785392160570

Аннотация

Монография носит комплексный, междисциплинарный и сравнительно-правовой характер. В ней рассмотрены основополагающие проблемы семейного права, трудового права и права социального обеспечения в аспекте гендерного равенства. Значительное внимание уделено теоретическому осмыслению гендерного равенства в его правовом ракурсе. Последовательно проанализированы проблемы истории и положения отраслевой теории, международно-правовые акты, отражающие равенство, дифференциацию и запрет дискриминации по половому признаку в семейных и социально-трудовых отношениях.

Дан подробный анализ действующего семейного и трудового законодательства, отчасти и социально-обеспечительного законодательства, а равно практики применения названного законодательства. Для студентов, аспирантов и преподавателей гуманитарных факультетов, а также практических работников государственных, муниципальных органов, общественных организаций, юридических служб организаций.

Содержание

К ЧИТАТЕЛЮ	7
Глава 1	10
1.1. О ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ПРЕДПОСЫЛКАХ ГЕНДЕРНОЙ ПРОБЛЕМАТИКИ	10
1.2. ТЕНДЕНЦИИ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫХ РЕШЕНИЙ ГЕНДЕРНЫХ ВОПРОСОВ	48
Глава 2	65
2.1. ИСТОРИЯ ВОПРОСА	65
2.2. ГЕНДЕРНАЯ ЭКСПЕРТИЗА ДЕЙСТВУЮЩЕГО СЕМЕЙНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	102
Конец ознакомительного фрагмента.	146

**Н. Н. Тарусина, А.
М. Лушников, М. В.
Лушникова, Е. А. Исаева**
**Гендерное равенство
в семье и труде**
Заметки юристов
Монография



ebooks@prospekt.org

Нашим мамам

Марии Сергеевне Тарусиной,
Елизавете Ивановне Орловой
и Марии Степановне Лушниковой

посвящается

К ЧИТАТЕЛЮ

Семейное право, трудовое право и право социального обеспечения рассматриваются как триумвират отраслей в решении проблем тендерного равенства. В этой книге предпринята попытка осуществить комплексное исследование названных проблем в социальных по своей природе отраслях права. Объединение в рамках системного исследования трех отраслей права: семейного, трудового права и права социального обеспечения неслучайно. Не отрицая самостоятельности, суверенитета этих специальных отраслей права, тем не менее очевидна необходимость в их согласовании, единстве, социальной направленности. Такой межотраслевой подход к характеристике социальных прав породил в науке концепцию социального права как некой комплексной отрасли. Например, французский правовед П. Сандевуар полагает, что социальное право как суперотрасль включает в себя право социального обеспечения, семейное право и право социальной помощи¹. Несколько иной, но схожий набор отраслей, составляющих социальное право, предлагали и отечественные ученые, опираясь на правовые реалии стран Запада². Однако, на наш взгляд, речь должна идти не о комплексной суперотрасли права, а о создании комплексных нормативных актов и обеспечении согласования, гармонизации нор-

мативных актов различной отраслевой принадлежности, регулирующих смежные социальные права.

Не вызывает сомнений, что изучение отдельных вопросов необходимо. Однако полную и достаточно адекватную общую картину может создать только комплексное изучение взаимосвязанных правовых проблем тендерного равенства. Английский философ А. Н. Уайтхед отмечал: «Ни один факт не существует сам по себе, как таковой. Он проявляет множество характерных черт одновременно, которые все коренятся в особенностях соответствующей эпохи... Видеть общее в особенном и сохраняющееся в преходящем – такова цель научного мышления»³. Одной из причин кризисных явлений в российской правовой науке было ослабление межотраслевых связей в теоретических исследованиях. Излишняя вера в «уникальность и неповторимость» той или иной отрасли права привели к тому, что ученые уделяли явно недостаточно внимания работам специалистов других отраслевых дисциплин. В этой связи «пограничные» с предметами этих отраслей области были мало исследованы либо предпринималась попытка их одностороннего включения в «свой» предмет изучения. Также произошло размывание междисциплинарных связей трудового права и права социального обеспечения, особенно с гражданским, семейным правом и административным правом.

Данная монография является второй в общей серии подобных междисциплинарных монографических исследова-

ний, проводимых авторами. Ранее нами была опубликована монография «Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений» (Ярославль, 2001).

В предлагаемой вниманию читателей монографии подняты основные, по нашему мнению, весьма важные проблемы семейного права, трудового права и права социального обеспечения в ключе гендерного равенства и запрета дискриминации в семейных и социально-трудовых отношениях. В основе проведенного авторами исследования лежит сравнительно-правовой метод в его широком понимании. При этом авторы старались уделить больше внимания малоизученным проблемам и новым правовым явлениям в этой сфере. Данную монографию следует рассматривать как приглашение к размышлению над поставленными проблемами.

Авторы

Июнь 2006 г.

Глава 1

РАВЕНСТВО И НЕРАВЕНСТВО: ГЕНДЕРНЫЙ АСПЕКТ

1.1. О ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ПРЕДПОСЫЛКАХ ГЕНДЕРНОЙ ПРОБЛЕМАТИКИ

*О равенстве мы заняты заботами,
болота и холмы равняем мы;
холмы, когда уравниены с болотами,
становятся болотами холмы.*

Игорь Губерман

В качестве философских, социологических и теоретико-правовых предпосылок принципа равенства можно принять несколько положений.

Равенство в «обычно-словарном» толковании означает полное сходство, подобие по значению, положению, качеству и т. п., его социальный контекст предполагает положение людей в обществе, обеспечивающее их одинаковые политические, гражданские и другие права⁴.

Традиционно равенство исследуется во взаимодействии с категориями справедливости и свободы. «Анамнез» этой «болезни» прослеживается от Аристотеля и Платона, юристов Древнего Рима до мыслителей эпохи Просвещения (Вольтера, Монтескье, Руссо) с ее Декларацией прав человека и гражданина от 26 августа 1798 г. («люди рождаются и остаются свободными и равными в правах» – ст. 1) и далее – к идеям классового, либерального, эгалитарного и других «разновидностей» принципа равенства людей, граждан, трудящихся, социальных групп, обществ и государств XIX, XX веков и начала XXI века⁵. С утверждением гуманизма и просвещения в новое и новейшее время триада «справедливость – свобода – равенство» «приобрела обаяние человеческого облика; новый тип справедливости, – подчеркивает В. В. Козловский, – основывается на принципе эквивалентности, равноценности и консенсуса»⁶.

(Сразу следует оговориться, что попытки, даже в самом первом приближении, осмысления соответствующих восточных идеологий и юриспруденций не последует. Восток – дело тонкое... Аналитика «диалога глухих» между ним и Западом в наши планы не входит как по объективным, так и субъективным причинам.)

Современное западное общество – это эгалитарное общество, в основу идеи эгалитарной справедливости которого заложена великая христианская идея о равенстве всех перед

Богом⁷.

Однако равноправие – лишь один из моментов справедливости, но еще не сама справедливость, – отмечает В. Вольнов – подобно тому, «как возможность – момент свободы, но еще не сама свобода; одинаковость прав не значит равным образом пользоваться этими правами⁸. Иными словами, – продолжает автор, критикуя либеральное понимание равноправия, – «либерализм упрямо не хочет признавать в теории то, что уже давно признали мудрые из римлян и многие вслед за ними: *summum jus – summa injuria*. Или лучше так: равное право – высшая несправедливость... если один момент справедливости – моральность – требует равноправия, то другое – свобода – требует ограничить это равноправие»⁹. Тем не менее, значение равенства тем больше, чем хуже жизнь людей, членов конкретно-исторического общества, перед провозглашением равенства социальной и политической ценностью¹⁰.

Справедливость имеет смысл только там, – подчеркивает Б. Н. Кашников, – где имеют место отношения, объективно требующие меры и пропорции; необходимости в справедливости не может быть, если все в избытке или все абсолютно недостаточно¹¹. В этом плане становится бессмысленной и идея равноправия.

Следование правилу простого («строгого») равенства, кроме приобретения реалий несправедливости, еще и

нежизнеспособно, абстрактно. Так, если один индивид имеет определенное количество благ, остальные должны иметь столько же – тогда, доводя данный принцип до логического конца, придется требовать уничтожения тех благ, которые невозможно разделить поровну (или же устанавливать специальные, не всегда, кстати, возможные, правила пользования этими благами); равенство «в чистом виде тождественно виноградникам и кладбищам»¹².

Равенство, как всякое иное явление, имеет «пару», т. е. существует в единстве с неравенством. Это не изолированные друг от друга противоположности, несущие в себе раз и навсегда данные одному положительный, другому – отрицательный заряд: первое отнюдь не всегда обеспечивает справедливость и согласие, а второе – несправедливость и конфликт. Напротив, равенство может быть источником несправедливости и конфликтов, а неравенство – согласия и справедливости¹³.

Дихотомии справедливости, многомерной и универсальной, достаточно очевидны: деяние и воздаяние, вина и кара-преступление и наказание, взыскание и поощрение, вклад и вознаграждение, право и бесправие, закон и беззаконие, и, наконец, равенство и неравенство¹⁴.

Полагая личность порождением социума, можно интерпретировать неравенство как неравноценность условий развития, несправедливость, ущемление естественных челове-

ческих прав, создание искусственных социальных барьеров и т. д. Полагая же личность активным творцом социума, можно рассматривать неравенство как социальное благо, способ выравнивания стартовых позиций, поддержания потенциала выживания, социальной активности и т. п.¹⁵. «Имея разные точки отсчета, – отмечают Ю. Г. Волков и И. В. Мостовая, – мы получаем по одному и тому же критерию (справедливости) альтернативные выводы: во-первых, неравенство несправедливо, так как все люди имеют равные права; во-вторых, неравенство справедливо, так как позволяет дифференцированно и адресно компенсировать социальные затраты разных людей»¹⁶.

Представление о справедливости как относительно адекватной системе неравенства наглядно демонстрируется в конструкциях «каждому – по потребностям», «свободу сильным – защиту слабым» и т. п., в которых альтернативные социальные требования проявляют общее стремление к «парадоксальному (дифференцированному) равенству»¹⁷. Избежать внутренней противоречивости и взрывоопасной справедливости можно исключительно через процедуры диалога и социального компромисса¹⁸.

Право как один из архиключевых регуляторов общественных отношений, применяя равный масштаб к разным людям лишь в относительно сходных ситуациях, является в этом смысле одновременно и справедливым и несправедли-

вым (что, впрочем, не выделяет его, с этой точки зрения, среди большинства социальных феноменов). По мысли С. С. Алексеева, феномен нормы, «характерной для права в том и состоит, что при ее помощи в общественную жизнь вносятся существенные элементы единства, равенства, принципиальной одинаковости: вводимый и поддерживаемый юридическими нормами порядок распространяется в принципе «на равных» на всех участников общественных отношений»¹⁹. Любая норма, в том числе правовая, устанавливает такой масштаб, который далее конкретизируется различными способами – от обычного исполнения до специального (специализированного) правоприменения. Будучи явлением предельно сложным²⁰ и вбирая в себя богатство цивилизации, право не сводится лишь к общности масштаба поведения. Хотя и последний признается в юриспруденции не только формально равным, но и социально справедливым, отражающим автономную свободу личности²¹.

Выявляя сущность права, – пишет В. С. Нерсесянц, – среди прочего важного обнаруживается принцип формального равенства, который представляет собой единство триады – «всеобщей равной меры регуляции, свободы и справедливости»²². Разумеется, правовое равенство является результатом «абстрагирования от фактических различий, присущих уравниваемым субъектам правовой формы общения»²³. Последние независимы друг от друга, но одновременно одина-

ково подчинены в правовых отношениях единой общей норме регуляции²⁴. Равенство, – продолжает автор, – имеет рациональный смысл, логически и практически оно возможно в социальном мире именно и только как правовое (формально-правовое, формальное) равенство, фактическое же равенство есть «величина иррациональная», «фантазм»²⁵. Только благодаря своей формальности равенство и становится измерителем всей «внеформальной» действительности.

Именно в этом смысле верно суждение римских юристов: «Закон говорит со всеми одинаково» (*lex uno ore omnes alloquitur*). Оно уже много веков составляет, с точки зрения теоретиков права²⁶, как бы синоним принципа юридического равенства.

Исследуя теоретико-правовые аспекты правового равенства, М. Н. Козюк приходит к выводу, что последнее имеет свою внутреннюю структуру. К ее составляющим относятся: 1) собственно формально-юридическое равенство; 2) равноправие и 3) равная защита перед законом. Первая характеристика сводится к обозначенному ранее и общеизвестному качеству права как единого всеобщего масштаба и является исторически первой ступенью равенства. Вторая фиксирует равенство прав и обязанностей и требует, чтобы все субъекты права имели равные юридические возможности для участия в жизнедеятельности общества. Третья более других относится к области реализации права и характеризует проце-

дурные механизмы равноправия²⁷.

В законодательстве единого подхода к определению содержания принципа равенства нет. В одних случаях, – полагает К. А. Чернов, – он сводится к равноправию, в других к равенству ответственности, в третьих к равенству оснований возникновения прав и обязанностей, в четвертых – к идее равенства возможностей субъектов правоотношений²⁸. Однако думается, что это скорее относится к отдельным отраслевым институтам, нежели в целом к отраслям права, так как в кодифицированных отраслевых актах глобальная идея равенства (в продолжение конституционных предписаний) присутствует в «общих положениях» (например, ст. 3 Налогового кодекса РФ, ст. 1 Гражданского кодекса РФ, ст. 6 Гражданского процессуального кодекса РФ, ст. 1 Семейного кодекса РФ, ст. 2 Трудового кодекса РФ, ст. 4 Уголовного кодекса РФ и т. д.). Другое дело, что структурирована данная идея и внешне, и содержательно по разным схемам, хотя последние, действительно должны быть относительно сходными, а в ряде элементов – одинаковыми (например, положения о равенстве граждан, независимо от их «бытийных» характеристик, в регулятивных и охранительных правоотношениях).

Правовые равенство и неравенство как парные категории в одинаковой степени противостоят фактическим различиям между людьми²⁹. Последние, анализируемые с точки зре-

ния абстрактного формального равенства, неизбежно приводят к фактическому неравенству. «Равная мера регуляции, – отмечает В. С. Нерсисянц, – отношений различных субъектов предполагает, что приобретаемые ими реальные субъективные права будут неравны. Благодаря праву хаос фактических различий преобразуется в правовой порядок равенств и неравенств, согласованных по единому масштабу и равной мере»³⁰.

Поскольку различительным характеристикам субъектов правовых отношений несть числа (в тех, разумеется, пределах, которые не подрывают их человеческой сущности), постольку проблема приближения к гармонии: равенство как всеобщая абстрактная возможность обладать определенным правовым статусом и неравенство как особенная возможность обеспечения равенства для различных типологических групп субъектов, а то и индивидуума, – бесконечна в движении к своему решению. (Лишь бы вектор этого движения соответствовал поставленной цели.)

К основным типологиям, о чем свидетельствуют положения большинства конституций правовых государств, относятся раса, вера, политические убеждения, пол, возраст, обстоятельства рождения, имущественное положение.

В правовых системах и внутри каждой из них – в отдельных отраслях права – типологические характеристики субъектов как объектов правовой регуляции проявляют себя в законодательстве и юридической практике существен-

но различным образом – и количественно, и содержательно. Для обеспечения деятельности тех субъектов права, которые призваны выполнять некие особые функции (депутатов, госслужащих разного типа, судей, работников особо вредных производств и т. д.) предусматриваются и особые элементы правового статуса (депутатский иммунитет, жилищные льготы, повышенная пенсия, специальный пенсионный возраст и т. п.). Для граждан, обладающих определенными личностными «спецификациями» (беременная женщина, пенсионер, инвалид, ребенок-сирота и т. д.), устанавливаются льготы по данному основанию (декретный отпуск, льготы по оплате услуг ЖКХ и проезду на транспорте, пособия, преимущества при поступлении вуз и т. п.).

«Льгота, – пишет А. В. Малько, – это правомерное облегчение положения субъекта, позволяющее ему полнее удовлетворять свои интересы и выражающееся как в предоставлении дополнительных, особых прав (преимуществ), так и в освобождении от обязанностей»³¹.

Так как равенство должно быть имманентно присуще современному праву (в самых различных контекстах его содержания), при нормативных отступлениях от него законодателью следует действовать предельно осторожно, вводя только безусловно необходимые ограничения и льготы. Они должны соответствовать поставленной конкретной цели, а не появляться как следствия конформизма («так сложилось исторически», «принято в цивилизованных странах» и т. п.) или

необоснованного лоббизма. Льготы должны коррелироваться с ограничениями (например, перечень привилегий для госслужащих – с их ограничениями в частной жизни; льготы для армии, милиции, таможни и др. – с экстремальными условиями работы): в таких случаях нужно руководствоваться принципом римского права – *qui sentit commodum sentore debet et onus* (тот, кто приобретает преимущество, должен принять на себя и обязанность)³².

В условиях развития мировой цивилизации в целом, что, естественно, составляет базисную константу проблемности нашего жития и дискуссионности его научного осмысления, все эти характеристики нуждаются в постоянном внимании. Однако развитие, усиленное реформированием политической системы и гражданского общества, в нашем случае – российского, соответственно вносит (или должно вносить) существенные коррективы в систему взаимодействия с политикой, моралью и законодательством явлений равенства и справедливости, построенных с учетом национальных, возрастных, имущественных и тендерных аспектов.

Поскольку разорвать это взаимодействие можно только формально, мы, осуществляя эту формализацию, не смогли и не сможем уйти от некоторой аналитики и иных факторов, кроме тендерного.

Обратимся, однако, к теоретическим предпосылкам тендерной проблематики.

«И сотворил Бог человека по образу своему, по образу Божию сотворил его; мужчину и женщину сотворил их. И благословил их Бог, и сказал им Бог: плодитесь и размножайтесь, и наполняйте землю, и обладайте ею...»³³.

Идея о том, что «разделение на два пола не имеет ничего общего с Божественным первообразом человека и что сотворение жены было результатом и первым обнаружением грехопадения»³⁴ есть предположение, а не аксиома, одно из последующих толкований, хотя и безусловно доминирующих. Кроме канона, существовали и существуют и другие точки зрения на данный предмет.

«Человек есть... существо бисексуальное, – писал Н. А. Бердяев, – совмещающее в себе мужской и женский принцип в разной пропорциональности и нередко в жестокой борьбе... Мужское начало есть по преимуществу начало творящее, женское же начало есть по преимуществу начало рождающее. Но и в рождении, и в творчестве мужское и женское начало не могут быть изолированы и предполагают взаимодействие и восполнение одного другим»³⁵.

Истинный человек «в полноте своей идеальной лично-

сти, – отмечал В. С. Соловьев, – очевидно, не может быть только мужчиной или только женщиной, а должен быть высшим единством обоих», – преодолевши свою существенную роль и распадение, но сохранивши свою формальную обособленность...³⁶

Противоречивость подходов к первородности мужского начала само противоречиво излагается и теологами, и «гражданскими» философами. Ясно одно: мужское и женское начало есть единство в человеческом бытии, данное нам и в сознании, и (простите за возможный банальный подтекст) в ощущении.

(Мария – мать Христа. Способ появления на свет современного человека, мужчины и женщины, очевиден: возрастание того и другой – из чрева, от молока и забот матери, а очень часто и забот отца. Борьба за пьедестал бессмысленна. Хотя спор – вечен.)

* * *

Совершенно очевидно, что тендер не есть только женский вопрос. (Точно так же, как не есть только англоязычный вариант русского термина «пол».) Этим понятием обозначается совокупность социальных норм поведения людей в зависимости от пола.

Как отмечает Н. Л. Пушкарева, в западной науке нет единства взглядов по вопросу о том, считать ли тендер «мыс-

лительным конструктом», т. е. просто научной дефиницией, определяющей социально-культурные функции пола и различающей их от функций биологических, или же «конструктом социальным». В последнем случае предполагается, по меньшей мере, четыре группы характеристик: биологический пол, поло-ролевые стереотипы, полоролевые нормы и полоролевая идентичность. Соответственно используются понятия «гендерного дисплея» или «гендерной системы» (как менее «заумного»), под которыми подразумеваются «идеи, институты, поведение, формальные и неформальные правила и другие социальные взаимодействия, предписываемые в соответствии с полом»³⁷.

При этом в российской социологической науке признак пола, в отличие от западной, где акцент традиционно делается на биологических, психологических и культурологических различиях полов, «изначально социален, так как личность, независимо от ее пола, рождается и развивается (если, конечно, это не «маугли») в социуме, в многообразной системе социальных связей и отношений»³⁸.

Особая «взбудораженность» гендерной темы в 70–90—х годах XX века (как очередной виток актуальности – после этапов конца XIX века, начала XX века) породила новые направления исследований.

Так, появилась история женщин («женская история») – изначально как своеобразная попытка «переписать историю» или, с точки зрения Э.Дэвин, стремление преодолеть

почти абсолютную доминанту старой истории, сопровождавшееся готовностью заменить общеупотребляемый термин «history» (который можно прочесть и как «his story», дословно: «его история», «история мужчины») – новым термином, характеризующим иной подход к изучению прошлого, а именно термином «her story» (то есть «ее история», «история женщины») ³⁹. Однако постепенно толкование содержания понятия «гендер» изменилось в направлении рассмотрения его не в плане концептуализации мужского доминирования, а как системы всех форм взаимодействия и «взаимоотталкивания» мужского и женского начал. Изучение феминности стало невозможно без анализа маскулинности – «женская история» неминуемо встретилась с «историей мужской» ⁴⁰.

Традиционными объектами стали социально-экономические аспекты гендерно-исторических исследований. Более или менее очевидными проявились перспективы тендерного подхода к исследованиям политической истории: история маргинализации женщин, их борьбы за политические и гражданские права и свободы, аналитика форм «скрытого воздействия на политику и неявно маркированного политического поведения женщин» (еще до актуализации «женского вопроса» и суфражистского движения). Но наиболее перспективными, полагает Н. Л. Пушкарева, являются тендерные исследования в области культурологии, истории мен-

тальностей и общественного сознания⁴¹.

В социологии появились исследования маскулинности, лингвистике – тендерной асимметрии и т. д.

Актуализировались тендерные исследования в психологии⁴². Так, психологи отмечают, что разделение людей на мужчин и женщин является центральной установкой восприятия нами различий, имеющихся в психике и поведении человека. Причем, многие из них эти различия связывают с генетическими, анатомическими и физиологическими особенностями мужского и женского организма, хотя и не сводят их к исключительной доминантной роли – помимо конституциональной стороны эти различия имеют социокультурный контекст: они отражают то, что в данное время и в данном обществе считается свойственным мужчине, а что – женщине. Существует точка зрения, что наше восприятие биологических различий между полами тоже определяется культурными факторами (например, со времен античности до конца XVII века в Европе преобладало представление о том, что женский организм является недоразвитым вариантом мужского). Если бы такое видение биологических различий сохранилось до сегодняшнего дня, – отмечает Д. В. Воронцов, – «то с учетом знаний о человеческой природе мы были бы более склонны считать мужской организм модификацией женского»⁴³. Однако в эпоху Возрождения взгляды изменились – мужчины и женщины были признаны поляр-

но различными по своей природе организмами – с этого момента различия в социальном статусе стали предопределять различиями в биологическом статусе.

В последнее время, – продолжает Д. В. Воронцов, – стало принятым четко разграничивать указанные аспекты, связывая их с понятием пола и тендера («пол» описывает биологические различия, определяемые генетическими особенностями строения клеток, анатомо-физиологическими характеристиками и детородными функциями; «гендер» указывает на социальный статус и социально-психологические характеристики, которые связаны с полом и сексуальностью, но возникают из бесконечной совокупности отношений между людьми⁴⁴.

Генетические, эндокринные и церебральные факторы определяют уровень психической и двигательной активности организма (применение мышечной силы, возбудимость, скорость реакций и т. д.), что, в свою очередь, является исходным материалом для развития разнообразных форм выражения личности в социальном контексте⁴⁵. Морфологические различия в основном сводятся к следующим: женщины обладают меньшей длиной и массой тела, менее сильным связочным аппаратом, иной пропорцией «элементов конструкции», меньшей мышечной массой. С точки зрения физиологии: у женщин несколько меньше основные параметры гемодинамики (объем сердца, масса циркулирующей крови, слабее сердечные сокращения и т. д.), но они обла-

дают и рядом врожденных преимуществ, в частности, большей эластичностью кровеносных сосудов, намного лучше переносят большую потерю крови; у женщин ниже энергообмен покоя, меньше минимальное потребление кислорода, жизненная емкость легких; у женщин и мужчин различная гормональная система... При разности соотношения между площадью зрачка и площадью радужки абсолютная площадь зрачка у женщин больше (как отмечает Б. П. Ильин, глаза – не только «зеркало души», но и «зеркало тела»)⁴⁶.

Девочки опережают мальчиков в темпах моторного развития. Психологи констатируют некоторые различия в проявлении свойств нервной системы, в частности, по типу темперамента среди мужчин больше сенсорного планирующего и интуитивного рационального типов, среди женщин – интуитивного эмоционального типа, среди последних больше экстравертированных, эмоциональных, с более развитой интуицией, более естественных, спонтанных и общительных⁴⁷. Известно также, что рождается больше мальчиков, чем девочек (при большей смертности первых), процент самоубийств и заболеваемости выше у мужчин, чем у женщин⁴⁸. В среднем принципиальных различий не установлено в области зрительно-пространственных и слуховых способностей (нюансы, разумеется, есть); в обонятельной чувствительности наблюдается превосходство женщин – в любом возрасте и культуре; в органических ощущениях более точны мужчины, у

них большая болевая толерантность; есть данные, что женщины – более надежные свидетели, что может объясняться их большим интересом к личностной информации и лучшей кратковременной памятью⁴⁹. Своеобразны картины различий по вниманию: преимущество женщин в избирательности, устойчивости и объеме внимания, «коммуникативном внимании»; их ориентация – на быстроту, а мужчин – на точность работы; преимущество мужчин – в работе с новыми задачами, а женщин – со старыми, шаблонными стимулами. По общему интеллекту чаще всего наблюдается отсутствие половых различий – во всех возрастах, в разных культурах, у представителей всех рас и т. д.; по речевым способностям – преимущество женщин, математическим – преимущество мужчин по отдельным показателям⁵⁰. Исследования эмоциональности по большей части демонстрируют превосходство женщин. Самооценка более устойчива у мужчин. Устойчивы половые различия по агрессивности: мужчины превосходят женщин в открытой физической агрессии, женщины – в скрытой вербальной. Мужская роль традиционно квалифицируется как инструментальная и деятельная, а женская – экспрессивная и коммуникативная. Психологи полагают, что есть основания считать лидеров (руководителей) обоего пола равно эффективными, однако различающимися по методам достижения результата⁵¹. И т. д., и т. п. Как видим, тендерные психологические исследования весьма многогранны,

оригинальны, хотя далеко не во всем «окончательны», аксиоматичны, бесспорны, что, впрочем, нормально для научного поиска, особенно в гуманитарной сфере.

В юриспруденции тендерная проблематика также получила новые импульсы исследований: от прав человека – к правам человека-женщины, от льгот – к аналитике гендерно нейтральных и гендерно выраженных правовых норм в различных отраслях права.

Впрочем, все-таки и в историческом контексте, и в реалиях сегодняшнего дня преобладающим объектом тендерных исследований продолжает оставаться женский социум, кроме, пожалуй, тендерной психологии. В то же время постепенно усиливается внимание и к проблематике мужской тендерной общности – вплоть до постановки вопроса о выравнивании статуса мужчин со статусом женщин в тех областях социальной регуляции, где «льготирование» последних стало как бы излишним, с провозглашением антитезиса «берегите мужчин» известному тезису «берегите женщин». Колебания чаш этих весов, похоже, в отличие от естественно-научного отрицания «вечного двигателя», заданы бесконечно давно и бесконечно надолго – хоть и имеется распространенная точка зрения, что – с седьмого дня творения...

* * *

По известной версии Ф. Энгельса, опиравшегося на тру-

ды этнографов своего времени, первобытное общество строилось на основе социального равенства полов и происхождения велось по материнской линии. Углубление разделения труда, появление избыточного продукта, частной собственности привело к формированию системы разделения труда между мужчинами и женщинами, становлению патриархального брака (в противовес первой форме индивидуального союза – парного эгалитарного брака) с главенством мужчины, сосредоточением в его руках собственности, передачей оной кровным сыновьям, экономической зависимостью женщин (жены, дочерей и т. д.). Эти изменения, по мнению Ф. Энгельса, привели к «всемирно историческому поражению женского пола»⁵².

Однако, как отмечают современные исследователи вопроса, не все здесь столь прямолинейно и очевидно. Так, длительное время парному браку и парной семье противостояла родья (союз брата, сестры и детей сестры). Парная семья и возникла в конкуренции с материнским родом, который успешно ей противостоял. Избыточный продукт, замена разборных потребительских отношений отношениями «дарообмена» и дележа выстроили, – пишет Ю. И. Семенов, – два уровня распределения. Первый – раздел пищи, одежды и других благ между взрослыми членами коллектива, второй – передача ими части своей доли детям. Автор называет их отношениями кормления, или иждивения. Первым естественным кормильцем была мать⁵³. Она была центром минималь-

ной иждивенческой группы. К ней мог присоединиться хотя бы один взрослый мужчина – и общество в этом было объективно заинтересовано⁵⁴.

При этом взрослые женщины были связаны, с одной стороны, отношениями уравнилельного распределения с мужчинами своего рода (где существовал агамный запрет – запрет половых контактов), а с мужчинами союзного рода – отношениями дарообмена. Это и создавало две возможности для мужчин: либо присоединиться в качестве иждивителей к одной из малых иждивенческих групп своего рода либо союзного рода. Вначале первый выбор был более реальным и привычным: члены рода составляли единство, но самые тесные отношения были между детьми одной матери, т. е. братьями и сестрами, поэтому мужчины, взрослея, вступали в отношения неадекватного перераспределения благ с матерью, младшими братьями и сестрами, а затем и с племянниками.

(В индоевропейских языках вообще и славянских, в частности, слово «брат» происходит от корня «кормить», то же самое можно сказать и о первоначальном смысле слова «отец».)⁵⁵

С накоплением богатств в руках отдельных членов общества возникла тенденция превращения малой иждивенческой группы в единицу хозяйствования и накопления. В результате конкуренция между родьей и парной семьей усилилась. По мнению Ю. И. Семенова, главным стало не то, ко-

го мужчина должен содержать, а то, кому он должен передавать свои накопления. «Семья была группой, – отмечает автор, – более приспособленной к превращению в единицу обособленной собственности», так как не являлась частью рода. Наследование внутри роды (и рода) сменялось на семейное. Это, как правило, предполагало и требовало смены материнского рода отцовским.

Но и тогда еще нельзя было констатировать зарождение патриархических отношений, так как в парной семье и основанном на ней парном браке мужчина и женщина в равной степени принимали участие в общественном производстве, были кормильцами и в экономическом плане (а, следовательно, и других) – равными партнерами. Иногда равенство нарушалось в пользу мужчин или в пользу женщин, однако принципиального значения это не имело.

Что касается углубления разделения между общественным и «домашним» трудом, то первоначально последний далеко не всегда был женским занятием: в ряде случаев рыболовство, постройка хижин и т. п. были монопольным достоянием женщин, а собирательство, приготовление пищи, изготовление одежды и т. п. – достоянием мужчин...⁵⁶

Первоосновой изменения в положении полов явился, – отмечают В. П. Алексеев и А. И. Першиц, – новый порядок межполового разделения труда: пашенное земледелие было сферой главным образом мужчин, скотоводство – почти исключительно мужчин, то же самое можно констатировать о

металлургии и металлообработке, а впоследствии – о гончарстве и ткачестве. Значение мужского труда неизменно поднималось за счет новых производственных приемов (например, даже в ручном земледелии: подсека леса, ирригация, осушение почв и т. п.) и углубления специализации⁵⁷.

При переходе от доклассового общества к классовому возникает частная собственность и начинает действовать закон распределения по собственности. Труд сам по себе перестает давать право на получение доли общественного продукта.

В любом таком зрелом (раннеклассовом) обществе, – продолжает вслед за Ф. Энгельсом Ю. И. Семенов (и многие другие этнографы), – в роли собственников...вы ступают, как правило, мужчины, поэтому именно они включаются в систему первичных отношений распределения и становятся иждивителями не только детей, но и жены. Женщина в классовом обществе является иждивенкой независимо от участия в труде. Что касается домашнего труда, – отмечает автор, – то он не только не является частью общественного, но и противостоит ему, так как протекает в рамках семейно-экономических, а не социально-экономических отношений⁵⁸.

Экономическая зависимость женщин от мужчин стала причиной господства последних в семье и обществе, парные брак и семья превратились в моногамные. К тому же патриархат повсеместно сопровождался переходом к патри-

локальности – замужня женщина попадала в чужую среду, не входя органично в род мужа и в значительной мере утрачивая связь с собственным родом, соответственно все более и более исключаясь из социально-публичной жизни членов родоплеменного общества. Позднее в некоторых обществах, например, у древних римлян, женщина стала формально включаться в род мужа, но уже действовала традиция ее неравенства⁵⁹.

Однако и у Ф. Энгельса (а также других представителей марксизма), и у современных этнографов здесь, как правило, наблюдается некая «черная дыра». Почему собственность неизбежно должна была сосредоточиться в руках мужчин, до конца не вполне ясно (тем более, что известны примеры обществ мужчин-"домоведов")?

Если «разделение труда между мужчиной и женщиной для производства детей» было исторически первым актом в формировании системы разделения труда и до возникновения частной собственности, – отмечает О. А. Воронина, – а «общество было матриархатным и матрилинейным, то почему бы этой собственности не концентрироваться в руках женщин?» Может быть, концентрация собственности в руках мужчин – это вполне удавшаяся попытка отобрать у женщин центральный статус, который базировался на ее способности рожать новых членов общества?.. О. А. Ворониной представляется, что «игра власти вокруг категории пола – вещь очень любопытная и не стоило бы даже ради чисто-

ты классового анализа так легко отбрасывать ее». (Этнографы отмечают отсутствие системной линейной зависимости между собственностью и общественным статусом женщин и мужчин и преувеличение значения кровного родства между наследодателем и наследником.)

Не было ли, – продолжает автор, наоборот, именно возникновение и развитие моногамной семьи, вопреки утверждению Ф. Энгельса, «условием накопления частной собственности в руках мужчин, сумевших вывести детей из-под опеки матери и превратить их (да и женщин) в своих рабов, в свою собственность?!» Автору представляется, что такое агрессивное поведение первобытных мужчин ближе к исторической правде, чем их альтруистическое желание передать собственность именно своему кровному сыну⁶⁰.

Как отмечают В. П. Алексеев и А. И. Першиц, экономические и идеологические принципы патриархата нередко активно внедрялись в жизнь мужскими тайными союзами: например, мужчины – члены таких объединений в масках грозных духов нападали на женщин, вымогая или отбирая их имущество, совершая насилия и даже убийства: при этом «тайные» союзы часто намеренно обнаруживали и афишировали свою антиженскую деятельность⁶¹. История обнаруживает множество мужских обществ («клубов»), где, в отрыве от матерей и других женщин, молодые люди с отрочества воспитывались в «мужских» обычаях, необязательности по-

слушания матери и признания ее авторитета⁶². (Существовали также и женские союзы, «дома», «клубы». Они носили, как правило, вторичный характер и не были воинственными. Так, у африканских народов эти союзы играли роль важного фактора в общественной жизни, так как хозяйственные функции женщины были существенно значимыми⁶³.)

Кроме того, патриархат в эпоху классового образования все же не был универсальным порядком во взаимоотношениях полов. В некоторых обществах господство мужчин не установилось вплоть до возникновения ранних государств, да и то не вполне и окончательно выраженное – с сохранением влиятельного положения женщин. Однако, – подчеркивают авторы «Истории первобытного общества», – в большинстве своем это были общества, в которых практиковалось именно ручное земледелие, что еще раз с очевидностью указывает на роль межполового разделения труда, его влияния на отношения собственности и последующего переворота в положении полов⁶⁴. Это же подтверждается и гораздо более ранними исследованиями: в местах, где кормились преимущественно охотой, значение женщины было не очень велико, где же плодами земли, – господствовало влияние женщины (жены)⁶⁵. «Руки женщины, – пишет Ю. Липперт, – впервые вертели жернов, она первая, ради своей дорогой ноши – ребенка, участвуя в охоте, заботливо, с трудом отыскивала и собирала питательные семена злаков, и там, где они росли,

избирала место для очага, а впоследствии научилась искусно выращивать их... Таким образом женщина дала образец предусмотрительного трудолюбия и сделалась матерью земледелия»⁶⁶.

Длительное время сохранялся у ряда народов (Древний Египет, Древняя Греция, африканские государства Лунда и Буганда и др.) и материнский счет родства. В Древнем Египте, иньском Китае, древней Спарте женщина, как известно, обладала достойным общественным статусом⁶⁷.

Известны и более современные примеры. Так, среди аборигенов Австралии встречаются женщины, которые никогда не подчиняются мужчинам и говорят с ними как равные, являются примирительницами во время драк между мужчинами, членами совета старейшин и даже главами общин⁶⁸.

Впрочем, О. А. Ворониной не кажется принципиально важным, что явилось причиной закабаления женщин и детей в семье: накопление собственности в руках мужчин или, наоборот, «первоначальный акт агрессии способствовал накоплению собственности, которая содействовала утверждению власти мужчин» в семье и социуме. Гораздо важнее, с ее точки зрения, что формирование патриархатной (моногоамной) семьи явилось началом становления патриархатных структур. Стратификация общества (в нашем случае – на гендерной основе) породила и продолжает воспроизводить антагонизм между полами, который может быть преодолен

через «снятие» «маскулинистской идеологии» и патриархатного принципа социальной организации⁶⁹.

Полагаем все же, что не только результат (следствие), но и причина в нашем случае (как и во всех других) принципиальна. Другое дело, что системная теория таковой причины (причин) в философии, социологии, этнографии (а, может быть, и психологии), видимо, пока не созрела...

Поэтому будем иметь дело со следствием, т. е. с патриархическим типом организации общества. Естественно, он проявляет себя во всем – от филологии до политики, бизнеса, труда, семьи, иных социальных контактов. Тендерная асимметрия вездесуща.

Так, далеко гендерно не нейтрален язык – как на лексическом, так и на грамматическом уровне: многие лексико-грамматические структуры языка отражают одну из тенденций патриархической культуры – отождествлять «мужское» с «человеческим», а «женское» – с особенным, специфическим (заявления о «женской логике» и т. п.). Все это создает определенный психолингвистический эффект и активно кодирует как мужское, так и женское сознание. (Отсюда – известные требования «непримиримых» феминисток создавать мужские и женские варианты ключевых и даже, пожалуй, большинства слов нашего бытия.) Впрочем, и здесь не все прямолинейно: даже в сфере идеологии – ряд ключевых обозначений имеют женское начало («Родина-мать», Мать Россия, вера и т. д.)⁷⁰.

Политический и экономический менеджмент – также «маскулинны»⁷¹. Известно, что участие женщин в политике крайне неравномерно и во времени (XX–XXI вв.), и в пространстве. Традиционно высок процент женщин-парламентариев и женщин – высших государственных служащих в странах Северной Европы, постепенно этот показатель растет в Нидерландах, Германии, Испании. Впрочем, весьма значительное представительство было и в некоторых странах бывшего «социалистического лагеря». Например, в Румынии количество женщин, «избранных» в парламент при диктатуре Чаушеску, достигало 34 % (частично они выбирались в счет квот «рабочих» и «крестьян», чтобы убить сразу двух «политических зайцев»; их редко переизбирали на новый срок). В Албании «женщин часто сажали в президиум торжественных собраний, как цветы в горшках на подоконнике – для украшения»⁷². В «перестроечном» Советском Союзе доля женщин (выборы 1989 г.) снизилась наполовину – до 16 %. В современной России их еще меньше: 1996–1999 гг. – 9,7 %, 1999–2003 гг. – 7,6 %⁷³. Как отмечает Н. В. Досина, Россия входит в восьмую (из десяти) группу государств, в которых доля женщин-парламентариев составляет 5,0–9,9 % (Албания, Андорра, Бразилия, Венгрия, Гвинея, Гондурас, Греция, Грузия, Индия, Индонезия, Камбоджа, Мадагаскар, Монголия, Панама, Румыния, Украина, Узбекистан, Югославия, Япония и др.)⁷⁴. «На редкость по-

пулярна, – пишет И. М. Хакамада, – «вечная убогая вариация на тему «женщина и политика – две вещи несовместные». Класть асфальт? Пожалуйста. Бороздить космические просторы? Пожалуйста. Ловить преступников? Пожалуйста. Снайпер, укротительница, военный репортер? Пожалуйста. А в политику – извини. Потому что власть»⁷⁵.

По мнению известных российских женщин-политиков, столь существенный дисбаланс власти негативно сказывается во всех областях жизни, но в первую очередь, конечно, в сферах и соответствующих им отраслях законодательства, касающихся интересов женщин и детей⁷⁶.

«Общеизвестно, – пишет М. Арбатова, – что основные решения на планете принимает небольшое количество белых мужчин среднего возраста, вышедших из среднего класса. Остальные вынуждены жить в мире, увиденном их глазами и существующем по придуманным ими схемам»⁷⁷.

Однако результативность участия женщин в политической жизни нашей страны постепенно возрастает. Достаточно высокую степень признания получили, в частности, у ярославцев, И. Хакамада (100 % опрошенных граждан признали за ней способность обеспечения конкурентной политической борьбы по правилам согласования интересов), Е. Мизулина (93,3 %), В. Матвиенко (39,9 %), Л. Слиска (34,7 %), Э. Панфилова, В. Терешкова, Е. Лахова, С. Горячева, А. Федулова – итого 17 женщин-политиков⁷⁸. (Что касается ста-

тистической и содержательной аналитики ситуации на рынке труда, включая экономический менеджмент, то она будет представлена в разделе, посвященном проблемам тендерного равенства в сфере труда.)

* * *

К наиболее интенсивным, эмоциональным (вплоть до агрессии) и политически результативным явлениям XIX, XX веков и начала XXI веков относится феминизм. Прежде всего, особенно вначале, он имел политическую окраску – недаром процесс уравнивания прав мужчины и женщины, установления тендерного равенства (пусть и весьма относительно) в западных странах называют «тихой женской революцией»⁷⁹.

«Западные интеллектуалки старшего поколения, – отмечает М. Арбатова, – провели молодость в карнавальной борьбе за право опускать бюллетень в урну: ходили на демонстрации, разбрасывали листовки, били витрины магазинов, сжигали бюстгальтеры на центральных площадях городов, запрещали мужчинам целовать руку, платить в ресторане и нести тяжелую сумку. Ведь француженки, венгерки, итальянки, японки, вьетнамки, югославки, румынки и гречанки начали голосовать только после второй мировой. А, скажем, скандинавки, россиянки, канадки и американки – еще до двадцатого года. Новозеландки решили эту проблему аж

в 1893 году, а перуанки только в 1979-м»⁸⁰.

Феминизм может использовать в своих целях практически все основные системы политической и моральной философии, сохраняя при этом принципиальное единство, которое фокусируется в общем стремлении положить конец угнетенному положению женщин и добиться подлинного равенства. На феминистских конференциях часто висят плакаты со словами Джойс Стивене: «...Потому что женская работа никогда не кончается и не оплачивается или оплачивается ниже, или она скучна и однообразна, и нас первыми увольняют, и то, как мы выглядим, важнее того, что мы делаем, и если нас изнасилуют, то это наша вина, и если нас избili, значит, мы это спровоцировали, и если мы повышаем голос, то мы скандалистки, и если мы получаем удовольствие от секса, значит, мы нимфоманки, а если нет, то фригидны, а если мы ждем от общества заботы о наших детях, то мы эгоистичны, и если мы отстаиваем свои права, то мы агрессивны и неженственны, а если нет, то мы типичные слабые женщины, и если мы хотим замуж, значит, мы охотимся на мужчину, а если не хотим, то мы ненормальные, и потому что мы до сих пор не имеем надежных и безопасных контрацептивов, когда мужчины ни за что не отвечают, и если мы боимся ответственности или отказываемся от беременности, нас делают виновницами абортaв и... по многим другим причинам мы участвуем в женском движении»⁸¹.

Различие между направлениями феминизма, полагает Б.

Н. Кашников, заключается главным образом в вопросе методологии и методик преодоления тендерной несправедливости⁸². На наш взгляд, это не совсем так, ибо в разнообразных течениях феминизма все же присутствуют попытки определиться с базисными предпосылками тендерного равенства и неравенства.

Так, в поисках решения «женской части» тендерной проблематики феминизм (во всей многоликости его течений) в качестве ключевой дискутируемой идеи опирается на «дилемму сходства или различий мужчин и женщин». Обойти этот вопрос невозможно, так как принципиальные природные различия очевидны. Вся традиционная культура строится на идее противоположности (и в значительной степени – иерархичности) мужского и женского начал⁸³.

На одном полюсе – концепция особой женской сущности. В рамках этой концепции презюмируется, что все женщины подобны друг другу и принципиально отличаются от мужчин (причем в лучшую сторону...). На этой основе политика равных прав невозможна⁸⁴.

На другом полюсе – идея либерального феминизма о сходстве (и даже тождестве) женщин и мужчин, где в качестве основания заложена идея о том, что они равно (тождественно) рациональны. «Такое понимание равенства, – отмечает О. А. Воронина, – закономерно приводит либералок к убеждению, что любые отличия женщин препятствуют до-

стижению ими равенства с мужчинами»⁸⁵. Не найдя ответа на вопрос о возможности равенства между мужчинами и отличными от них женщинами, либеральные феминистки и вынуждены отрицать различия во имя достижения социального равенства.

Однако подобные гендерно безразличные идеология и основанные на ней законодательство неизбежно игнорируют реалии жизни – и прежде всего репродуктивную роль женщины. Беременность и материнство не есть разновидность «обычного расстройства здоровья» и одна из обычных функций человека. В ситуации деторождения равные права приводят к большей нагрузке на женщин. Значит, в этом вопросе они должны быть «немного более равными».

Между двумя полярными идеями истину, как известно, следует искать посередине. В результате постепенно сформировался так называемый «комплексный подход», основанный на новом понимании равенства, с точки зрения соотношения сходства и различия, попытки диалектически сочетать эти понятия. Равенство подразумевает равное положение, независимость, ответственность и всеобъемлющее участие женщин и мужчин во всех сферах общественной и частной жизни; проблема состоит не в том, что различия существуют, а в том, что они не должны вести к дискриминации⁸⁶.

Основная дилемма феминизма о сходстве и различии мужчин и женщин, кроме того, в значительной степени

«снимается» еще одной достаточно очевидной констатацией: и то, и другое присутствует, но пропорции весьма условны, так как при явном природно-объективном различии полов внутри каждого из них существует многоплановая дифференциация характеров, способностей, потребностей (не говоря уже о нетрадиционных аспектах сексуальной ориентации, где единство мужского и женского начал – не только идеологема, условность, но в ряде случаев – реальное бытие...). Телеология человека, представляющая его в качестве фокуса мироздания, «располагает многими и вескими основаниями считать, что функцию венца мироздания далеко не в равной мере выполняют все человеческие существа, все члены всякого сообщества, где бы и когда бы оно не присутствовало в мироздании»⁸⁷.

(При этом, как точно подметила М. Арбатова «за себя и за ту женщину»: «Всякий раз, когда я не даю вытирать о себя ноги, меня называют феминисткой!»⁸⁸. Женщине «функцию венца мироздания» выполнять все же труднее – по обстоятельствам жизни, организованной в основном мужчинами.)

По отношению к проблеме развития демократии и политического участия, – отмечает Н. В. Досина, – в настоящее время феминистская критика развивает три позиции. Первая – отказ от строгого деления субъектов политики на мужчин и женщин, от активного подавления сходств и конструирования различий, от жесткой дихотомии «тендер или политика». Вторая – признание важности социокультурного

влияния тендера на мотивацию политических действий, основы принудительных нормативных механизмов взаимодействия социально-половых групп мужчин и женщин в политике. Третья позиция – всесторонняя оценка процессов социального контроля над обществом со стороны власти⁸⁹.

Тендерная идея, – продолжает автор – это необходимость гармонизации двух социально-половых групп в обществе – мужчин и женщин – при учете биологических особенностей обеих групп. Она направлена на раскрытие их личностного потенциала, на налаживание их партнерства во всех социальных институтах общества⁹⁰. Тендерная идея формирует тендерную идеологию (систему соответствующих взглядов о построении общества с учетом тендерного фактора) и тендерную стратегию (совокупность принципов и методов организации политической и общественной жизни в контексте взаимодействия мужчин и женщин)⁹¹.

* * *

Таким образом, преодоление патриархатного вектора социальной организации необходимо (как, вероятно, объективным образом когда-то был преодолен вектор матриархатный), хотя до «тендерного контракта» как некоего социального договора между полами в мировом и российском контексте еще весьма далеко. Постепенное «сложение векто-

ров» должно привести к тому, что женский взгляд на политику, законодательство, менеджмент, семью и т. д. будет признаваться и приниматься в качестве объективной и потому обязательной предпосылки целостного понимания и освоения мира.

Пройти по этому «лезвию бритвы» – долгая и сложная задача. Тем почетнее мужчинам и женщинам попытаться ее решить – «мужество быть рождается из органического сочетания в одной и той же личности мужества быть собой и одновременно мужества быть частью»⁹².

1.2. ТЕНДЕНЦИИ ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫХ РЕШЕНИЙ ГЕНДЕРНЫХ ВОПРОСОВ

Социальный статус человека-мужчины и человека-женщины зависит от множества факторов институционального, социально-экономического и идеологического порядка (политических системы, режима и культуры, тендерного законодательства; состояния экономики; взглядов на роль мужчины и женщины в обществе). В результате их взаимодействия возникают, развиваются и укрепляются во времени и пространстве несколько типов государственной тендерной политики⁹³.

Патриархатный тип базируется на триаде «семейная постель, дети, кухня» (в известном немецком варианте – «кухня, дети, церковь») для женщины и триаде «политика, профессия, заработок» для мужчины. Патерналистский тип характеризуется государственным протекционизмом по отношению к женщине на основе формального равноправия полов в ключевых областях жизни. Либеральный тип государственной тендерной политики, – отмечает О. А. Хасбулатова, – основан на сочетании в модели взаимоотношений полов, с одной стороны, тенденций выравнивания статуса и возможностей мужчин и женщин в публичной и част-

ной сферах, с другой, – дискриминации по признаку пола в сферах политики, менеджмента и занятости. Это неизбежно приводит к конфликту двух ролей женщины – профессиональной и семейной⁹⁴.

Эгалитарной является политика, ориентированная на укрепление как формально-правового равенства статусов мужчин и женщин, так и реальных возможностей его осуществления. Акцент делается на социокультурные, а не биологические тендерные различия, достаточно тщательный и всесторонний просчет тендерных последствий принимаемых решений. Такая политика предполагает преодоление патриархических стереотипов о мужских и женских ролях в обществе, создавая благоприятное общественное мнение о тендерном равенстве, обеспечивает равный доступ мужчинам и женщинам к ресурсам в сфере политической деятельности, трудовой занятости, доходов, облегчает ведение домашнего хозяйства и т. д.⁹⁵.

Очевидно, что последний вариант государственной тендерной политики более всего отвечает современным тенденциям «западной» части мирового сообщества, хотя, за некоторыми исключениями, является на данном этапе скорее идеальной целью и некоторой неисчерпательной совокупностью способов ее достижения, нежели реальным результатом в отдельно взятом государстве или государствах. Тем более, что эгалитарный подход базируется на объективном противоречии равных прав и тендерных различий, что, в свою оче-

редь, приводит к своеобразным «перекосам» и проблемам. Так, некоторые «лобби по равному обсуждению» (США) считают, как мы уже отмечали ранее, беременность одним из многочисленных человеческих опытов, а не уникальным событием, разновидностью «расстройства здоровья», так как для обоих случаев типичны сходные характеристики – потеря дохода, временная нетрудоспособность, рост медицинских расходов...⁹⁶ В Швеции, где создана одна из самых благоприятных «политик для женщин», констатируется высокий уровень сегрегации по половому признаку: женщины сконцентрированы на низкооплачиваемых и низкостатусных работах, (в том числе приспособившись к карьерным устремлениям супругов). Кроме того, кампания 90-х годов «Папа, вернись домой!», несмотря на серьезную нормативно-правовую поддержку усиления семейной роли отцов, не достигла запланированных результатов. В Норвегии в этот же период на правительственном уровне стали высказываться идеи о возможности использования квот при приеме на работу мужчин в областях традиционной занятости женщин⁹⁷. И т. д.

* * *

Нормативно-правовыми базисными предпосылками становления и развития тендерных составляющих внутренне-

го (национального) законодательства являются международно-правовые документы. Их подробная аналитика дается в трудах, специально или преимущественно посвященных данному вопросу⁹⁸, поэтому мы ограничимся лишь наиболее общими констатациями.

Во-первых, в качестве стратегических источников должны рассматриваться все международные конвенции о правах человека, начиная с Устава ООН 1945 г., Всеобщей Декларации прав человека от 10 декабря 1948 г. и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.

Так, именно в Уставе ООН впервые на международном уровне была декларирована ценность прав человека и принцип равноправия, в том числе по признаку пола: «Мы, народы объединенных наций, преисполненные решимости... утвердить веру в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности, в равноправие мужчин и женщин и в равенство прав больших и малых наций, и создать условия, при которых могут соблюдаться справедливость и уважение к обязательствам... решили объединить наши усилия для достижения этих целей.»

Источниками второго типа являются конвенции и другие международно-правовые документы о правах женщин – Конвенция о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности от 29 июня 1951 г. (и другие – подробно о международно-правовом обеспечении трудовых

прав женщин см. в соответствующем разделе данной работы), Конвенция об охране материнства от 28 июня 1952 г. (о медицинской помощи беременной женщине и женщине-матери, отпуске по беременности и родам, уходу за грудным ребенком, необходимых социальных выплатах и т. д.), Декларация о ликвидации дискриминации в отношении женщин от 7 ноября 1967 г., Конвенция о политических правах женщин от 20 декабря 1952 г. (равные пассивные и активные избирательные права; равное право с мужчинами занимать должности на общественно-государственной службе – ст. 1–2), Конвенция о борьбе с дискриминацией в области образования от 14 декабря 1960 г. (п. а ст. 2 – о возможности сохранения раздельного образования для учащихся разного пола – только при обеспечении равного доступа к образованию), Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 18 декабря 1979 г., Декларация об искоренении насилия в отношении женщин от 20 декабря 1993 г., Декларация о защите женщин и детей в чрезвычайных обстоятельствах и в период вооруженных конфликтов от 14 декабря 1974 г., Пекинская декларация 1995 г. и др.

В указанной Конвенции 1979 г. дана (впрочем, без претензии на универсальность) дефиниция понятия «дискриминация в отношении женщин»: «любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, пользование или осуществление женщинами, независимо от их семейного по-

ложения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области» (ст. 1); предписано включение принципа тендерного равноправия в национальные конституции или другое соответствующее законодательство – с обеспечением средств его практического осуществления (ст. 2), принятие специальных мер, направленных на ускоренное установление фактического равенства – с последующей их отменой по достижении указанной цели (п. 1 ст. 4); при этом заявлено, что специальные меры по охране материнства не являются тендерной дискриминацией (п. 2 ст. 4). Особо следует отметить призыв к государствам-участникам «изменить социальные и культурные модели поведения мужчин и женщин», дабы искоренить предрассудки и упразднить обычаи, основанные на идее «неполноценности и превосходства одного из полов или стереотипности роли мужчин и женщин» (п. а ст. 5). Участники также призваны обеспечить равные тендерные возможности во всех отраслевых законодательствах (избирательном, административном, трудовом, гражданском, семейном и т. д.).

В Конвенции о согласии на вступление в брак, минимальном брачном возрасте и регистрации брака от 7 ноября 1962 г. предусмотрены: 1) обязательность взаимного согласия на брак и личного присутствия при его государственной регистрации (кроме особых обстоятельств) (ст. 1); 2) уста-

новление минимального брачного возраста (кроме исключений по уважительной причинам в интересах сторон) (ст. 2).

В Конвенции о гражданстве замужней женщины от 20 февраля 1957 г. установлено, что заключение (расторжение) брака, приобретение мужем гражданства другого государства или отказ от гражданства не влекут автоматического следования этим юридическим фактам гражданства жены (ст. 1–2).

В-третьих, интересующая нас информация содержится в специализированных («отраслевых») конвенциях, напрямую и непосредственно со статусом женщин не связанных. Так, в Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. предусмотрены равные права и ответственность обоих родителей (ст. 3, 18, 27 и др.), заботу о матери ребенка (ст. 24), воспитание ребенка в духе равноправия мужчин и женщин (п. 1 ст. 29). В Конвенции о правах человека и биомедицине от 4 апреля 1997 г. объявлен запрет на использование вспомогательных репродуктивных технологий в целях выбора пола будущего ребенка (ст. 14), а в Дополнительном протоколе к ней от 12 января 1998 г. – запрет клонирования человеческих существ.

* * *

С той или иной степенью представленности и глубины Гендерное равенство закреплено в конституциях многих го-

сударств мира.

В первом основном законе России (после революционно-го переворота 1917 г.) – Конституции РСФСР 1918 г. – был декларирован в самом общем виде скорее принцип равенства трудящихся, нежели всеобщее и Гендерное равенство (ст. 3, 7, 18, 64 и др.): мужчина и женщина («лица обоего пола») равны в своем статусе как трудящиеся, в том числе в сфере избирательных прав. Конституция СССР 1924 г. человека как субъекта права проигнорировала.

В Конституции СССР 1936 г. впервые в истории России (СССР) включены положения именно о тендерном равенстве (ст. 122: «Женщине в СССР предоставляются равные права с мужчиной во всех областях хозяйственной, государственной, культурной и общественно-политической жизни») и особо – при реализации пассивного и активного избирательного права (ст. 135, 137). В качестве конституционных был объявлен также принцип охраны материнства (п. 2 ст. 122).

В Конституции СССР 1977 г. принцип равенства, в том числе по признаку пола, был воспроизведен в нормах ст. 34 (равенство граждан, в том числе независимо от пола), ст. 35 (равенство прав мужчины и женщины, льготирование материнства), ст. 53 (равноправие супругов в семейных отношениях). Причем, в проекте данного основного закона было записано: «Женщина в СССР имеет равные права с мужчиной». Это означало бы, что «эталон» правового стату-

са является мужчина. Последовали критические замечания специалистов и общественности⁹⁹ – и формула подверглась корректировке, стала гендерно нейтральной.

Действующая Конституция Российской Федерации 1993 г., легитимированная всенародным референдумом, провозгласила новые ценности – права человека. Права человека-женщины, с одной стороны, неотрывны от общего контекста прав человека, с другой – именно ради решения «женского вопроса» в основной закон были включены положения о «равных возможностях» (кроме традиционной формулы о равенстве граждан перед законом независимо от пола).

Экспертами российского конституционного законодательства предлагаются различные схемы анализа конструкций тендерного равенства. Однако поскольку нормативные предписания этого уровня и по этому вопросу достаточно декларативны и одновременно вполне очевидны, принципиальных расхождений в их исследовании нет. Так, Л. Н. Завадская рассматривает данную проблему через призму четырех параметров: первый – права человека как универсальный стандарт политических, гражданских (в государственно-правовом смысле), экономических, социальных и культурных прав и свобод для человека-мужчины и человека-женщины; второй – собственно права человека-женщины; третий – взаимодействие прав, свобод, обязанностей и ответственности; четвертый – равные возможности граждан,

в том числе по признаку пола¹⁰⁰.

В частности, анализируя конструкцию тендерного равенства через призму второго параметра, автор отмечает, что права человека-женщины – это «философия отрицания единства стандарта без учета тендерных различий и, помимо этого, отрицание стандарта мужского как универсального»¹⁰¹. Разумеется, ключевой предпосылкой такого отрицания являются репродуктивные функции женщины и соответственно ее статус матери. На конституционном уровне это не ведет к существенной тендерной асимметрии. Однако на уровне отраслевого законодательства и практики его применения асимметрия проявляется. Видимо, отцовство как социально-правовое явление также требует будущего конституционного акцентированного признания...

* * *

Основные направления развития российского права и законодательства в контексте тендерного равенства, по мнению аналитиков проблемы, сосредоточены в избирательном нормативно-правовом блоке, трудовом и социально-обеспечительном, административном, семейном, уголовном, уголовно-исполнительном.

Так, специалисты справедливо настаивают на необходимости разработки концепции избирательной системы, наи-

более полно учитывающей полифонию политических взглядов и интересов в российском обществе – с соответствующим конституционно-правовым регулированием «избирательных» отношений (принципы избирательного права, избирательный статус граждан, особо оговорив статус граждан-женщин, составляющих относительное большинство населения)¹⁰². Мировая практика показывает, что актуальная задача увеличения женского представительства в высшем, региональных и муниципальных законодательных органах требует принятия закона (законов) о тендерных партийных квотах, гарантиях равного доступа кандидатов к финансовым ресурсам, СМИ и т. д.

Например, З. М. Зотова предлагает проект нормы о 70 %-ном тендерном ограничителе (по лицам одного пола)¹⁰³. Н. А. Шведова отмечает, что наряду с «жестким» квотированием (Италия – 50 % пропорционального представительства по партийным спискам, Аргентина, Бразилия – 20 % и т. д.), «мягким» решением (безлимитная норма об обязательности тендерного представительства – Бельгия, Аргентина, Непал и др.) существует, при том наиболее популярное, правило одобрения политическими партиями неформальных квот для женщин-кандидаток (Австралия, Великобритания, страны Скандинавии и др.)¹⁰⁴.

Н. В. Досина подчеркивает, что по смыслу международно-правовых документов речь, собственно, идет не о жен-

ских, а о тендерных квотах, обеспечивающих «критическое меньшинство» (от 30 до 40 %) женщин на всех уровнях власти¹⁰⁵. (Кстати, автор отмечает определенные успехи в этом вопросе политической партии Единой России, включившей на последних выборах в свою программу особый раздел, направленный на урегулирование тендерных отношений в обществе, в том числе в части продвижения женщин в структуры всех ветвей власти, назначения их на высшие должности и т. д.)¹⁰⁶ Н. Д. Стрекалова полагает разумной «критической массой» не менее 30 % представительства – это позволяет женщинам оказывать существенное влияние на политику; если же процент более 30, то уже можно рассчитывать на постановку, решение проблем и реальное осуществление программ, затрагивающих интересы женщин и детей¹⁰⁷.

Соответственно административное законодательство, следуя за избирательным, должно предусматривать квоты и иные гарантии участия женщин в управлении всех уровней. Так, в проекте Федерального закона (№ 284965 – 3), внесенном в Государственную Думу РФ депутатами В. В. Володиным, Е. Ф. Лаховой, О. В. Морозовым, Г. И. Райковой «О государственных гарантиях равных прав и свобод мужчин и женщин и равных возможностях для их реализации» (принятом в первом чтении), предусматривается глава об указанных гарантиях и, в частности, положение о приоритете в процессе участия в конкурсе на замещение вакантных го-

сударственных должностей лица того пола, который составляет меньшинство на данной должности или государственной службе (ст. 13); формировании с учетом принципа равноправия полов Конституционного Суда, Верховного Суда, Высшего Арбитражного Суда РФ и аудиторов Счетной палаты (ст. 19).

(Не вдаваясь в подробности и их аналитику, хотелось бы также отметить противоречивую позицию православной церкви: отдавая дань высочайшего уважения Богородице, она не пускает женщин в свои духовные структуры (кроме женских монастырей и гражданских лиц в административном аппарате, например, юрисконсульты). Между тем, известно, что подобная строгость сопровождает не все христианство. «Когда на приеме в финском посольстве, – пишет М. Арбатова, – молодой красивой пасторше (скандинавский мир развитого феминизма не считает женщину существом второго сорта и в религиозной деятельности тоже) в деловом элегантном костюме задали вопрос о дискриминации, она кивнула: «В нашей стране тоже есть дискриминация. Когда я пришла брать приход, мне сказали, что у меня трое детей и, вероятно, мне будет трудно справляться с ними и с работой. На это я ответила: «У моего мужа тоже трое детей, но никто не смеет задавать ему подобные вопросы»¹⁰⁸.)

Аналитики гендерной асимметрии уголовного законодательства отмечают, что последняя может проявляться в двух областях: при установлении уголовной ответственности (ви-

дов преступлений, описании признаков составов преступлений) и при описании условий применения различных видов наказаний, т. е. при регламентации условий реализации уголовной ответственности¹⁰⁹. В первом случае данный аспект присутствует прежде всего в преступлениях против личности (женщина – субъект преступления ст. 106 УК РФ – убийство матерью новорожденного ребенка; потерпевшая от незаконного производства аборта – ст. 123). С. В. Полубинская констатирует, что введением в УК РФ уголовной ответственности (плюсом к изнасилованию) за все иные насильственные действия сексуального характера (ст. 131, 132) ликвидирована тендерная асимметрия в смысле равной уголовно-правовой охраны половой свободы и половой неприкосновенности женщин и мужчин¹¹⁰. В УК РФ введена также глава о преступлениях против семьи и несовершеннолетних (ст. 150–157). Устанавливая ответственность за вовлечение в занятие проституцией, уголовный закон не указывает пол вовлекаемого лица (ст. 240); аналогично – об ответственности за организацию и содержание притонов для занятия проституцией – (ст. 241). Одновременно автор полагает преждевременным исключение из российского уголовного закона ответственности за преступления, составляющие пережитки местных обычаев – это привело к непредсказуемым на тот момент последствиям (например, попытке введения многоженства в Ингушетии)¹¹¹.

Л. Л. Кругликов отмечает определенную избыточность норм о преступлениях сексуального характера – сохранении состава изнасилования (ст. 131) как частного случая запрета любых насильственных актов (ст. 132). Однако, – считает автор, – учитывая высокую криминогенность этих «частных случаев» и «известную дань традиции, наличие преемственности в праве, следует поддержать принятое законодателем решение», соответственно ст. 132 должна применяться «по остаточному принципу»¹¹². К группе преступлений, связанных с сексуальным насилием и относящихся к исследуемой проблематике, Л. Л. Кругликов причисляет также преступления, предусмотренные ст. 151, п. «е» ч. 2 ст. 152., ст. 240 УК. На обеспечение прав и свобод направлены и предписания ст. 136, устанавливающей за их нарушение уголовную ответственность (одно из одиннадцати оснований в диспозиции данной нормы – нарушение равенства в зависимости от пола). В то же время автор полагает, что в определенном осмыслении нуждаются предписания ст. 145 УК: в одной своей части (наказуемость необоснованных отказа в приеме на работу или увольнения женщины по мотивам беременности) они, подтверждая неизбежность социальной дифференциации, не являются «антитезой равенства граждан»; в другой части позиция законодателя уязвима, так как уголовная ответственность наступает только за указанные выше действия в отношении женщины, имеющей ребенка до 3 лет – между тем, потерпевшим может оказаться и отец-одинач-

ка¹¹³.

Тендерная экспертиза уголовно-исполнительного законодательства показывает, что в своей основе оно соответствует принципу тендерного равенства, а установленные в нем нормы о преимуществах и привилегиях женщин обоснованны и необходимы, так как большинство из них связаны с беременностью женщин, рождением и воспитанием детей. Правда, некоторые из них, отмечает А. С. Михпин, например, отбывание наказания в менее суровых режимных условиях, объясняются «меньшей общественной опасностью женщин»¹¹⁴ (что, впрочем, полагаем несколько спорным, особенно по отдельным специальным составам преступлений). В то же время автор предлагает ряд изменений, в частности: разрешить отсрочку отбывания наказания мужчинам, осужденным за преступления небольшой и средней тяжести, если они имеют детей до 8 лет (при отсутствии матери); предусмотреть в законе раздельное содержание беременных женщин и женщин с детьми (в домах ребенка при исправительных колониях) – и в улучшенных условиях; установить, что осужденные женщины, получающие государственные пособия на детей, вправе расходовать эти средства только целевым образом (продукты питания, детские вещи)¹¹⁵.

В уголовно-процессуальном законодательстве тендерная симметрия абсолютна – речь в нормах, так или иначе отражающих этот аспект, идет только о лицах противоположного

пола (например, ч. 4 ст. 179, ч. 3 ст. 184, ч. 2 ст. 290 УПК РФ предписывают участие лиц одного пола или врача при освидетельствовании лица, личном обыске и т. п.). Большинство других отраслей – гендерно нейтральны.

Гражданско-правовые тендерные контексты будут отмечены нами в рамках аналитики семейного законодательства. Вопросы тендерного равенства в сфере труда и занятости и социально-обеспечительный тендерный контекст – также в специальном разделе настоящего исследования.

Глава 2

ГЕНДЕР В СЕМЕЙНО-ПРАВОВОЙ СФЕРЕ: РОССИЙСКАЯ ВЕРСИЯ

2.1. ИСТОРИЯ ВОПРОСА

*Хотя, стремясь достигнуть и познать,
мы глупости творили временами,
всегда в нас было мужество признать
ошибки, совершенные не нами.*

И. Губерман

Семья с давних времен является «сотовой ячейкой» социума, его «атомом», в котором, как и в атоме собственно физическом, сосредоточена могущественная энергетика бытия. Строение и виды этого социального феномена были и есть различны: родья, неустойчивая парная семья, основанная на свободном парном браке, сложноструктурная патриархальная семья с крепкими связями по линии супружества, родства и свойства, полигамные, моногамные и эгалитарные брак и семья.

Во взаимодействии трех разноуровневых субъектов (общества, семьи, как малой группы, индивида) меняются основания и верхушки «пирамиды»: на вершине – общество, внизу – индивид и наоборот; семья же продолжает занимать свое центральное место в этой иерархии, по-прежнему являясь каналом разрешения противоречий между социумом и индивидом¹¹⁶. И ее собственные центробежные силы слабее центростремительных.

Брак как союз мужчины и женщины, характеризующийся их совместным проживанием, ведением общего хозяйства и другими элементами общности – традиционный оплот семьи. Однако, были и есть семьи на основе вдовства, развода, союза близких родственников без родителей, внебрачного материнства (редко – отцовства), конкубината (фактического брака). Растет число повторных браков с детьми от браков предыдущих. Экстримом, входящим в «моду», становятся однополые союзы (партнерства). Операции по смене пола, новейшие репродуктивные технологии, включая суррогатное материнство... и т. д. Все эти явления прошлого и настоящего суть неизбежные объекты регуляции со стороны обычая, этики и права, а среди них – в первую очередь брак и родительство.

За рамками формально-правовой определенности брак рассматривается как религиозное, нравственное, социально-психологическое, экономическое, физиологическое явление – во взаимодействии этих сущностей.

Более всего цивилисты старой российской школы обращали внимание на первые два аспекта. «С точки зрения религии, – писал Д. И. Мейер, – брак представляется учреждением, состоящим под покровительством божества; по учению же православной церкви – даже учреждением, совершаемым с его участием, – таинством... Равным образом и закон нравственный, независимо от религии, принимает в свою область учреждение брака и признает его союзом двух лиц разного пола, основанным на чувстве любви, который имеет своим назначением – пополнить личность отдельного человека, неполную в самой себе, личностью лица другого пола»¹¹⁷.

Единение религиозно-нравственной природы данного союза показано во многих вошедших в историю определениях. Например: «Брак есть мужеви и жене сочетание, божественныя же и человеческия правды общение»¹¹⁸. В. С. Соловьев отмечал: «В нашей материальной среде *нельзя сохранить истинную любовь, если не понять и не принять ее как нравственный подвиг*. Недаром православная церковь в своем чине брака поминает святых мучеников и к их венцам приравнивает венцы супружеские»¹¹⁹.

Единение духовного и естественного отражено и во многих других суждениях. Так, отец Сергей Булгаков полагал, что полнота образа Божия связана с двуполостью человека и что «полный образ человека есть мужчина и женщина в соединении в духовно-телесном браке... девственное соеди-

нение любви и супружества есть внутреннее задание христианского брака»¹²⁰. Единению этического и юридического также нашлись определения: «Брак, – пишет Гегель, – есть правовая нравственная любовь»¹²¹.

Со времен Древнего Рима брак полагали также договором. Третий классический взгляд на брак основывается не на представлениях о нем, как таинстве или договоре, а как явлении (отношении) особого рода. Договор, – утверждал И. Кант, – не порождает брак, так как всегда имеет некую временную цель, при достижении которой себя исчерпывает, брак же охватывает всю человеческую жизнь и прекращается не достижением определенной цели, а только смертью людей, состоявших в брачном общении¹²². Придавая данной позиции юридическую форму, И. А. Загоровский подчеркивал, что брак «в происхождении своем заключает элементы договорного соглашения, но в содержании своем и в прекращении далек от природы договора; как содержание брака, так и его расторжение не зависят от произвола супругов»¹²³. Поддерживает эту мысль и Г. Ф. Шершеневич: с одной стороны, брак есть соглашение мужчины и женщины с целью сожителства, заключенное в установленной форме, с другой, брак не есть обязательство, хотя то и другое может быть основано на договоре; брачное соглашение «не имеет в виду определенных действий, но, как общение на всю жизнь, оно имеет по идее нравственное, а не экономическое содержа-

ние»¹²⁴. Здесь уместно вспомнить оригинальное суждение А. Л. Боровиковского, который в конце XIX века, сравнивая существо дел из гражданских и «семейственных» правоотношений, писал: «Любят ли друг друга должник и кредитор – вопрос праздный. Этот должник уплатил долг охотно..., другой уплатил, проклиная кредитора, – оба случая юридически одинаковы... Но далеко не празден вопрос, благорасположены ли друг к другу муж и жена, ибо здесь *любовь* есть самое *содержание отношений*»¹²⁵.

Супружество, родительство и другие явления с семейным элементом, по мнению российских юристов конца XIX – начала XX веков, приобретают статус «юридических учреждений» лишь с формальной, внешней стороны – с внутренней же остаются за пределами права, допуская определенную степень воздействия обычая, морали и других подобных социальных институтов¹²⁶.

Родительство, как и супружество, более подлежит воздействию законов физиологии, нравственности и обычая. Отношения между родителями и детьми «основываются, – пишет Д. И. Мейер, – преимущественно на любви родителей к детям – любви невольной, бессознательной, чуждой всякого расчета... и даже необъяснимой с точки зрения холодного рассудка... Если мать радуется улыбке своего ребенка, то потому, что любит его, а не потому, что улыбка младенца содержала какое-либо объективное основание для сча-

* * *

Одним из ключевых субъектов всех или почти всех «семейственных» отношений является со времен известной хирургической операции на бедре Адама, женщина – возлюбленная, супруга, мать, бабушка, прабабушка, вдова, сестра, мачеха...

Исследования российских и зарубежных ученых истории ее статуса позволяют выявить некоторые общие черты развития семейных структур с участием женщины у европейских народов: 1) положительная динамика эволюции имущественно-правового и лично-правового (в меньшей степени) статуса женщин на протяжении Средневековья и до начала Нового времени; 2) негативные изменения в XVI–XVII веках, вызванные комплексом причин (ростом народонаселения Европы в эпоху Ренессанса и Реформации, процессами протоиндустриализации, урбанизации и др.); 3) медленные, но необратимые «подвижки» в социальном, в том числе семейном, статусе женщин в семье Нового времени (семье буржуазной эпохи); 4) рождение женского вопроса, эмансипация женщины во всех сферах социальной жизни, включая семейную¹²⁸.

Самобытность исторического пути России: простран-

ственно-географическая роль «оси Восток – Запад», два века монголо-татарского ига, слабая урбанизация, века крепостного права, самодержавие, сила традиций и норм обычного права, наконец, православие, ставшее на несколько веков почти монопольным регулятором брачно-семейных отношений – отразилась на истории русских женщин, их положении между свободой и закабаленностью, правоспособностью (дееспособностью) и бесправием¹²⁹.

С течением времени, – пишет Н. Л. Пушкарева в работе, посвященной частной жизни русской женщины X – начала XIX вв., – вероятно, определенная часть женщин стала лишь формально признавать свою второстепенную роль в семье и домохозяйстве, да и не только в них; в обществе постепенно развивались умонастроения и идеи в направлении признания значимости роли женщины, они получали в российских семьях «право голоса», пусть пока негромкого, ненапористого, непритязательного¹³⁰.

К традиционным особенностям статуса женщины в русской семье, – отмечает автор, – относятся в первую очередь ее сравнительно широкие имущественные права на владение движимым и недвижимым имуществом, наследование родовых вотчин при наличии наследников по мужской линии (что не прослеживается в Европе), опекуновства (особенно при вдовстве), право на совладение с мужем своим приданым, право женщин привилегированного класса на фиксированную часть наследства, право на развод, пусть и существен-

но ограниченное¹³¹. Из принципа раздельности имущества следовала возможность для каждого супруга распоряжаться своим имуществом, не испрашивая дозволения другой стороны, право вступать между собою в различные сделки дарственного и возмездного свойства, а также личный (индивидуальный) характер долгов¹³².

И. А. Покровский, анализируя состояние европейского гражданского права конца XIX века, в том числе в семейно-правовой имущественной сфере, почти удивлялся: «По счастливой исторической случайности наше русское право... в этом вопросе стоит в передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что «браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность (ст. 109 I ч. X т. Свода Законов)... Когда и каким образом установили у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный и спорный; но важно во всяком случае то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше»¹³³.

В крестьянской среде ориентировались на нормы обычного права, также предполагавшие значительную имущественную самостоятельность женщины. Это зачастую давало основу для независимого, авторитетного положения женщины в семье, несмотря на Домострой и т. п. регуляторы бытия.

Именно в русском фольклоре, – подчеркивает Н. Л. Пуш-

карева, – присутствуют образы «поляниц», конкурирующих на равных с богатырями, взрослые и вполне мужественные «представители сильного пола» советуются с женами и матерями перед принятием ответственных решений (тому есть свидетельства и в летописях) и, наконец, только в русском фольклоре есть образ Василисы Премудрой¹³⁴. Особая тема и место женщины – в отношении к детям: именно к матери как воспитательнице «чад» обращены церковные поучения; в русских сказках нет историй, в которых бы мать бросала своих детей в лесу – как Гензель и Гретель в европейском фольклоре¹³⁵. (Впрочем, в качестве отрицательной героини фигурирует злая мачеха, но это – случай особый.) Уважение к матери, необходимость «кормить и поить ее», даже (и особенно тогда), когда она «охудеет умом» – традиция русского быта¹³⁶.

С другой стороны, православная концепция семейных отношений поощряла в женщине не только верность, доброту и любовь, но и подчинение мужу («Жена да убоится мужа своего...»). Жена была обязана «повиноваться мужу своему, как главе семейства, пребывать к нему в любви, почтении и неограниченном послушании, оказывать ему всякое угождение и привязанность, как хозяйка дома»¹³⁷. Супруга должна была проживать с супругом и следовать за ним при перемещении места жительства, паспорт выдавался ей с его согласия. По закону были возможны и в судебной практике имели ме-

сто иски о восстановлении сожителства супругов (иск мужа о «водворении жены» в семью, крайне редко – иск жены о «водворении ее к мужу»), которые, впрочем, прогрессивными юристами того времени критиковались. Так, А.Боровиковский писал: «Обязанность совместного жительствова супругов, относясь всецело к области нравственности, не может быть предметом иска... одинаково священна и для богатей, и для бедняков, и для живущих в собственных хоромах, и для кочующих цыган. Жена несомненно обязана делить с мужем все его житейские невзгоды; в этом-то и состоят священные узы брака... Но суд одинаково бессилён водворить жену к мужу – живет ли муж в собственном имении или кочует в кибитке»¹³⁸.

Одновременно правило ст. 106 Законов гражданских призывало супруга к долгу «любить свою жену, как собственное тело, жить с нею в согласии, извинять ее недостатки и облегчать ей немощи». На муже лежала обязанность по содержанию жены. Она вытекала, – как отмечал Г. Ф. Шершеневич, – из склада «общественных отношений, при которых средства для существования семьи добываются обыкновенно мужчиною. Ему открыт доступ ко всевозможным занятиям, его воспитание подготавливает труженика»¹³⁹. В начале XX века Свод Законов был дополнен нормой ст. 1061, в соответствии с которой жена сохраняла право на содержание, если суд устанавливал, что она уклонялась от совместного проживания с мужем по его очевидной вине (ввиду

невыносимости)¹⁴⁰. Родительская власть принадлежала обоим супругам, однако иерархия внутри брака предполагала и иерархию этой власти. Родительская власть в отношении внебрачного ребенка принадлежала матери.

Несмотря на строгость юридических предписаний и житейских нравов, с середины XIX века наметились тенденции общественного внимания и некоторой заботы о женщинах, в том числе их образовании (что во все времена является предпосылкой подрывного действия). Появились женские гимназии. Затем были организованы высшие женские курсы, медицинские и педагогические институты, женские профессиональные курсы – коммерческие, сельскохозяйственные, юридические и т. д.¹⁴¹. Рождались и набирали силу различные течения за эмансипацию женщин. А.Тыркова, известная деятельница женского движения начала XX века, писала в своих воспоминаниях, что на лекции по женскому вопросу приходила очень пестрая публика – «и военные, и чиновники, учащая молодежь и так называемые городские дамы, конторщицы, телеграфистки, работницы, даже священники... Ни разу ни в одном из городов мне не пришлось с лекторской трибуны бороться с той легкомысленной и высокомерной усмешкой, которая является одним из самых отвратительных врагов западных равноправов. И в этом внимании, в этой серьезности есть уже запас возможного успеха»¹⁴².

Состояние общества в женском вопросе было противоречиво – патриархально, либерально, социал-демократично... Этот своеобразный социокультурный контекст отразил в своем выступлении в 1906 году с трибуны первой Государственной думы известный русский юрист, профессор права и депутат Л. И. Петражицкий: «Если наши положения относительно участия женщин в управлении, относительно государственной службы... и т. д. сделаются законом, то наивно было бы думать, будто бы на основании этих законов получится фактическое равенство женщин... Лишь сравнительно немногие женщины, лишь особенно и чрезвычайно дельные и выдающиеся, чем конкурирующие с ними... мужчины, фактически достигают соответственных прав. Прочих же будут оттеснять менее дельные, менее талантливые, имеющие в свою пользу меньше заслуг, мужчины, даже те, единственные заслуги коих состоят в том, что они мужчины»¹⁴³.

Социальный, в том числе семейный статус, российских женщин кардинальным образом изменился в результате государственного и общественного переворота 1917 года. Этим также принципиально отличается «история женщин» в России от Запада. На Западе, – отмечает О. А. Хазова, – женщины «отвоевывали» себе равенство на протяжении длительного времени и «по кусочкам», причем, сознательно, понимая, за что борются, в ходе «тихой женской революции». В России освобождение женщин из-под власти мужчин и от сословного неравенства произошло именно ре-

волюционно и не тихо, сверху, почти принудительно, формально-юридически – в полном объеме¹⁴⁴. При этом «знамя освобождения» было отнюдь не в женских руках, и цели преследовались иные; борьба за женщин велась большевиками сознательно и прагматично, по принципу «не за нас – так против нас»¹⁴⁵. А. М. Коллонтай и И. Арманд уверяли женщин-работниц, что они имеют общие интересы как «пролетарки» с мужчинами-пролетариями, а не с буржуазными феминистками, которые преподносили требования работниц к обществу «в образе голых безжизненных формул абсолютного равноправия мужчин и женщин во всех областях жизни и на всех поприщах... менее сознательная работница все еще цепляется за юбки суфражисток и готова поддерживать принцип женского равноправия, хотя бы в ущерб интересам своего класса». Далее А. М. Коллонтай отмечала, что внутри рабочих организаций боролись две точки зрения: женский труд – отклонение от нормы и, наоборот, – ступень к освобождению женщины; книга А. Бебеля «Женщина и социализм» (1879 г.) раскрыла тесную связь между женским вопросом, потребностями женщин и общеклассовой целью рабочих¹⁴⁶.

В качестве ориентира и образца для строительства новой семьи были взяты отношения, типичные для семьи дореволюционного рабочего – отрицались как черты традиционной крестьянской семьи, так и дворянской и буржуазной¹⁴⁷ (не

только с их недостатками, что бы слава Богу, но и их достоинствами). Российское общество не было к этому готово ни идеологически, ни психологически, ни экономически – ни социум, ни семья, ни индивид (мужчина и женщина).

«Добиваться разрешения женского вопроса, – подчеркивала А. М. Коллонтай, – значит добиваться замены старого мира новым миром общественного труда, братской солидарности и радостной свободы»¹⁴⁸. «Радостную свободу» российские женщины получили вместе с Гражданской войной, последовавшей за Первой мировой. Между тем, размышляя о последствиях последней, та же А. М. Коллонтай в другой своей работе констатировала: война 90 женщин на 100 вынудила искать прокорм для себя и детей в тяжком труде, из-за дороговизны и полного недостатка продуктов, изматывающих очередей они «спешили сами потушить домашний очаг, предпочитая пользоваться общественными столовыми»; "уход женихов и возлюбленных на войну, страх за участь любимого человека послужили естественным поводом к росту числа внебрачных младенцев"¹⁴⁹. Очевидно, что последствия Гражданской войны были не менее разрушительны, хотя об этом автор не пишет.

Так или иначе, заявив революционные лозунги о равноправии женщин и мужчин, большевики с первых же декретов советской власти начали выстраивать к тому формально-юридические предпосылки. «И уже не жалкие заплатки на обветшалой одежде буржуазного семейного строя, – отмечал

Г. М. Свердлов, – а революционное провозглашение новым правом принципов построения семьи высшего типа – семьи социалистической – вот что перенесло это право на целую эпоху вперед, вот что не только сбросило в мусорную яму истории царское, дореволюционное семейное законодательство, но и оставило далеко позади себя все без исключения буржуазные системы права»¹⁵⁰.

Действительно, в декабре 1917 года в «Газете Временного рабочего и крестьянского правительства» были опубликованы два исторических декрета: «О гражданском браке, о детях и о ведении книг актов гражданского состояния» и «О расторжении брака»¹⁵¹.

Принцип равенства в них не был провозглашен автономно, однако предписания создавали основательный к тому фундамент: вводился гражданский брак – церковный объявлялся «частным делом брачующихся», упрощались брачные условия (в сторону очевидной демократизации и равенства от вероисповедания, имущественного положения, родительской власти и др.), для выбора общей фамилии устанавливалась тройная альтернатива – или фамилия мужа, или жены, или соединение обеих фамилий; уравнивались в правах дети – независимо от обстоятельств их рождения (в браке, вне брака); развод также становился гражданским учреждением – бракоразводные дела изымались из компетенции судов духовных консисторий в пользу местных судов общей юрисдикции, вопросы о детях и алиментах бывшей жене (и

пока только ей, а не мужу!) могли решаться путем соглашений, а при разногласиях – судом; при взаимном согласии на прекращение брака предусматривалась внесудебная процедура (через органы загса).

Положения обоих декретов акцентировали свою защиту прежде всего на интересах женщин как социально и экономически более слабых, что, впрочем, понятно из-за наличия соответствующей дискриминации этих интересов и прав в дореволюционном семейном (гражданском) законодательстве. Этот акцент, по мнению О. А. Хазовой, был в значительной мере утерян спустя несколько лет. Кстати, когда через несколько лет развод стал обычным явлением, в народе, – отмечает автор, – даже появились частушки о его «освободительном» значении: «Советская власть, мужа не боюся: если будет плохо жить, пойду разведуся»¹⁵².

Несмотря на труднейшую ситуацию в стране по всем параметрам политического и социально-экономического бытия, «дело декретов» было вскоре продолжено принятием 16 сентября 1918 г. ВЦИК 5-го созыва Кодекса законов РСФСР об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве (далее – Кодекс 1918 г.). Именно семья явилась первым объектом кодифицированного регулирования. Справедливости ради следует, впрочем, заметить, что его первенство перед другими кодексами объясняется комплексом объективных и субъективных причин – не во всем позитивного свойства.

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

Следует специально заметить, что равенство детей независимо от обстоятельств их рождения обеспечивалось весьма эффективной, если не сказать «эффектной», процедурой установления внебрачного отцовства, что, в свою очередь, защищало и интересы женщины-матери. Так, мать ребенка имела право подать заявление в отдел ЗАГСа с указанием конкретного отца, последний был вправе оспорить это заявление в двухнедельный срок, его «молчание» квалифицировалось как признание факта. В спорных ситуациях суды обычно исходили из «презумпции истинности заявления матери», коя реально могла быть опровергнута ответчиком только путем активных розысков действительного отца. В процесс могли быть привлечены в качестве ответчиков несколько мужчин¹⁵³.

«Изменения, – отмечает О. А. Хазова, – внесенные в семейные отношения в России менее, чем за год, по своей значимости могут быть сравнимы только с теми реформами, которые имели место на Западе лишь в 60-х – начале 70-х гг.»¹⁵⁴.

Д. И. Курский в своем докладе на 2-й сессии ВЦИК XII созыва 17 октября 1925 года «О браке, семье и опеке» подчеркивал международный резонанс данного акта, и, в частности; приводил пример подобного рода: директор института сравнительного правоведения в Лионе Ламбер издал по этому поводу книгу, где отметил, что «Советский кодекс осуществляет полностью программу феминистов... Он строит союз тела и душ вместо союза имущества, каковым является буржуазный брак... уничтожает право мужчины навязывать женщине свою фамилию, навязывать свою волю в вопросах воспитания детей, он уравнивает ее имущественные права и, таким образом, производит коренной переворот в этом деле»¹⁵⁵.

В 1924 году за месяц, взятый произвольно, было совершено браков по церковному обряду 704, а в Московском отделе загса – 1812 (71 %). Разумеется, в губерниях пропорции пока были другими. Тем не менее и там к Кодексу 1918 года обращались достаточно часто. Так, в одной из самых глухих волостей Костромской губернии, взятой для обследования, из 78 дел около половины «портфеля народного судьи» занимали дела семейные: 16 о разводе, 3 об алиментах, 14 о

семейных разделах¹⁵⁶.

Концепция решения женского вопроса в бытовом контексте содержала комплекс предложений по раскрепощению женщин (в значительной степени – утопических): электрическое освещение и отопление избавит «домашних рабынь» от необходимости убивать три четверти жизни на смрадной кухне¹⁵⁷, тем более после создания широкой сети общественных кухонь и общественных столовых и прачечных; детские ясли и сады позволят освободить женщину от огромных энергетических затрат физической и иной заботы о ребенке, а также воспитывать ребенка профессионально, со знанием дела, а не на основе стихийной материнской любви, которая, впрочем, полностью не исключается¹⁵⁸.

Анализируя эти малореалистичные идеи и попытки их воплощения в жизнь, О. А. Хасбулатова полагает, что прагматичные политики того времени увидели в обобществлении домашнего хозяйства средство решить проблемы продовольственного снабжения населения, удешевления жилищного строительства и его обслуживания, и, что еще важнее, – задачу подчинения интересов личности и отдельной семьи интересам государства¹⁵⁹. А. М. Коллонтай писала, что семья, с точки зрения организации хозяйственных отношений «должна быть признана не только беспомощной, но и вредной...»¹⁶⁰. В перспективе также предполагалось уйти от индивидуального алиментирования как бывших супругов, так

и детей. (Идея А. М. Коллонтай и других о создании «государственного алиментного фонда»: было подсчитано, что единый фонд может составить 120 млн руб. (ежегодная рождаемость – 5,4 млн детей, примерно 1 млн нуждается в алиментах; единый фонд, или фонд самострахования, из взносов всего трудящегося населения – большое подспорье государству в тяжелый период его становления)¹⁶¹.) При этом Д. И. Курский подчеркивал, что, само собой разумеется, в перспективе «самые вопросы об алиментах отпадут, а государство (общество в целом) возьмут на себя заботу о детях и подрастающем поколении»¹⁶².

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

с закаленной душой»¹⁶³.

Именно эти взгляды известной большевички были скорее сродни европейскому феминизму (что она отрицала), нежели российскому социал-демократизму, они получили негативную оценку со стороны товарищей по партии. (Валери Брайсон, анализируя труды А. М. Коллонтай, подчеркивает, что ее идеи о свободе любви являются не проповедью случайных связей или «теорией стакана воды» (как полагал В. И. Ленин по воспоминаниям К.Цеткин), а скорее попыткой «распространить марксистскую теорию на сферы жизни, которые прежде считались теоретически неинтересными и практически неважными»¹⁶⁴.

По мнению О. А. Хасбулатовой, в идеологии женского вопроса и женского движения большевики четко очертили сферу применения потенциала женщин: общественное производство, социальные отрасли, рождение и воспитание детей. Относительно управления «кухарки» делами государства дело обстояло противоречиво. Так, в одном из своих выступлений перед участниками конференции работниц В. И. Ленин, после констатаций в вопросе освобождения женщин от тягот быта через организацию столовых, яслей, школ, приглашал женщин поработать в продовольственной и иных социальных областях; что касается политической деятельности, то она, по его мнению, должна состоять в том, «чтобы своим организаторским умением женщина помогала мужчи-

не»¹⁶⁵. (И пусть статистики сосчитают «по пальцам» количество женщин на высших государственных должностях того времени...)

По мысли О. А. Ворониной, видимая прогрессивность ранне-советской эмансипаторской практики не меняет истинного смысла этих преобразований: не эмансипация женщин как таковая была главной целью тендерной политики, а построение тендерной системы нового типа, разрушение жесткой экономической и правовой зависимости женщин от власти мужчин (отцов и мужей) со стороны государства способствовало переподчинению женщины непосредственно самому государству, выравниванию ее трудовой энергии с трудовой энергией мужчины¹⁶⁶.

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

Наибольшее внимание привлек к себе вопрос о значении регистрации брака. Как отмечал Г. М. Свердлов, послевоенная разруха и трудности нэпа ставили многих женщин в зависимое положение от экономически более сильной стороны; в кулацкой и нэпманской среде весьма распространились «браки на срок», или «сезонные браки» батрачки с хозяином – с целью эксплуатации ее труда в сочетании с иными удовольствиями... Это требовало правовой охраны факти-

ческих брачных отношений¹⁶⁷.

Сторонники сохранения госрегистрации брака полагали, что она: 1) пресекает случаи создания союзов, не отвечающих законным условиям (о возрасте, свободе воли, запрете брака с близким родством и т. д.); 2) имеет значение для учета движения народонаселения; 3) противостоит легкомысленным связям; 4) исключает поддержку многоженства; 5) в деревне, где еще достаточно крепко влияние церкви, продолжает играть серьезную роль в ослаблении этого влияния¹⁶⁸.

Сторонники иной позиции также находили аргументы – как объективного, так и субъективного порядка. Во-первых, фактических браков много уже на данный момент (несмотря на отсутствие их защиты) – около ста тысяч (1923 г.), где слабейшая сторона, чаще всего женщина, бесправна. Во-вторых, нельзя приписывать принципиальное правообразующее значение формальному моменту в противовес существованию отношений. «Разрешите, прежде всего, – писал Н. В. Крыленко, – отбросить критику Демьяна Бедного и его предложение считать состоящими в фактическом браке каждую парочку с Тверской»... Случайная связь (даже с ребенком) – не есть фактический брак¹⁶⁹. Если отказались, – поддерживал эту позицию Я. Н. Бранденбургский, – делить детей на брачных и внебрачных, то не пора ли отказаться от деления браков на законные и незаконные? «Нельзя подходить, – продолжал автор, – к делу по-поповски, утверждая, что ес-

ли женщина будет знать, что советская власть дает защиту только зарегистрированному браку, она не поддастся никаким обольщениям и будет требовать от мужчины во что бы то ни стало заблаговременной регистрации». Регистрация не ведет к большей продолжительности брака и не способна эффективно бороться с распущенностью¹⁷⁰.

Д. И. Курский, особенно активно защищавший новации проекта, писал, что оградить права женщины, особенно в кратковременных, «сезонных» союзах необходимо – в условиях безработицы алименты от бывшего мужа на год или полгода позволят ей хотя бы частично «встать на ноги», найти работу. Спекулирование женщин на алиментах (явление «алиментарных женщин») есть раздувание в тенденцию отдельных фактов¹⁷¹. Прежний кодекс, – продолжал автор в другом своем докладе, – был принят, когда нераздельно господствовал церковный брак и не имелось другого способа оформления брачного союза – отсюда и столь решительное и жесткое требование регистрации (хотя уже и тогда раздавались голоса в поддержку фактического брака). Регистрации, однако, следует придать то значение, которое она и должна иметь, – «значение технического средства при спорах о правах, вытекающих из брака»¹⁷². Ранее фактически браки были как бы сомнительными в глазах общества и часто одного из фактических супругов – они перестанут быть сомнительными, «если дело будет поставлено во время спора в судеб-

ном порядке и рядом доказательств будет установлено, что это брачная связь носила длительный характер, что она фактически признавалась вовне...»¹⁷³. «Придет время, – заключал автор, – (я глубоко убежден в этом), когда мы приравняем регистрацию во всех отношениях к фактическому браку или уничтожим ее совсем»¹⁷⁴.

Размышляя над этим архифеноменом нашей семейно-правовой истории (со времен конкубината Древнего Рима), О. А. Хазова приходит к нескольким выводам. С одной стороны, цель защиты имущественных интересов женщин, особенно актуальная в то время, в определенной степени была достигнута. С другой стороны, практика привела к «перекосам» и тендерной асимметрии: легкость доказывания женщинами в судах фактического брака делала «мужчин совершенно беззащитными перед недобросовестными партнерами, претендовавшими и на жилую площадь и на часть имущества своего «супруга», требовавшими часто установления отцовства в отношении детей, к которым эти мужчины не имели никакого отношения. Со временем на практике это привело к тому, что мужчины стали вообще остерегаться женщин и бояться вступать с ними в какие бы то ни было интимные отношения»¹⁷⁵.

С такой оценкой и выводами трудно согласиться. Во-первых, большая часть аргументов в защиту новеллы Кодекса 1926 г. вполне убедительна. Во-вторых, правовое дозволе-

ние или правовой запрет, как известно, не снимает побочных эффектов, никогда не достигает идеала (закон – это «штаны», из которых мальчишка вырастает каждый раз через несколько месяцев, а также – возможность, которой часто могут воспользоваться и мошенники). В-третьих, ошибки («перекосы») судебной практики были всегда, в том числе по делам об установлении отцовства, – и что же – отказываться от процедуры вообще?.. (Впрочем, к проблеме фактического брака мы еще вернемся.)

Кодекс 1926 г. ввел также режим общности имущества супругов, нажитого в браке (ст. 10). Норма Кодекса 1918 г. о раздельном режиме «была направлена против неравноправия женщины, против буржуазных представлений, утверждавших главенство мужа в режиме имущественных отношений супругов. Но вскоре выяснилось, – писал Г. М. Свердлов, – что... провозглашение только раздельности имущества нередко ущемляет интересы трудящейся женщины, несправедливо отстраняя ее от права на то имущество, которое нажито в браке¹⁷⁶. Д. И. Курский уточнил мотивацию данной новеллы: «жена рабочего, хозяйка, ведет все домашнее хозяйство, занимается воспитанием малолетних детей и этим участвует в общем хозяйстве, а при разводе ничего не получает потому, что муж-рабочий, разводясь с ней, берет все с собой»; потребность общности режима выявлена еще судебной практикой 1922 г. – по делам, где жена ограничивалась работой только по обслуживанию семьи, не принося до-

ходов извне, но производя, однако, «полезную работу, вполне соответствующую работе мужа...»¹⁷⁷. Таким образом, de jure была признана социальная ценность работы по дому (разумеется, если ею занимался муж, в порядке «эксклюзива» отношений, новелла была призвана защитить и его интересы; без формально-юридической реакции оставался вариант равноправной «гармонии» в домашнем труде...).

Через 10 лет после принятия Кодекса, одного из самых либеральных семейных законов России (а в мировом масштабе и в те времена – архилиберального), идеология и методология семейно-правового регулирования стала кардинально меняться: возобладали публично-правовые начала и содержательная жесткость нормативных предписаний. Во-первых, 27 июня 1936 г. было издано постановление ЦИК и СНК СССР «О запрещении аборт, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родильных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и о некоторых изменениях в законодательстве о разводах»¹⁷⁸. Г. М. Свердлов подчеркивал, что оно «представляло собою одно из ярчайших проявлений культурно-воспитательной функции социалистического государства»¹⁷⁹. Разумеется, та часть постановления, которая имела целью улучшить демографическую ситуацию и укрепить семью позитивными методами (пособиями на ре-

банка, фиксированными размерами алиментов в процентах, даже некоторым усложнением процедуры развода) – в целом намечала положительный вектор развития. Однако запрет аборт (отмененный, кстати, Указом Президиума Верховного Совета СССР от 23 ноября 1955 г.) в слаборазвитой стране, – как справедливо подчеркивает М. В. Антокольская, – население которой не имело даже самых элементарных представлений о планировании семьи, привело к их массовой криминальной составляющей с тяжелыми последствиями¹⁸⁰; страх уголовного наказания (уголовная ответственность была введена в отношении как «исполнителей», так и «заказчиков» операции) – к многочисленным смертям женщин из-за необращения за медицинской помощью в случае тяжелых осложнений после аборта. Суждения ряда юристов 30-х – 50-х годов, – отмечает М. В. Антокольская, – цитируя в качестве примера, в частности, выдержки из научной статьи Г. М. Свердлова, – напоминают скорее образцы идеологемм героев Дж. Оруэлла, нежели теоретические работы по семейному праву¹⁸¹.

(«Новый запрет, – внешне сдержанно констатирует М. Арбатова, – Россия ввела одновременно с фашистской Германией. С 1936 по 1955 год за криминальные аборты было осуждено и расстреляны тысячи врачей и женщин, статистика умалчивает, сколько погибло от криминальных абортов») ¹⁸².

В условиях усиливающейся реакции в «книгу жизни» в духе Дж. Оруэлла продолжали вписываться новые страницы и среди них – ярчайшая по своей негативной энергии – Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8 июля 1944 г. – с названием, отражающим лишь незначительную, пусть и важную, часть его содержания: «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении почетного звания «Мать-героиня» и учреждении ордена «Материнская слава» и медали «Медаль материнства»¹⁸³.

По точной характеристике М. В. Антокольской, указ мгновенно отбросил наше законодательство на столетие назад¹⁸⁴, его негативные последствия сказались на многих поколениях¹⁸⁵. В категорическом негативе оказалась триада: брак, развод, внебрачное родительство.

Во-первых, за скобки правовой защиты был выведен фактический брак. Теоретиками семейного права сразу были «забыты» все аргументы «за» и приведенные нами ранее политические заявления известных деятелей о преходящем и неконститутивном значении госрегистрации брачного союза. Так, Н. В. Рабинович писала, что «брак есть не частное дело людей, а правовой институт, который имеет крупнейшее общественное значение» и потому не может «происходить без участия государственной власти»; к тому же «куль-

турное развитие женщины и рост ее материальной самостоятельности устраняет потребность в особой охране ее на случай вступления в незарегистрированные брачные отношения»¹⁸⁶. В. И. Бошко также полагал, что общественно-политическое значение указа трудно переоценить: изданный «в сложной обстановке войны, он с новой силой и предельной ясностью выразил исключительную заботу Советского государства об укреплении семьи, о детях и матерях...»¹⁸⁷.

Исследуя семейное законодательство периода войны, П. П. Полянский (работа 1996 г.) подчеркивает позитивизм решения о «дезауировании» фактических браков: основной принцип, «заложенный этим Указом, – признание государством только зарегистрированного брака – является и теперь основополагающим для отечественного семейного права»; эффективное укрепление семьи могло осуществляться лишь при условии выявления и учета всех брачных связей, фактические браки мешали государству и потому, что наносили материальный ущерб и законной семье: имущество расплывалось вследствие судебного решения, вызванного легкомысленным поведением главы семьи; доказывание внебрачного отцовства осуществлялось с легкостью¹⁸⁸.

Весьма спорное суждение: 1) интересы внебрачного ребенка и его матери игнорируются (они что – правонарушители?..); 2) поведение главы (!) «законного» семейства отечески именуется «легкомысленным»; 3) трудности установле-

ния истины по делу переключаются с «могучих плеч» третьей власти, правосудия, на хрупкие плечи женщины, подарившей обществу новую жизнь...

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

Наконец, истинно «драконовской мерой» явились положения указа о внебрачных детях (собственно, именно они прежде всего и вернули наше семейное законодательство вспять): не допускались ни добровольное признание отцовства, ни отыскание его в судебном порядке, в графе «отец» ставился прочерк (позднее, Указом Президиума Верховного Совета СССР от 16 апреля 1945 г. было разрешено признание отцом своего внебрачного ребенка при условии вступления в брак с его матерью).

Кстати, примерно такие законы В. И. Ленин считал «неслыханно-подлыми, отвратительно-грязными, зверски-грубыми»¹⁸⁹. Наоборот, о первых, прогрессивных, декретах он писал: «Мы не оставили в подлинном смысле слова камня на камне из тех подлых законов о неравноправии

женщины, о стеснениях развода, о гнусных формальностях, его обставляющих, о непризнании внебрачных детей, о розыске их отцов и т. п. . . . Но чем *чище* очистили мы почву от хлама старых, буржуазных, законов и учреждений, тем яснее стало для нас, что это только очистка земли для постройки, но еще не самая постройка»¹⁹⁰. (Конечно: следующая «постройка» оказалась куда как «краше»...)

«Матери-одиночке» предоставлялся «богатый» выбор: либо поднимать ребенка самой с помощью мизерного государственного пособия, либо сдать его в детский дом на «полное гособеспечение».

«Не состоящая в браке мать в советских условиях – полноправная гражданка, – комментировал данные нормы Г. М. Свердлов, – ... государство предоставляет ей материальную помощь... Закон специально предусматривает привлечение к ответственности всякого, кто попытается... унижить ее достоинство... То же самое следует сказать и о рожденном ею ребенке... то, что он приобретает права только по материнской линии, ни в коей мере не бросает тени на ребенка»¹⁹¹. (Убедительно, что и говорить...)

Анализируя указ в этой его части, Д. М. Чечот попытался найти оправдание в экстраординарности ситуации: опустошительные войны всегда влекли чрезвычайные меры, в том числе по увеличению рождаемости. Автор приводит известный пример Плутарха из римской истории: после одной из войн, в которой пало очень много римских граждан, бы-

ло решено холостяков женить в принудительном порядке на вдовах, чтобы римский род не оскудел... Можно предположить, – продолжал Д. М. Чечот свой комментарий Указа, – законодатель стремился поднять уровень рождаемости поощрением мужчин «вступать в общение с женщинами, не опасаясь возникновения алиментного обязательства в отношении ребенка»¹⁹². (Кстати, автор совершенно справедливо сомневается в том, что последовавшее некоторое увеличение рождаемости находилось в существенной причинной связи с таким «освобождением»: как отмечает М. Босанац, известный исследователь проблем внебрачной семьи, в истории человечества война всегда исполняет роль «вершителя демографических коррективов» – с ее «тыловыми» и «фронтowymi» романами (устойчивыми и кратковременными внебрачными связями)¹⁹³).

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

предусматривало и ряд мер к тому, чтобы эта деятельность не мешала производственной и общественной работе женщин (строительство женских консультаций, детских садов, яслей и т. д.)»; оно было «направлено не против участия женщин в социальной жизни, а против противопоставления социальной и семейной жизни»¹⁹⁴. (И ни слова о безответственности мужчин! Между тем, последним (то есть первым, конечно) была предоставлена значительная свобода сексуальной жизни¹⁹⁵ (лишь бы не разводились – за это их осуждал партком, профком и суд), им не грозило установление отцовства, алиментные обязательства и порицание за распущенность.)

Эта «про-мужская» политика загоняла женщину в тупик¹⁹⁶: доступ к медицинскому аборту закрыт, отца у ребенка не будет (если только он не «пойдет на брак» или не усыновит собственного ребенка), меры государственной помощи не адекватны, а «сдача» ребенка в детдом для нормальной женщины – жизненная драма.

Перед кодификацией 1968–1969 гг. Указом Президиума Верховного Совета СССР от 10 декабря 1965 г. «О некотором изменении порядка рассмотрения в судах дел о расторжении брака»¹⁹⁷ были отменены правила о публикации в газете и двустадийность бракоразводного процесса. Следует заметить, что за 1 год данной либерализации разводимость резко возросла. Так, в 1940 г. на 1000 чел. населения

мы имели 1,1 развода, в 1950 г. (через 5 лет после принятия Указа 1944 г.) – 0,4, в 1960 г. – 1,3 (то есть больше, чем до Указа), в 1966 г. – 2,8. Резкий скачок 1966 г. объяснялся прежде всего тем, что были расторгнуты браки, фактически распавшиеся ранее¹⁹⁸, что еще раз подтверждает аксиому о невозможности достижения стабильного эффекта семейно-правовыми регуляторами жесткого типа. Эта тенденция продолжалась еще несколько лет. Затем разводимость несколько снизилась, но в конце 70-х снова начала расти. Однако причины были уже другие: разводы перестали осуждаться обществом, рос уровень жизни, развивалось самосознание женщин (в 65–70 % случаев они были инициаторами прекращения брака¹⁹⁹; «хрущевская оттепель» дала новый импульс и взаимоотношениям мужчины и женщины).

Третий систематизированный акт – Кодекс РСФСР о браке и семье 1969 г. Он явился конкретизацией для России Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье 1968 г. и был средоточием императивных и диспозитивных начал регуляции в общем прогрессивном контексте – с некоторым, впрочем, уклоном в обеспечение публичных интересов. К числу его демократических начал следует отнести: упрощение бракоразводной процедуры (возврат к альтернативе – загс или суд), расширение согласительной сферы (соглашение об алиментах, о месте проживания ребенка и порядке общения с ним второго родителя, разделе имущества), защита социально слабого при разделе

общесупружеской собственности (жизненно важных интересов детей и одного из супругов), равный статус детей, возможность добровольного признания отцовства и судебного его оспаривания или установления.

В то же время норма ст. 48 КоБС была очевидным компромиссом. Правилom ч. 1 ст. 47 объявлялось, что права и обязанности родителей и детей основываются на происхождении, ч. 1 ст. 48 – в том числе путем установления оногo (внебрачного отцовства) в судебном порядке, а ч. 2 ограничивала познавательную деятельность суда выявлением четырех альтернативных обстоятельств, способных подтвердить искомый факт происхождения (совместное проживание и ведение хозяйства, участие в содержании и/или воспитании, признание ребенка своим). Такое ограничение объяснялось «маскулинной» частью цивилистов «нежеланием законодателя поощрять легкомысленную женщину» (вспомним, что ранее «легкомыслие» мужчины извинялось охотно, не говоря уже о том, что в «любви» участвуют двое). Так, В. С. Тадевосян упрекал В. П. Никитину, жестко критиковавшую указанные положения как не обеспечивающие защиту интересов женщины-матери и ребенка, подчеркивая, что нормы кодекса и взгляды ученых (В. А. Рясенцева, Ю. А. Королева, К. К. Червякова, В. С. Тадевосяна), кои и были положены в основу первых, вполне справедливы – случайные легкомысленные связи не должны влечь за собой никаких правовых последствий²⁰⁰. (Добавим: для мужчины.) Причем, по-

добные аргументы звучали даже в парламенте страны уже в перестроечный период, когда в 1990–1991 гг. обсуждались проекты изменений в семейное законодательство, – из уст известных российских цивилистов (правильно – мужчин – и отнюдь не из партии В. В. Жириновского).

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

2.2. ГЕНДЕРНАЯ ЭКСПЕРТИЗА ДЕЙСТВУЮЩЕГО СЕМЕЙНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*Брак – слишком
совершенное состояние для
несовершенного человека.
Н. Шамфор*

В 90-е годы в качестве наиболее активных «агентов влияния» на содержание семейного законодательства и практики его применения выступили договор, национально-региональный фактор, репродуктивные технологии и (в гораздо меньшей степени) тендер. В реальном бытии закона эта «квадриада» действовала единым «фронтом», поэтому аналитика тендерной составляющей последнего кодекса, СК РФ 1995 г., неизбежно осуществляется на основе взаимодействия указанных факторов.

На первый взгляд, действующее семейное законодательство по преимуществу гендерно нейтрально: декларированы равенство прав мужчины и женщины в браке, родительстве, правоотношениях по материальному содержанию, усыновлению, опеке, приемной семье (ст. 1, 31, 61 СК РФ и др.). Однако анализ конкретных норм, прецедента (если квали-

фицировать таким образом акты Верховного Суда РФ) и региональных судебных решений данное предположение подтверждает далеко не всегда.

* * *

Институт брака. Супруги объявляются равными партнерами, свободными в выборе брачной фамилии, рода занятий, профессии, места жительства, режима отношений собственности (законного или договорного), иных вопросов семьи, основанной на браке.

При заключении брака формальных тендерных различий почти нет: возраст и другие условия законности союза одинаковы для мужчин и женщин (ст. 10, 12–15 СК РФ).

Так, на первый взгляд, не подтверждается тенденция ряда стран дифференцировать брачный возраст. Например, в Польше суд может снизить женщине брачный возраст до 16 лет при общем правиле в 18 лет, во Франции для «прекрасной половины человечества» установлен возраст в 15 лет, Швейцарии – соответственно 20 и 18 лет, Японии – 16 и 18 лет и т. д.²⁰¹.

Нормой ч. 2 п. 2 ст. 13 СК РФ предусматривается право субъектов РФ своими региональными законами снижать брачный возраст ниже предельного в 16 лет. Причем, если в проекте СК граница все же устанавливалась (14 лет), то в легитимном варианте она исчезла. (Разумеется, 14-летний

барьер и в этом случае должен соблюдаться, так как именно он отвечает основным началам цивилистики: 14 лет – возраст частичной дееспособности, права на самостоятельную судебную защиту своих субъективных семейных прав и интересов и т. д.)²⁰².

Многие субъекты РФ воспользовались этим правом (14 лет, 15 лет, без ограничения). В качестве наиболее часто встречающегося основания для применения исключения о возрасте фигурирует беременность невесты. Не секрет, что последнее всегда являлось ключевым аргументом снижения брачного возраста и на основании федеральных законов XX века,²⁰³ включая действующий. Следовательно, либо частным образом, либо в латентной форме (на уровне административной практики) некоторые тендерные предпочтения существуют, что, впрочем, отвечает реалиям жизни.

Небезынтересно было бы исследовать подоплеку робкой позиции законодателя относительно фактов сокрытия ВИЧ-инфекций и вензаболеваний как оснований признания брака недействительным (п. 3 ст. 15 СК РФ). Медицинское обследование – дело добровольное... Однако не во всех случаях, – например, усыновители должны отвечать определенным медицинским критериям... Вступать же в брак и, как возможное следствие, становиться биологическими родителями могут носители любых заболеваний. (В США в каждом штате департамент здравоохранения утверждает список заболеваний, информацию о которых лицо, вступающее в брак, обя-

зано включить в медицинский сертификат и информировать будущего партнера)²⁰⁴. Эффективность нашего правила сомнительна: признавать брак недействительным «задним числом», когда ситуация уже вполне драматична... Между тем, с достаточной долей вероятности можно предположить, что носителями вензаболеваний, в силу качеств «охотника», во многих случаях бывают мужчины. Последствия же заболевания тяжелей для женщины, так как она может лишиться способности материнства или же родить больного ребенка. Думается, что формально равное и декларативное правило о взаимном ознакомлении жениха и невесты о состоянии здоровья имеет скорее тендерную патриархическую подоплеку, нежели соответствует соображениям гуманизма и неприкосновенности личности (принуждает же закон учителей «проходить» флюорографию, а кандидатов в судьи, работников сферы питания, водителей и т. п. – комплексное медицинское обследование).

Одним из традиционных требований является соблюдение принципа единобрачия, или моногамии. В последние годы он неоднократно «штурмовался» законодательной или исполнительной властью ряда субъектов Федерации – национальных республик (попытка легализации полигамии в Республике Ингушетия, Чечне). Так, постановлением № 32 от 11 июля 1999 г. администрации г. Урус-Мартан «О некоторых мерах по приведению в соответствие с нормами Шариата супружеских отношений» рекомендовано «пересмотреть

свой жизненный уклад и изыскать возможность для заведения от двух до четырех супругов». Не стихают споры по данному вопросу в СМИ, а иногда проникают и в парламент. При этом известно, что в практике ряда «национальных» регионов полигамия встречается и не осуждается. Предпринимаются также попытки узаконить традицию калыма (выкупа за невесту). Руководство современной Чечни ратует за «спецодежду» женщин (платки, юбки определенной длины и т. п.)

С одной стороны, Россия – светское государство, присоединившееся к международно-правовым документам о многогамном браке. С другой стороны, она – не вполне европейская страна, в ее территориальных, демографических и национально-культурных «композициях» много восточного. (В Российской империи в виде исключения допускались и многоженство для магометан, и полиандрия – соединение нескольких мужчин с одной женщиной)²⁰⁵. Придется ли феминизму и «европеизму» отступить в угоду традициям соответствующих национальных регионов – покажет ближняя история. На данном этапе и на данный вопрос мы имеем пока категорически отрицательный ответ.

В особом внимании нуждается такой признак брака, как союз разнополых существ, мужчины и женщины. В силу очевидности для законодателя этот акцент фиксирован лишь в частных нормах (ст. 17 – об ограничении права мужа на расторжение брака, ст. 89–90 – о праве жены, бывшей же-

ны на алименты при особых обстоятельствах), зато истощительным образом. Для российской правовой доктрины единение в браке мужского и женского начала является аксиомой. Так, О. Ю. Косова полагает, что из социологического понятия семьи вполне определенно выводится заключение о невозможности союзов лиц одного пола, хотя автор и не отрицает, что в различном историческом времени и пространстве такие фактические состояния существовали и существуют сейчас. «С точки зрения физической природы человека и законов развития общества, – утверждает О. Ю. Косова, – это аномалия. Значит, и их юридическое признание – правовой нонсенс»²⁰⁶. Признавать такие союзы браком (да и вообще признавать их неким явлением *de jure*), полагают представители различных конфессий и, в частности, русской православной церкви, – значит, «приглашать человека к греху...» (Вспомним также, что до недавнего времени «мужеложство» преследовалось уголовным законом).

Между тем ситуация, на наш взгляд не столь очевидна и аксиоматична. Да, классический брак всегда был союзом «мужского и женского сердец». Однако миф об амазонках родился не на пустом месте (вполне возможно, что речь идет о древних мужских и женских обществах и домах и в рассматриваемом плане). Платон, как известно, признавал однополое союзы вполне естественными²⁰⁷.

Известно также, что в последней четверти XX века в этом вопросе наметились две правовые, в том числе законода-

тельные тенденции. В большинстве стран однополый брачный союз абсолютно неприемлем – тому препятствуют национальные и религиозные традиции и/или конституции. Однако в контексте признания гражданских прав сексуальных меньшинств ряд стран (Дания, Швеция, Норвегия, Франция, Германия, Италия, Испания, некоторые штаты США) приняли различного рода нормативные акты, позволяющие однополым парам создавать семейные союзы, введя в практику цивилистики (а за нею – и в другие области права) институт семейных партнерств, как правило, браком не считающихся.

Как отмечают исследователи проблемы, в настоящее время известно несколько форм однополых союзов: зарегистрированное партнерство (Бельгия, Дания, Исландия, Нидерланды, Финляндия, Швеция); пожизненное партнерство, или партнерство по жизни (Германия); социально-экономическое партнерство (Франция); сожительство (Швеция, Нидерланды, Венгрия, Бельгия, Франция, Португалия); региональное партнерство (Испания, ряд штатов США, Канада, Швейцария); местное партнерство (Англия, ряд штатов США, Италия). При этом в некоторых странах партнерства рассматриваются как однополые браки (например, в Нидерландах)²⁰⁸.

Таким образом, «европейский канон», которого Россия пытается придерживаться, в тендерном плане много либеральнее, нежели наша правовая доктрина.

То же самое следует отметить и в отношении фактического брака. Перечисленные виды семейных партнерств в первую очередь распространяются на союзы мужчины и женщины, альтернативные «законному браку» и порождающие разнообразные последствия гражданско-правового (имущественный союз, аренда жилья, наследование и т. д.), административно-правового, социально-обеспечительного, налогового характера. При этом, в отличие от однополых союзов, их нельзя признать аномалиями.

В российском законодательстве среди всех иных фактических состояний (фактический развод, фактическое воспитание и др.)²⁰⁹ именно фактический брак подвергнут в настоящее время правовой дискриминации. Она начинается в терминологическом поле и заканчивается в пространстве правовых последствий.

Условность термина «фактический брак» производна от нормативного постулата п. 2 ст. 1 °СК РФ: при отсутствии акта регистрации брака вообще нет. Явление фактического брака есть разновидность внебрачных союзов. В определенном смысле эти фактические союзы, – отмечает М.Босанц, – «создает само право тем, что фиксирует границы брака»²¹⁰. История вопроса свидетельствует, что границы эти

весьма подвижны, а нередко и размыты. Однако нечто безусловно общее, что выделяет «фактический брак» (или «сожителство мужчины и женщины», или «фактическое супружество»²¹¹) среди прочих внебрачных союзов, определить возможно.

«Тот, кто заключает брак, не *творит* брака, не *изобретает* его, – писал К. Маркс, – он так же мало творит и изобретает его, как пловец – природу и законы воды и тяжести. Брак поэтому не может подчиняться произволу вступившего в брак, а, наоборот, произвол вступившего в брак должен подчиняться сущности брака»²¹². Сущность же его, независимо от акта регистрации и набора ограничителей и запретов (они весьма изменчивы), заключается в создании мужчиной и женщиной семейной общности (как правило, с интимными отношениями и общими детьми, однако без обязательности таковых не только в правовом, но и социально-биологическом плане – ввиду возраста, бездетности, сексопатологии и т. п.).

Первой формой фактического брака являлся парный брак. Эта посылка, конечно, условна, так как он же был единственной формой индивидуального союза мужчины и женщины, породившего далее парную семью (в противовес родье – семейному союзу брата, сестры, и детей сестры). Поскольку парный брак не имел правовой формы, он как бы являл нам фактический брак «в чистом виде» – в этом и состоит условность его видовой роли. Современный конкуби-

нат, – отмечает М. Босанац, – можно было бы рассматривать как «рефлекторный остаток парного брака»²¹³. Второй исторической формой является римский конкубинат и его мировые аналоги. Третьей – собственно фактический брак или сожительство (устаревший термин), или фактическое супружество. (Кстати, третья терминологическая версия столь же условна, что и первая: права супружества вытекают из брачного союза – ч. 2 ст. 1 °СК РФ). М. Босанац также именуется его «конкубинатом», – разумеется, в широком (не римском) смысле. Конкубинат, по мнению автора, характеризуется неформальным возникновением, крепкими отношениями между партнерами, лишенными необходимости лицемерить и осознающими легкость фактического и не требующего формальностей разрыва, или же – как длительный внебрачный союз мужчины и женщины, не намеревающихся формально закрепить свои семейные отношения. «Фактические брачные отношения», – отмечают В. И. Данилин и С. И. Реутов, – это более или менее продолжительные и устойчивые отношения между мужчиной и женщиной, которые живут одной семьей, ведут общее хозяйство»²¹⁴.

Опираясь на судебные исследования фактического брака как основного и наиболее распространенного доказательственного факта в гражданском процессе по делам об установлении внебрачного отцовства (ст. 48 КоБС РСФСР; практика применения ст. 48 КоБС РСФСР и ст. 49 КоБС РСФСР), можно сделать некоторые дополнения о существе

данного внебрачного союза. Так, правило ч. 2 ст. 48 КоБС РСФСР являлось своеобразным косвенным признанием частичного юридического значения фактического брака: доказанность совместного проживания и ведения общего хозяйства матерью (истицей) и предполагаемым отцом (ответчиком) до рождения ребенка, при отсутствии обстоятельств, исключающих факт происхождения от данного лица (командировка, результаты гинекологической, урологической экспертизы и т. п.), вело к удовлетворению соответствующего иска. По сути, это была правоприменительная презумпция отцовства в фактическом браке.

Совместное проживание подтверждалось (и подтверждается в настоящее время, так как фактические презумпции, как и нормативные, есть результат человеческого опыта, который не зависит от включения или невключения тех или иных словосочетаний в текст нормы права) наличием обстоятельств, характерных для семейных отношений: проживание в одном жилом помещении, совместное питание, взаимная забота друг о друге, совместный досуг и т. п. Ведение общего хозяйства трактуется как удовлетворение повседневных, бытовых потребностей путем приобретения продуктов питания, приготовления пищи, уборки помещения, стирки белья, покупки предметов домашнего обихода и обстановки, вещей личного пользования и т. п.²¹⁵.

Таким образом, фактический брак есть союз мужчины и женщины, характеризующийся устойчивым, длительным

совместным проживанием, ведением общего хозяйства, организацией досуга, а при наличии детей – родительской заботой о них, т. е. поддержанием семейных отношений. Значит, главное – нахождение лиц в отношениях, характерных для супругов, в неюридическом контексте – тождественных.

В литературе высказана и иная точка зрения о его существовании. Так, А. П. Сергеев пишет: «Фактическим браком именуются отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированных в установленном законом порядке»²¹⁶. Это не совсем так. В данном союзе могут не соблюдаться условия о возрасте, дееспособности, моногамии (лицо может, пусть и формально, состоять в зарегистрированном браке), запреты по состоянию в близком родстве или отношениях усыновления. Поскольку фактический брак безразличен семейному закону первый может отвечать тем же. Другое дело, если бы он имел семейно-правовое значение, – тогда бы суд, устанавливая данный юридический факт, оценивал существо отношений во взаимосвязи с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку.

Как мы уже отмечали, история российского семейного права в вопросе о взаимодействии фактического брака и закона весьма противоречива.

В КЗоБСО РСФСР 1926 г. данное явление получило правовое признание, которое не вело к полному отождествлению правовых последствий состояния в нем с браком зарегистри-

стрированным, однако общность имущества и право на алименты возникали. Неизбежно следовала и упрощенная фиксация отцовства. Факт фактического брака, в случае семейно-правовой конфликтности, устанавливался судом. (Правда, кодексы ряда союзных республик подобных норм не имели – УзССР, АзССР, ТаджССР). Указом ПВС от 8 июля 1944 г. фактическое супружество как юридический факт было дезавуировано, объявлено незаконным. И если в регуляции иных отношений с семейным элементом законодатель принципы Указа отринул (1965, 1968–1969 годы), то применительно к рассматриваемому институту остался «ретроградом».

Между тем, основополагающий принцип брачного права о признании лишь зарегистрированного брака давно пора (к чему мы, собственно, и ведем свое повествование) подвергнуть здоровому сомнению, хотя в то же время нельзя утверждать, что этого не делалось ранее²¹⁷.

Итак, с внешней стороны фактический брак отличается от «законного» лишь актом государственной регистрации. Существо обоих явлений от этого не меняется. В этой связи, можно привести своеобразную аналогию – норму ч. 4 ст. 23 ГК РФ: «гражданин, осуществляющий предпринимательскую деятельность...» без соответствующей регистрации, «не вправе ссылаться в отношении заключенных им сделок на то, что он не является предпринимателем. Суд может применить к таким сделкам правила настоящего Кодекса

об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности». Тем более правомерна аналогия с ситуациями, предусмотренными правилами ст. 29 СК РФ о признании действительным брака, заключенного с грубейшим нарушением требований закона, лишь бы это соответствовало интересам несовершеннолетнего супруга или интересам созданной семьи. В обоих типах казусов мы имеем санацию правовой формы ради доброго существа явления, т. е. преодоление этим самым существом формально-юридических предписаний. Более того, поскольку совместное проживание в «законном» браке не является конститутивным требованием (ч. 1 ст. 31 СК РФ: «Каждый из супругов свободен в выборе... мест пребывания и жительства»), а в фактическом, по определению, составляет самое его существо, можно утверждать, что не только в жизни, но и *de jure* «законный» брак есть «меньший» брак (или может быть «меньшим»), нежели фактический, в нем «меньше семьи»...

Фактический брак есть объективная реальность. Точное количество таких союзов установить невозможно – примерное же определяется при переписи населения: женщин, состоящих в браке, всегда больше, нежели мужчин (этот зазор в основном и составляют фактические супружества, в которых женщина полагает себя находящейся в браке, а мужчина – свободным от оног²¹⁸). Кстати, именно ориентация демографов 20-х годов (а с 26-го года – и юристов) на сущностное отождествление «законного» и «фактического» браков

и повлияла на программы проведенных в стране переписей населения 1920, 1923, 1926 годов и послевоенных – 1959, 1970, 1979, 1989 годов: демографов, в отличие от «моралистов» или «юристов-нормативистов», интересует реально существующий союз мужчины и женщины, независимо от факта его регистрации в органах ЗАГСа, семья как общественный организм, с помощью которого решаются вопросы рождаемости, народонаселения. (Кстати, наиболее парадоксальный итог был получен в результате переписи 1970 г.: мужчин, состоящих в браке, оказалось на 1 млн. 300 тыс. меньше, чем женщин; частично это объяснялось явлениями многоженства в южных республиках, частично – субъективной оценкой фактического брака и опрашиваемыми, и счетчиками)²¹⁹.

С реальностью следует считаться (разумеется, если она этична и не противоправна). Недаром, отнюдь не «лоббируя» правовую защиту фактического супружества, О. Ю. Косова, тем не менее, утверждает: «...с точки зрения социологического толкования семьи очевидно, что и фактический брак нельзя не считать семейным союзом, если он выполняет те же социальные функции, что и семья, основанная на зарегистрированном браке»²²⁰. Но автора смущает, будет ли разумным вмешательство государства в частную жизнь лиц, которые сознательно, в силу различных причин, не регистрируют свои отношения в установленном порядке, «а значит, и не стремятся получить со стороны государства правовую за-

щиту»²²¹. Однако, во-первых, далеко не всегда воля к тому обоюдна: демографическая ситуация, традиции, жизненные обстоятельства (беременность, материнство, трудности в отношениях с «фактической» свекровью и т. п.) по-прежнему нередко ставят женщину в положение «слабого» или мирящегося с неизбежным партнером – не потащишь же мужчину в орган загса против его воли... Впрочем, нуждающимся в общественном сочувствии может оказаться и мужчина, – правда, в совершенно меньшем числе случаев. Кроме того, осознание существа развивающегося фактического супружества меняется (как и самое существо), поэтому обоюдное нежелание будущей правовой защиты – далеко не факт. Потребность в одной защите может возникнуть. Например, женщина, не завершив своего образования и не попытавшись добиться делового успеха, посвятила себя фактическому супругу, детям (если они в этом союзе родились, или детям мужа от первого брака) и даже «свойственникам» (например, – уходу за больной свекровью), а оный супруг решает ее оставить, причем, нередко тогда, когда она уже не имеет реальной возможности восполнить свои образовательные, служебные и семейные проблемы... Во всех подобных случаях личные интересы беззащитны – так пусть защитятся хотя бы имущественные.

О. А. Хазова, размышляя над этим аспектом тендерного равенства, приходит к выводу, что проблема фактического брака в России не является столь же актуальной, как

на Западе: наше действующее гражданское законодательство не содержит ограничений по защите имущественных прав фактических супругов, семейное – ограничений статуса детей, рожденных в таком союзе, и одновременно – налоговых, страховых и иных льгот для зарегистрированного брака. Кроме того, автор выделяет основную движущую силу, «катализатор» движения за юридическое признание сожительства – однополые пары²²².

С позицией автора согласиться не можем. Мы уже отмечали, что интересы фактических супругов как раз-таки и не защищены. Инициаторами же, или «катализаторами» идеи правовой защиты могут быть самые различные группы – идея от этого, может быть, несколько «замылевается», но не теряет своей сущности. Отсутствие налоговых и иных «преференций» для брака может и вовсе оказаться явлением временным.

В ситуации действующего закона защитить интересы «сожителей» не так-то просто. Труд женщины (мужчины) в домашнем хозяйстве, по уходу за детьми, больными и престарелыми членами семьи есть общественно полезный (см. еще аргументы Д. И. Курского в 1926 г.). По смыслу возмездности гражданских правоотношений (да и по справедливости) он должен подлежать компенсации, а перед этим – оценке, например, на основе аналогов – средней зарплаты в сфере услуг. Поскольку же в нашем случае ассортимент «услуг» богаче, возможно применение коэффициентов. Соответствен-

но и вклад женщины (мужчины) в нажитое имущество должен быть пропорционален не только ее (его) доходам. Можно ли это осуществить в рамках ГК РФ? Да, но при условии заключения некоего комплексного договора, который «все смешает в доме Оболонских» (ч. 2 п. 2 ст. 421 ГК): отношения можно построить на договоре о партнерстве с целью создания и поддержания семейной общности (!), ведения общего хозяйства, рождения (!) детей и заботе о них и т. п. – путем аналогий с договорами о совместной деятельности, оказании услуг, бытовом подряде, безвозмездном пользовании имуществом, пожизненном содержании с иждивением и т. д.

Однако, во-первых, указанные возможности реализуемы только на диспозитивно-регулятивном уровне, который чаще всего и не достигается партнерами. Во-вторых, не есть ли такая попытка «притягиванием за уши» гражданско-правовых методов регулирования к отношениям с типичным «букетом» семейных элементов и создание искусственного барьера и «демаркационной зоны» между однородными явлениями? В-третьих, эти аналогии имеют предел и не распространяются на жилищное и наследственное законодательство.

Необходимо строить позицию на принципиально иной основе. Прежде всего следует определиться, какой тип конкуренции может и должен вызывать правовое сочувствие общества.

Если двигаться в направлении признания явления факти-

ческого брака, то, видимо, требования к нему должны коррелировать с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку, кроме признака регистрации и необязательности совместного проживания: оба они подрывают самое существо фактического супружества. Это значит, что возраст, близкое родство, состояние в зарегистрированном браке (без признаков «фактического развода»²²³) должны оцениваться судом по аналогии с требованиями к «законному» браку. Соответственно в качестве позитивных условий будут выступать совместное проживание и ведение общего хозяйства (семейная общность) в течение длительного времени (года и более), забота о детях, родственниках, свойственниках и других членах семьи (факультативный признак) и т. п.

Несколько сложнее – с условиями дееспособности и фактами сокрытия заболеваний, предусмотренных правилом ч. 3 ст. 15 СК РФ. Как и в случае несоблюдения требования о брачном возрасте (для «законного» брака – ч. 2 ст. 29 СК РФ), определение значения данных фактов следует оставить на усмотрение суда. Да и в целом, применительно к правовому признанию судом факта фактического брака, логично и справедливо использовать аналогии норм СК РФ о санации и отказе в санации «недействительного брака» (ст. 29) и льготах для добросовестной стороны после признания брака недействительным (ст. 30). Например, возможно было бы признание факта такого союза, как мы уже отмечали, даже при наличии зарегистрированного брака, если суд установит

факт «фактического развода» последнего.

Ранее мы приводили примеры различных семейных партнерств как союзов двух лиц (в том числе мужчины и женщины). В ряде стран фактические союзы, или фактические браки классического образца, уже давно получили юридическое признание той или иной степени (прежде всего – в странах Скандинавии). Есть подобные образцы и на Востоке. Так, например, в Японии определенные правовые последствия начали связываться с данным отношением сначала на основании судебного прецедента 1915 года, а затем и нормативных решений ГК. На фактический брак распространяются часть личных качеств брака (совместное проживание, супружеская верность и т. п.) и часть – имущественных (несение расходов на совместную жизнь, презумпция общности имущества, «право собственности на которое неясно», солидарная ответственность по обязательствам, связанным с повседневными семейными делами и др., кроме брачного договора). При необходимости факт данного семейного состояния устанавливается судом²²⁴. Во Франции, стране классического гражданского права, принят закон о Гражданском пакте солидарности. Последний заключается между двумя физическими лицами, в том числе разного пола, для организации совместной жизни – с соблюдением условия о единобрачии, запрета союза между близкими родственниками, регистрацией его в суде первой инстанции (и аналогичным прекращением) и т. д.²²⁵. Возможно также последующее су-

дебное доказывание факта сожительства²²⁶.

Подведем итоги. Фактический брак есть вид семейного союза. Если его существо соответствует существу «законного» брака, в том числе в плане условий действительности последнего (разумеется, не в жестком варианте – с правом суда применить ситуационное усмотрение), он заслуживает правового признания посредством: 1) установления факта фактического брака в порядке особого производства гражданского процесса (при условиях о длительности союза и иных, кои сочтет нужным определить семейный закон); 2) распространения на него регулятивных семейно-правовых норм о законном и договорном режиме имущества, нажитого в браке, соглашения о предоставлении материального содержания, соответствующих жилищных и социальных прав; 3) получения охранительно-правовых материальных возможностей защиты своих интересов, вытекающих из фактического супружества; 4) приобретения статуса «пережившего супруга» в отношениях наследования (также, возможно, с дополнительными условиями, например, при длительности проживания 5—10 лет и др.).

Уважение обществом позиции фактических супругов, не желающих вмешательства государства в их личную жизнь, в этом случае отнюдь не будет утеряно, так как обращение к правовому механизму будет строиться исключительно на диспозитивной основе. Семейное право лишь предоставит субъектам данного семейного союза гипотетическую

возможность воспользоваться благом и силой своих норм – о переводе гипотезы в диспозицию примут решение фактические супруги или каждый из них в отдельности, в том числе социально слабый партнер (как правило, женщина).

* * *

Правовое регулирование развода в основном гендерно симметрично, однако с некоторыми отступлениями.

Своеобразным тендерным диссонансом является норма ст. 17 СК РФ об ограничении права мужа на расторжение брака без согласия жены во время ее беременности и в течение одного года после рождения ребенка (аналогичная норма содержалась и в ст. 31 КоБС РСФСР 1969 г.). С одной стороны, это, на наш взгляд, один из случаев, когда неравенство обеспечивает равенство: женщина в это время испытывает физические и психологические трудности, нуждается в заботе и т. д. Наконец, она выполняет важнейшую социальную функцию материнства (прекрасно, если обусловленную ее внутренней потребностью). Правда, невозможность развода в одностороннем порядке, – справедливо отмечает О. А. Хазова, – может являться лишь формальным препятствием к расторжению брака и едва ли ограждает женщину от переживаний, связанных с этим фактом и процедурой подтверждения «смерти» брака²²⁷; тем не менее отсрочка психологической драмы может оказаться ей необходимой.

Запрет абсолютен. Он распространяется и на случаи рождения женщиной мертвого ребенка или его смерти до возраста одного года²²⁸. Однако муж может не быть отцом этого ребенка (что подтверждено судебным решением, – оспаривание отцовства не ограничено сроками), женщина может вести «пикантный» образ жизни и (доведем ситуацию до абсурда) «перманентно» беременеть и рожать детей от других мужчин; наконец, женщина может организовать поздний выкидыш или иным способом убить ребенка... Все эти случаи находятся в рамках указанного императива. Защищать социально важные интересы необходимо, но – в разумных пределах. Как видим, иногда «юридически сочувствовать» в таком распаде брака нужно мужчинам. Поэтому полагаем, что ограничение их «бракоразводной» правоспособности (ст. 17) должно сохраняться, но не иметь абсолютного значения – можно было бы предусмотреть его преодоление в исключительных случаях по мотивированному усмотрению суда.

Некоторыми исследователями представляются недостаточно обоснованными, с точки зрения тендерного равенства, правила, предусмотренные в нормах ст. 89 и 9 °СК РФ, – обязанности мужа содержать жену (бывшую жену) в течение ее беременности и трех лет после рождения ребенка²²⁹. Однако, на наш взгляд, это как раз один из разумных (полезных, справедливых) способов через неравенство (льготу, если хотите) защитить интерес «второй половины тендерной пары»

в особой жизненной ситуации: для беременности, родов и первого года ухода за ребенком необходимы улучшенное питание, спецодежда, медицинские препараты. (А. Шварцнегеру они тоже могли бы пригодиться – см. соответствующий фильм...) Другое дело, что потребности в этом не всегда реальны – законодатель предоставил право решать данный вопрос суду. Кроме того, возможны случаи доказанности отцовства не мужа – соответствующие задолжения должны перейти на фактического отца (и юридического, разумеется, так как вступило в законную силу решение суда об оспаривании отцовства мужа и установлении отцовства другого мужчины, т. е. опровергнута тем самым презумпция отцовства в браке).

По мнению О. А. Хазовой, нормы ст. 89–9 °СК РФ имеют в виду две существенно различные ситуации. Первая – помощь будущей и состоявшейся молодой маме в течение года после рождения ребенка, когда она не в полной мере оправилась после родов, а ребенок нуждается в особенно тщательном уходе, часто находится на грудном вскармливании. Вторая ситуация ориентирована на помощь вполне трудоспособной матери, воспользовавшейся своим правом не работать и заниматься уходом за ребенком до трех лет. Здесь, строго говоря, речь должна идти о праве любого супруга, а не только жены. Тем более, что мать может уйти из семьи и оставить ребенка отцу (стереотипы о материнстве не всегда срабатывают). В трудовом и социально-обеспечительном

праве все чаще заменяют термин «мать» на термин «лицо с семейными обязанностями»²³⁰. Это уточнение вполне резонно.

Весьма справедливы нормы о совместной собственности супругов, в частности, положение о том, что имущество, нажитое в браке, принадлежит также супругу, который в период брака вел домашнее хозяйство, ухаживал за детьми или по другим уважительным причинам не имел самостоятельного дохода (ст. 34 СК РФ). Однако эта норма не имеет логического продолжения в алиментном обязательстве: по смыслу семейного закона замужняя женщина, полностью посвятившая себя дому, мужу, детям, семье в целом, в силу только перечисленных фактов не имеет права на получение содержания от своего мужа ни в браке, ни после развода. С нашей точки зрения, установленный законом юридико-фактический состав не исчерпывает ситуаций, когда алиментное вспомоществование было бы справедливым. Ограничивая этот состав триадой «нетрудоспособность и нуждаемость заявителя и достаточность средств обязанного лица», мы исключаем случаи временной невозможности получения дохода или приемлемого дохода: уход за общим ребенком, длительная болезнь (без инвалидности), невозможность трудоустройства²³¹. Нуждаемость, – отмечает О. Ю. Косова, – предполагает жизнеобеспечение конкретного лица ниже уровня его потребностей (добавим – разумных), вследствие чего он испытывает нужду в дополнительных источ-

никах существования²³². В настоящее время таковых лицом чаще всего является женщина.

О. А. Хазова также отмечает, что в подавляющем большинстве случаев решение отказаться от профессиональной карьеры и целиком посвятить себя семье принимает женщина, стереотип распределения семейных ролей является устойчивым, а в России – преобладающим²³³. Мужчины не склонны заниматься домашними делами, даже если свободны от работы (пенсионеры, безработные) или имеют свободный режим труда, а женщина, напротив, обременена работой или несколькими работами (см. фильм «Принцесса на бобах»), Как подчеркивает Е. Ю. Мещеркина, только половина мужчин согласна, что женщины могут столько же работать, сколько они сами, но при этом мужские нормативные ожидания, чтобы женщины, несмотря на это, уделяли основное внимание дому, остаются доминирующими; причем, чем ниже образование у мужей, тем более либеральные тендерные представления они имеют²³⁴.

Реформы («не дай Бог жить в эпоху перемен!») привели к обострению противоречий, снижению уровня жизни многих семей – и именно женщины в наиболее острой форме испытали на себе негативные последствия переходного периода. Безработица, развал системы социальных услуг, отсутствие детсадов и яслей либо их недоступность – вынуждают женщин оставаться дома и ограничивать себя ролью домашней

хозяйки²³⁵. (Тот же результат имеет диктат мужа-«кормильца» в обеспеченной семье).

В случае развода или конфликтной ситуации, в том числе с фактическим прекращением супружеских отношений, такая женщина оказывается в тяжелом положении: ей нужно найти работу, приобрести квалификацию, закончить прерванное образование или вообще получить его. Единственный пока выход – возложить обязанность по оказанию материальной поддержки через алименты на экономически более сильного супруга (бывшего супруга) – на период социальной адаптации²³⁶. По этому пути «социального компромисса» пошли «рыночные» западные страны²³⁷.

Следовательно, и справедливо, и целесообразно было бы расширить возможности норм ст. 89, 9 °СК РФ по предложенному варианту, однако суду при решении вопроса необходимо было бы исключать случаи иждивенчества одного супруга за счет другого, и не принимать во внимание нуждаемость лица, возникшую вследствие алкоголизма, наркомании и прочих пагубных привычек.

Весьма опасным, с точки зрения реального равенства, является институт брачного договора. Во-первых, та мера свободы его содержания, которая предусмотрена семейным законом (ст. 42 СК РФ), близка к абсолютной: возможен даже режим раздельной собственности, а это противоречит началам брачного законодательства (ч. 2 п. 1, п. 3 ст. 1., п. 3 ст. 31

СК РФ). Полагаем, что предоставление возможности противоположным методом регулировать отношения собственности в браке (от совместного режима до раздельного) «навязано» брачному союзу в рамках общей тенденции рассматривать имущественные отношения в семье в качестве разновидностей гражданских правоотношений²³⁸. Между тем, не вижу причин отказываться от достижений прежнего российского законодательства: норм о защите имущественных интересов супруги (много реже – супруга), занимавшейся домашним хозяйством и детьми, а нередко и другими тяжкими домашними проблемами (например, уходом за больными родственниками мужа и т. п.), о чем мы уже писали, а также интересов несовершеннолетних детей. Ни тот, ни другой алиментированием в необходимом объеме, как правило, не обеспечиваются. Кроме того, мы уже отмечали, что возможности бывшей супруги получить хотя бы временное содержание от мужа ограничены в нашем законодательстве чрезвычайными, по сути, обстоятельствами. Думается, что вариативность содержания брачного договора, являясь в целом благом, все же должна быть скоррелирована с наиболее социально значимыми положениями законного режима. Спорные же случаи всегда можно предоставить на разрешение суда. Обозначенные ранее предложения по изменению алиментного законодательства в полном объеме проблему не решат, хотя и могут послужить тендерной справедливости. Комплексный же подход к совершенствованию семей-

ного закона (расширение оснований алиментирования и разумное ограничение свободы брачного договора) принципиально улучшит защиту социально слабой стороны.

* * *

*Мужчины – безусловный авангард
всех дивных человеческих затей,
и жаль, что не умерен их азарт
ношением и родами детей.*

И. Губерман

Институт родительства. Тендерные различия начинаются уже с норм об установлении происхождения детей: презумпция отцовства в браке (ст. 48 СК РФ) на этапе совершения записи об отцовстве никакого выбора не предоставляет (впрочем, как матери ребенка, так и реальному отцу) – каждый из них лишь вправе оспорить эту запись в судебном порядке и установить отцовство.

Классическая презумпция отцовства в браке известная еще римскому праву, наиболее четко и «на века» была сформулирована в ГК Франции 1804 г. и воспроизведена в российском имперском законодательстве: «Если зачатие и рождение произошло в браке, то предполагается, что отцом ребенка является муж его матери»²³⁹. В СК РФ, как и многих других семейных законах, ее конструкция осложнена во времени, хотя формула п. 2 ст. 48 достаточно проста: «Ес-

ли ребенок родился от лиц, состоящих в браке между собой, а также в течение трехсот дней с момента расторжения брака, признания его недействительным или с момента смерти супруга матери, отцом ребенка признается супруг (бывший супруг), если не доказано иное». При этом новелла п. 3 ст. 48 СК РФ, позволявшая матери заявить, что отцом ребенка является не ее супруг, и тем самым своим волеизъявлением, а не судебным решением, опровергнуть презумпцию, отменена, т. е. восстановлена классическая технология оспаривания законного предположения через судебный процесс.

Как всякая иная, данная презумпция отражает обычный (типичный) порядок связи между явлениями, опыт поколений по данному вопросу²⁴⁰: материнство очевидно и подтверждается обычными медицинскими документами и т. п., отцовство, даже в браке, – предположительно. Данная тендерная асимметрия объективна.

Совершенно неочевидно внебрачное отцовство. Как остроумно замечает О. А. Хазова, в этом случае функцию «медицинской справки» выполняет согласие матери ребенка на то, чтобы данный мужчина, путем совместного с нею заявления, был зарегистрирован в качестве отца²⁴¹; в ее отсутствие (смерть, недееспособность и т. д. – п. 3 ст. 48 СК) это значение приобретает согласие органа опеки и попечительства. Последний должен получить от кандидата разумные объяснения по поводу его отцовства и быть уверенным, что признание является осознанным и нефиктивным. Отказ

в даче согласия обжалуется в суд. Поскольку, за некоторыми исключениями, СК РФ придерживается «диктата» биологического отцовства, социально-нравственная характеристика предполагаемого отца, в отличие от установления попечения над детьми в форме опеки, усыновления, приемного родительства, значения не имеет.

Функцию своеобразной «охранной грамоты» выполняет совместное заявление об отцовстве неродившегося ребенка в период беременности будущей матери, если имеются основания предполагать, что совершение данного акта по факту рождения может оказаться невозможным или затруднительным (ч. 2 п. 3 ст. 48 СК РФ). Подобная гуманитарная акция гендерно нейтральна, так как призвана охранять интересы всех ее участников – будущих родителей и будущего ребенка. (Кстати, это не изобретение российского законодателя – СК РФ воспроизвел норму, содержащуюся в КоБС Эстонской ССР 1969 г. – п. 4 ст. 56²⁴².)

Нормы ст. 49–50 СК РФ также находятся в векторе обсуждаемой проблемы. Они содержат два «рудимента». В норме ст. 49 обращено внимание суда на то, что он должен руководствоваться доказательствами, с достоверностью подтверждающими происхождение ребенка от данного мужчины. Трудно избежать ироничного замечания: при рассмотрении других категорий дел суд вправе опираться на теорию А. Я. Вышинского о вероятном, а не достоверном знании?.. Правило ст. 50 ограничило предмет доказывания лишь одним иско-

мым фактом – прижизненным признанием отцовства умершим лицом, т. е. сузило границы судебного познания и доказывания даже в большей степени, нежели норма ст. 48 КоБС РСФСР 1969 г., где, как мы уже отмечали, фиксировались четыре альтернативы оснований удовлетворения иска. Разумеется, на практике эта доказательственная «дыра» восполняется за счет возможностей нормы ст. 48 СК РФ, но очевидно, что формула ст. 5 °СК РФ – отголосок долгой дискуссии по поводу недопустимости «поощрения легкомысленного поведения женщин»...

Нет полной тендерной симметрии в правовом поле таких «сеятелей», как несовершеннолетние родители. Так, правило п. 3 ст. 62 СК РФ, вроде бы, гендерно нейтрально, так как предоставляет им право «признавать свое отцовство и материнство на общих основаниях». Однако норма общего типа (п. 1 ст. 48) в отношении материнства предлагает процедуру не признания факта, а лишь его оформления как очевидного. Следовательно, первое действие ориентировано только на несовершеннолетнего кандидата в отцы. При этом разный тендерный подход, по сути, применяется к возрасту родителей: возраст матери значения не имеет, а возраст отца – юридически значим, ибо акт признания может осуществлять только дееспособное лицо. Применяя по аналогии норму ч. 1 п. 2 ст. 13 СК РФ о снижении брачного возраста до 16 лет, можно определить и с возрастом кандидата в отцы, участвующего в акте признания (а также и матери, записанной та-

ковой безотносительно к возрасту, но не могущей участвовать в заявлении об отцовстве по «малолетству»), – 16 лет. Эти возрастные ограничения могут быть преодолены только через судебную процедуру: с 14 лет – самостоятельно, до 14 лет – через представителя.

Особенным случаем является также установление отцовства юридически или фактически (без судебного решения) недееспособного отца. Во-первых, по данному делу ограничен круг доказательственных фактов. В частности, косвенные доказательства (участие в воспитании и/или содержании ребенка), а также признание ребенка своим, – не могут быть приняты судом, так как ответчик не в состоянии осознавать причинно-следственную связь между указанными действиями и фактом своего отцовства. Относительно достоверным доказательством является лишь факт фактического брака (длительного и устойчивого совместного проживания матери ребенка и предполагаемого отца), поскольку это объективно может вести к рождению ребенка. Генетическая же экспертиза (как и иная медицинская) не должна быть «панацеей»: она носит строго личный характер и должна назначаться при наличии весомого предположения об отцовстве²⁴³.

О. А. Хазова полагает также, что в исключительных случаях возможна доминанта социального отцовства над биологическим. Например: благополучная семья, ребенок 8–9 лет считает мужа матери своим отцом, но однажды появляется

мужчина, «взрывающий» мир иском об оспаривании отцовства (исковая давность отменена); генетическая экспертиза резонность его требования подтверждает; суд оказывается перед дилеммой – удовлетворить иск по формально-юридическим соображениям или отказать в нем в интересах ребенка и семьи в целом...²⁴⁴ Однако норма ст. 47 СК РФ содержит категорический императив о примате происхождения. Он может быть преодолен лишь в случаях, прямо указанных в законе (например, запрет оспаривания отцовства ребенка, рожденного с помощью репродуктивной технологии – с использованием генетического материала донора). Поэтому в рамках действующего законодательства такое решение исключено. Однако при обсуждении вопроса *de lege ferenda* необходимо будет учитывать как интересы семьи, так и интересы биологического отца, который, возможно, долгое время не располагал данными о своем родительстве.

Нормы ст. 61 СК РФ декларируют равенство прав родителей в отношении своих детей. Однако в семейной практике «крен» в этом вопросе, как правило, – в сторону женской доминанты: мамы занимаются детьми значительно больше, нежели папы (заботятся в бытовом плане, воспитывают, контролируют образование, организуют досуг и т. д.)²⁴⁵.

Как отмечают социологи, материнская забота и привязанность к ребенку настолько глубоко заложены в биологических условиях зачатия и вынашивания, родов и кормления грудью, что только очень сложные социальные установ-

ки могут полностью или частично подавить их²⁴⁶. Общество должно настолько исказить самосознание женщин, полагает М. Мид, «извратить врожденные закономерности их развития, совершить ряд надругательств над ними при их воспитании, чтобы они перестали желать заботиться о своем ребенке...»²⁴⁷. Иное – с отцовством. Так, у структурно близких к нам животных, приматов, самец не кормит самку и ее детенышей (он может лишь драться, чтобы обладать ею или защитить ее), последняя, обремененная детенышами, с трудом поддерживает свое и их существование. Когда-то на заре человеческой истории, из объективной потребности развивать человеческий род – одно из высших и неповторимых достижений природы, было осуществлено социальное нововведение: самцы стали кормить самок и их малышей. Этому способствовали и совершенствование способов добычи средств существования (появление излишнего продукта), и желание укрепить индивидуальные отношения с женщиной, и стремление рода к самосохранению. «У нас нет никаких оснований считать, – продолжает автор, – что мужчина, оставшийся животным и не прошедший школу социального обучения», смог бы следовать принципу заботы о «второй половине» и ее потомстве. Следовательно, «проблема должна по-разному ставиться для мужчин и для женщин. Мужчинам нужно прививать желание обеспечивать других...» Тем не менее люди – и женщины, и мужчины, – пусть и на разной биосоциальной основе, научились быть человеческими ценой боль-

шого труда и сохранили свои социальные приобретения вопреки всем жизненным превратностям²⁴⁸.

Родительские реакции достаточно пластичны, – отмечает И. Кон, – с одной стороны, отцы не только, как правило, не осуществляют непосредственного ухода за младенцем (их активный контакт начинается с полутора-двух лет и позже), но и приобретают с его рождением много неприятностей (материальные и бытовые заботы, уменьшение внимания жены, нарушения сна и т. п.) и практически никаких удовольствий, с другой стороны, доказано, что психологически и в бытовом отношении подготовленные отцы испытывают удовольствие от общения с новорожденным и не уступают матерям в искусстве ухода за ним, не говоря уже о том, что основные виды контактов с детьми более старшего возраста у мужчин и женщин (родителей) и количественно, и содержательно в основном совпадают²⁴⁹.

Тем не менее, как мы уже подчеркивали, реальные объемы внимания к детям у матери и отца, как правило, различаются на порядок. На регулятивном уровне эти обстоятельства находятся за пределами правового воздействия. Они попадают в семейно-правовую сферу в ситуации конфликта – прежде всего при расторжении брака родителей и неизбежном решении вопросов о месте проживания ребенка и порядке общения с ним второго родителя (ст. 24, п. 3 ст. 65, п. 2 ст. 66 СК РФ). И здесь мы прежде всего сталкиваемся с устойчивой тенденцией судебной практики оставлять ребен-

ка (детей) у матери,²⁵⁰ особенно ребенка малолетнего.

Само собой разумеется, – отмечает А. М. Нечаева, – что маленькие дети нуждаются прежде всего в женском уходе; однако возможны ситуации, когда мать не выполняет своих обязанностей, а отец, напротив, блюдет родительский долг, и, следовательно, вправе рассчитывать на судебное решение в свою пользу²⁵¹.

Младенец нуждается в биологической любви и поэтому – в большей степени в матери. Далее, «примерно с трех до семи лет, – пишет А. Панасюк, – имеет место своеобразный баланс потребностей, а затем духовное начинает превалировать над физическим, материальным... И тут однозначное решение передать ребенка матери может быть ошибочным»²⁵².

Тем не менее пока, несмотря на многочисленные протесты как юристов, так и отцов,²⁵³ можно говорить о применении судами фактической (прецедентной) презумпции преимущественного права матери на оставление у нее малолетнего ребенка. (Кстати, в известном американском фильме «Крамер против Крамера» действие данной презумпции наглядно продемонстрировано: мать выиграла дело о передаче ей сына, несмотря на то, что ушла из семьи без предупреждения, оставив ребенка с отцом).

Разумеется, данная презумпция не может быть переведена в ранг правовых (законных). Это противоречило бы

принципу равноправия родителей. Но ее фактическое присутствие в правоприменении очевидно; оно, к тому же, усиливается влиянием «женского фактора» в судебском корпусе. (Нельзя полностью сбрасывать со счетов и то обстоятельство, что биологически материнство – на порядки более сложное и трудоемкое дело, нежели отцовство...)

Кроме того, во многих случаях справедливое решение вообще невозможно. В ситуации, когда мать и отец – хорошие люди и воспитатели, обладают благоприятными условиями жизни для ребенка, суд, по существу, сталкивается с неразрешимой проблемой и, поскольку, Соломоново решение исключается, выносит вердикт, который априори является не справедливым актом юстиции, а лишь процессуально вынужденным и неизбежным.

При этом интересы ребенка и матери (отца) соответственно защищаются нормами об отступлении от равенства долей при разделе общесупружеского имущества (п. 2 ст. 38 СК РФ), алиментным обязательством (ст. 80, 89 СК РФ), а также нормами гражданского законодательства об обеспечении жилищных интересов бывшей супруги (супруга) и ребенка (п. 4 ст. 31 ЖК РФ). Как мы уже отмечали, отец крайне редко попадает в данную «ситуацию защиты», – как правило, лишь при доказанности фактов, отрицательно характеризующих мать ребенка. Конечно, закон допускает заключение соглашения родителей о месте проживания ребенка. Однако в соответствии с правилом ст. 24 СК РФ такое соглаше-

ние проверяется судом на предмет соответствия интересам ребенка (следовательно, ситуация вполне может вернуться в лоно указанной фактической презумпции).

Участие отдельно проживающего родителя (чаще отца) в воспитании ребенка, в отличие от имущественных аспектов распада семьи, регламентировано недостаточно и декларативно²⁵⁴. Полагаем, что соответствующие нормы (ст. 66 СК РФ) должны быть конкретизированы – вплоть до обозначения общей схемы-технологии такого участия, а семейно-правовые, гражданско-процессуальные и административно-правовые меры, поддерживающие право и желание родителя (отца) общаться с ребенком (что, впрочем, далеко не всегда имеет место²⁵⁵), усилены – не только в части применения процессуальных штрафов, бесед представителей органа опеки и попечительства с родителями, передачи ребенка от матери к отцу по судебному иску (что бывает исключительно редко), но и с помощью специальной социально-психологической службы.

Таким образом, тендерный дисбаланс в отношениях мама – папа – малолетний ребенок (до 10 лет) достаточно объективен и, пожалуй, в ряде случаев справедлив. Однако в нормативных позициях должна быть усилена защита «второго родителя».

Особо следует задуматься о реализации права на воспитание отца, родительство коего признано не на основе доброй взаимной воли мужчины и женщины путем подачи за-

явления в орган ЗАГСа, а принудительно – посредством судебного установления. За этим актом следует обязанность мужчины по содержанию ребенка, но отнюдь не с очевидностью – все остальное. Приоритет социального в родительстве очень важен, – отмечает М. В. Антокольская, – установление такового помимо воли «биологического отца» невозможно, нередко последний тому активно противится. В лучшем случае, – продолжает автор, – он будет бездействовать, в худшем – «мстить» матери и «отыгрываться» на ребенке; не проще ли изначально не наделять его родительскими правами помимо его воли?²⁵⁶

Полагаем, что решение *de lege ferenda* должно быть компромиссным: следует предоставить суду право определять объем родительских прав мужчины, отцовство которого он установил, исходя из конкретных обстоятельств дела и в том же процессе, «по горячим следам» (тем более, что натура ответчика именно в этом процессе раскрывается достаточно полно); впоследствии, с изменением ситуации в лучшую или худшую сторону, можно к вопросу вернуться.

* * *

Весьма актуальной и гендерно-чувствительной областью взаимоотношений мужчины, женщины и общества является *репродуктивная*, где особенно тесно сотрудничает триада доминантных факторов: биологии, нравственности и права.

Значительная часть этих отношений по своей природе составляет объект административно-правовой, а не семейно-правовой регуляции. Однако полагаем, что ключевые, принципиальные позиции должны быть закреплены в семейном законодательстве.

На первой странице «книги о репродуктивных правах» – вопрос об аборте как вариации на две темы: право женщины распоряжаться своим телом и право неродившегося ребенка на жизнь.

Аборт (химическими, растительными, механическими, хирургическими методами) и контрацепция – специальные средства регулирования рождаемости, которые направлены на предотвращение рождения нежелательного ребенка. При всех условиях, – отмечает С. В. Поленина, – бесспорно, что право на аборт – неотъемлемая часть права женщины быть хозяйкой своего тела, а в конечном счете и своей судьбы²⁵⁷.

Примечательно, что первый в европейской истории опыт легализации абортов принадлежит именно России – искусственное прерывание беременности в медицинских учреждениях было разрешено совместным постановлением наркоматов здравоохранения и юстиции в 1920 г.²⁵⁸ (впрочем, как мы отмечали ранее, через 16 лет, в период жесткой государственной регуляции семейных отношений, было принято противоположное политическое решение – о запрете абортов, а в 1955 г. – вновь закреплена возможность свободного выбора решения о материнстве).

На Западе и у нас (в настоящее время – с усилением именно в 2006 г.) на решения по данному вопросу в той или иной мере влияет церковь. В европейских странах, где воздействие религии на общественное сознание умеренно, – подчеркивает С. В. Поленина, – решение об искусственном прерывании беременности в течение первых 12 недель отдано полностью на усмотрение женщин (Австрия, Бельгия, Германия, Греция, Швеция, Норвегия, Франция и др.), а после этого срока связано только медицинскими показателями. В других же, где это влияние существенно (Италия, Португалия, Испания, Польша и др.), право на аборт либо исключается, либо ставится в очень жесткие рамки²⁵⁹. (В скобках следует заметить, что деятели абсолютного большинства церквей – мужчины).

М. Арбатова, размышляя над этим, отмечает, что «среди феминистских сторонниц абортс никогда не было людей, не понимающих и не познавших ужаса этого мероприятия»; дискуссия с церковью строилась и строится «не вокруг понимания, а вокруг клерикальной монополии на истину»; где церковь добивается запрета, там взлетают вверх цифры женской смертности от криминальных абортс, количество детей, сдаваемых в приюты, и детоубийств (как, например, в Польше)²⁶⁰.

С 1955 г. в законодательстве СССР и России неизменно фиксировалось положение о праве женщины самостоятельно решать вопрос о материнстве, в частности, правилом

ст. 36 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан предусмотрена возможность самостоятельного решения женщины о прерывании беременности до 12 недель, по специальным показаниям – до 22 недель, а в особых случаях – независимо от срока. Это право поддерживается большинством медиков и юристов²⁶¹.

В контексте рассматриваемой проблемы нуждаются в толковании положения п. 2. ст. 31 СК РФ о том, что вопросы материнства и отцовства решаются супругами совместно на основе принципа равенства. Означает ли это в том числе обоюдное согласие в репродуктивной сфере? В качестве общей посылки, – справедливо отмечает О. А. Хазова, – ответ скорее «да», чем «нет», однако такое положение может быть признано приемлемым лишь в той мере, в какой оно не посягает на свободу личности человека-мужчины и человека-женщины; принуждения, обязательности согласия в репродуктивной сфере быть не может, хотя взаимопонимание, разумеется, крайне желательно. Нельзя вставить на позицию формального равенства, – продолжает автор, – и связывать право женщины (жены) на аборт согласием мужа; рожают все же пока женщины, эмбрион, обладая особым онтологическим статусом, все же является частью тела женщины; личность мужа в вопросе права на аборт в правовом отношении является как бы «невидимой»²⁶².

При этом проблема статуса неродившегося ребенка с повестки дня не снимается. С точки зрения биологии и эмбрио-

логии «человек, как биологический индивидуум, – пишет Н. И. Беседкина, – формируется сразу после слияния родительских половых клеток, когда образуется неповторимый набор генов»; хотя плод и рассматривается в качестве части организма матери, он генетически и биологически от нее отличен, суть «потенциальный человек»; правоспособность ребенок приобретает, как правило, с рождения, т. е. с первого самостоятельного дыхания, но и его эмбриональное существование не должно быть безразлично праву²⁶³

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.