

УДК 347.61/.64

В статье рассматриваются два основных аспекта процессуальной активности суда при разрешении споров о праве семейном, затрагивающих интересы ребенка, – действия императивного характера и классического судебного усмотрения.

Ключевые слова: суд; ребенок; процессуальная активность; судебное усмотрение.

This article discusses two main aspects of procedural activity of the court in resolving disputes about the family right, affecting the interests of the child – action of a peremptory character and classic judicial discretion.

Key words: court; child; procedural activity; judicial discretion.

***Н. Н. Тарусина***

*Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова*

*E-mail: nant@uniyar.ac.ru*

## **Об активной позиции суда в процессе защиты субъективных семейных прав и интересов ребенка**

Научная статья

***N. N. Tarusina***

*P. G. Demidov Yaroslavl State University*

*E-mail: nant@uniyar.ac.ru*

## **Active Position of the Court in the Protection of Subjective Family Rights and Interests of the Child**

Scientific article

Судебная деятельность, являясь высокопрофессиональной, исключительно социально значимой разновидностью интеллектуально-творческого процесса, реализуя цели правосудия и предполагая своим результатом вынесение справедливого, адекватного конфликтной ситуации решения, нередко сопровождается выбором между традицией и новаторством, общим нормативом и индивидуальной оценкой жизненных обстоятельств. Особенно это характерно для судопроизводства по семейным делам с «детским элементом». Сущность последних предполагает широкое судебное усмотрение, опирающееся на относительно определенные семейно-правовые нормы ситуационного типа и проявляющееся в толковании, конкретизации, применении по аналогии, и судебную (процессуальную) активность. При этом она, если состоит в выборе альтернативных промежуточных и итоговых решений, представляет собой вариант усмотренческой деятельности суда. Однако если

активность является следствием прямого и ясного указания процессуального закона, то она занимает самостоятельную нишу в видовом разнообразии действий и решений гражданского судопроизводства [1, с. 140–279]. Например, в случаях, когда суду предписано при разрешении спора о праве семейном руководствоваться интересами ребенка, перед нами – предпосылка для профессионального усмотрения. Когда же, исходя из тех же интересов, законодатель обязывает суд совершить определенные действия за пределами принципа диспозитивности, наличествует предпосылка для процессуальной активности в императивном контексте. Сочетание этих двух начал не всегда гармонично на законодательном уровне и, соответственно, вызывает трудности в правоприменении.

Весьма значительная (впрочем, разумеется, относительная) свобода деятельности суда при разрешении семейных дел с «детским элементом» в первую очередь обусловлена достаточно обширными

возможностями толкования и конкретизации именно самой конструкции «интересы ребенка» (ч. 2 п. 2 ст. 54, ч. 2 п. 1 ст. 56, ч. 2 п. 3 ст. 65 СК РФ и др.). Ограничение этой свободы осуществляется не только определенными нормативно-правовыми «расшифровками» содержания означенной конструкции<sup>1</sup>, актами толкования высшей судебной инстанции<sup>2</sup> или же доктринальным толкованием (коего некоторые судьи отнюдь не чужды), но и указанием семейного закона о праве ребенка ожидать учета своего мнения, а в некоторых случаях давать согласие на совершение ряда семейно-правовых актов и корреспондирующей ему обязанности суда и/или органов опеки и попечительства таковое согласие истребовать (ст. 57 СК РФ). В то же время закон предусматривает и своеобразное «ограничение ограничения», например: «Учет мнения ребенка, достигшего возраста десяти лет, обязателен, за исключением случаев, когда это противоречит его интересам» (ст. 57 СК РФ).

С субъективной стороны это предполагает определенные требования к судье, которые в практику пока внедряются по остаточному принципу (возраст, жизненный опыт, в том числе семейный, дополнительная подготовка по семейной (детской) психологии и т. д.). В субъективной стороне присутствует и гендерный контекст. Например, среди судей больше женщин: с высокой степенью вероятности можно предположить, что споры о месте проживания ребенка решаются в пользу матерей не только в силу сложившейся правоприменительной презумпции преимущественного права матери на заботу о малолетнем ребенке (которая, впрочем, в последнее время подвергается практическому переосмыслению, в том числе под давлением должностного авторитета и/или кошелька отца), но и гендерного судебного выбора; в иных делах, напротив, можно ожидать корректировку решения за счет «мужской солидарности» и т. д.

С объективной стороны столь широкое и должностное быть адекватным предмету судопроиз-

водства судебное усмотрение до сих пор предпосылок не имеет. Так, идея специализированных семейных судов (без уголовно-правового контекста), высказанная еще А. И. Боровиковским [2, с. 271, 273] в конце XIX в., реализованная в той или иной мере в США, Германии, Японии и других странах в XX в., имевшая поддержку среди ряда советских и российских процессуалистов и семейноведов [3, с. 541–548], прагматичного развития не получила. Идея ювенальной юстиции весьма долго пробивалась сквозь теоретические и законодательно-проектные границы в разных своих контекстах (в том числе с уклоном на рассмотрение административных и уголовных дел с участием несовершеннолетних) фактически на последнем этапе не заручилась общественной поддержкой. И, возможно, правильно. Однако и предусмотренная законодательством о судебной системе специализация пробуксовывает как в связи с политической, так и правоприменительной волей относительно судебной специализации по рассмотрению семейных дел (прежде всего дел по защите интересов детей). Отдельные специализированные составы, конечно, существуют, специализация по делам об установлении усыновления наличествует, но этого недостаточно. И прогнозы, на наш взгляд, пока неутешительны.

В предлагаемых действующим семейным и гражданско-процессуальным законодательством правилах рассмотрение и разрешение споров о детях сопровождается, как мы уже отмечали, процессуальными особенностями различной правовой природы. Первую группу составляют нормативно-правовые предписания, обязывающие суд занимать активную позицию. Наиболее ярким образцом подобного рода являются правила ст. 23–24 СК РФ о совместном рассмотрении в бракоразводном процессе вопросов о месте проживания общего несовершеннолетнего ребенка (или детей) разводящихся супругов, взыскании алиментов на его (их) содержание. Несогласованность заключается прежде всего в том, что общие нормы ст. 151 ГПК РФ о соединении исковых требований диспозитивны, их применение обусловлено, с одной стороны, волей истца, а с другой – правом суда выделить одно или несколько из заявленных совместно требований в отдельное производство (ч. 3 ст. 151 ГПК) или объединить в одно производство несколько однородных дел, в которых участвуют одни и те же стороны (ч. 4 ст. 151 ГПК). Нормы п. 2 ст. 23, п. 2 ст. 24 СК РФ, напротив, императивны,

<sup>1</sup> Например, в норме ч. 2 п. 2 ст. 54 СК РФ делается акцент на всестороннее развитие ребенка, уважение его достоинства; в предписании ч. 2 п. 1 ст. 65 указывается на обеспечение физического и психического здоровья детей, их нравственного развития.

<sup>2</sup> См., например, постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 мая 1998 г. № 10 (в ред. постановления от 6 февраля 2007 г. № 6) «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей».

предусматривают обязанность суда рассмотреть в бракоразводном деле указанные вопросы, причем степень императивности определяется характером материально-правового интереса, подлежащего защите. Суд обязан разрешить их как по требованию сторон, так и при отсутствии требования или соглашения – по собственной инициативе. Такая императивность специальных процессуальных норм п. 2 ст. 23, п. 2 ст. 24 СК РФ вызывает у некоторых исследователей сомнение: подобный характер нормы п. 2 ст. 24 СК РФ в ситуации, когда требование об определении места проживания ребенка и о взыскании алиментов на его содержание не заявлено, противоречит диспозитивности общей процессуальной нормы, предоставляющей суду право выйти за пределы исковых требований. Однако так ли уж подобное специальное правило неуместно? Его императивность обоснована особой целью – защитить интересы семьи и ребенка со стороны государства и реализовать проявление принципа публичности в судебной защите семейных прав, поскольку в охране прав детей присутствует государственный и общественный интерес (ст. 1 СК РФ). Кроме того, нельзя согласиться с квалификацией норм ст. 23–24 СК РФ, обязывающих суд рассмотреть в бракоразводном деле вопросы о месте проживания и алиментировании ребенка по собственной инициативе, в качестве частного случая реализации судом права выйти за пределы исковых требований (ч. 3 ст. 196 ГПК РФ). Ни прежний, ни действующий законы не дают определения «выхода за пределы заявленных истцом требований». Что охватывается этим понятием: выход за пределы размера исковых требований? замена одного из альтернативных требований другим? разрешение требования, которое не было заявлено? Пленум Верховного Суда СССР в п. 9 Постановления № 7 от 09.07.1982 г. «О судебном решении» применительно к прежнему ГПК разъяснял, что суд, вынося решение, может в зависимости от выяснившихся обстоятельств дела выйти за пределы размера заявленных истцом требований. В п. 5 Постановления № 23 от 19.12.2003 г. «О судебном решении» Пленум Верховного Суда РФ дал уже более широкое толкование понятия «выхода за пределы исковых требований»: разрешение требования, которое не заявлено; удовлетворение требования истца в большем размере, чем оно было заявлено.

На наш взгляд, законом в ряде случаев действительно предусмотрено право суда выйти за пределы

заявленных исковых требований. Классическими примерами являются норма п. 2 ст. 166 ГК РФ, предусматривающая право суда по собственной инициативе применить последствия недействительности ничтожной сделки и норма ч. 5 ст. 394 ТК РФ, предусматривающая право суда при рассмотрении требования о признании увольнения незаконным и о восстановлении на работе по своей инициативе изменить основание или формулировку увольнения, когда суд придет к выводу, что работник подлежал увольнению, но по иному основанию или с другой формулировкой. Норма ст. 24 СК РФ в обсуждаемой части по существу коренным образом отличается от приведенных примеров. Суд возбуждает и присоединяет по своей же инициативе к заявленному требованию о расторжении брака совершенно самостоятельные с материально-правовой точки зрения вопросы. Основанием их постановки являются абсолютно разные, хотя и связанные между собой правоотношения. Требование о расторжении брака возникает из брачного правоотношения, субъектами которого являются супруги; спор о месте проживания ребенка – из родительского, возникающего между родителями и ребенком, а требование о взыскании алиментов – из алиментного правоотношения, субъектами которых являются также ребенок и родители. Эти автономные требования суд рассматривает в дополнение к заявленному, а в приведенных ранее примерах из гражданского и трудового законодательства – вместо заявленных, т. е. изменяет предмет иска, а не дополняет его. В случае рассмотрения судом по собственной инициативе вопросов, предусмотренных ст. 24 СК, суд защищает своими действиями не тот интерес, в защиту которого предъявлено требование, а другие интересы – несовершеннолетних и общества. Поэтому полагаем, что правило п. 2 ст. 24 СК РФ следует рассматривать не в качестве классической специальной нормы, а как норму-исключение, вступающую в противоречие со ст. 4 ГПК РФ. Достижение правовой гармонии между ними возможно двумя путями: приведением специальных предписаний ст. 24 СК в соответствие с общим правилом процессуального законодательства либо, наоборот, – изменением ст. 4 ГПК.

Предоставление суду права в исключительных случаях возбуждать процесс по своей инициативе значительно в большей степени отвечает задачам полной и всесторонней защиты семейно-правовых интересов, особенно интересов ребенка [4, с. 47–48]; в то же время исключительность

такого права не колеблет и принципиальных основ диспозитивности. Учитывая, что в соответствии с семейным законодательством такое право предоставлено суду в уже возникшем процессе и связано с присоединением новых требований к заявленному, полагаем также необходимым дополнить ст. 151 ГПК РФ правилом о праве суда в случаях, предусмотренных федеральным законом, инициировать рассмотрение совместно с заявленным требованием иных связанных с ним вопросов, даже если стороны о таковом присоединении не просят. Одновременно целесообразно также дополнить ст. 196 ГПК РФ нормой следующего содержания: «4. В случаях, предусмотренных федеральным законом, суд по собственной инициативе принимает решение по требованиям, которые не были заявлены истцом, но связаны с основным требованием». Следует заметить, что в семейном законодательстве стран ближнего зарубежья единства в этом вопросе нет. Так, Семейный кодекс Украины предусматривает лишь право супругов вместе с заявлением о расторжении брака представить суду договоры о месте проживания ребенка и взыскании в его пользу алиментов (п.1 ст.109). Цель обеспечения охраны интересов в ее публично-правовом контексте обозначена не вполне определенно: «Суд постановляет решение о расторжении брака, если будет установлено, что заявление о расторжении брака отвечает действительной воле жены и мужа и что после расторжения брака не будут нарушены ... права их детей» (п. 3 ст. 109). Напротив, норма ст. 39 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье призывает суд, если отсутствует соглашение об условиях воспитания и содержания детей, разрешить эти вопросы (при наличии спора). Последняя оговорка, к сожалению, не способствует квалификации ситуации как процессуально определенной. В то же время суду предписывается разрешить не только разногласия о месте проживания ребенка, но и о порядке участия в воспитании отдельно проживающего родителя, что, безусловно, положительно и поучительно в качестве образца для нашего законодательства.

Правила ст. 24 СК РФ устанавливают лишь перечень тех вопросов, которые в императивном порядке должны присоединяться к требованию о расторжении брака, и не содержат запрета присоединения каких-либо других требований. Для сравнения: норма ч. 3 ст. 38 СК Республики Молдова прямо запрещает рассмотрение в процессе о расторжении брака иных споров, не предусмотренных данной

статьей, за исключением требования мужа об оспаривании отцовства. Однако традиционно многими учеными перечень ст. 24 (ранее ст. 34–36 КоБС РСФСР) рассматривался как исчерпывающий, да и судебная практика по-прежнему идет по пути отдельного рассмотрения требований о расторжении брака и иных вопросов, не указанных в ст. 24 СК. Споры о праве пользования жилым помещением, об определении порядка общения с ребенком родителя, проживающего отдельно, разрешаются в отдельном производстве уже после развода. Между тем, как мы только что заметили относительно опыта белорусского законодательства (в европейском контексте, кстати не единичного), порядок общения с ребенком, конечно же, относится к вопросам, тесно связанным с «брачно-родительским» конфликтом, требующим разрешения в общей системе бракоразводного процесса. Наибольшее сомнение вызывает возможность рассмотрения в рамках бракоразводного дела требования об определении порядка пользования жилым помещением. Основной аргумент против такого соединения заключается в разнородности требований. Однако критерием объединения исков по инициативе истца является не однородность, а их взаимосвязь, поэтому, если рассмотрение вопроса о семейном жилье в бракоразводном процессе будет способствовать скорейшему разрешению конфликта и нормализации жизни членов распавшейся семьи, в том числе и прежде всего – ребенка, суды должны принимать их к совместному рассмотрению.

Аналогичные по своей природе инициативы суда предусмотрены и нормами п. 3 ст. 70, п. 5 ст. 73, п. 4 ст. 143 СК РФ – о взыскании алиментов на ребенка не столько в рамках соединения дел, сколько на основе «суперактивной» судейской активности по возбуждению семейного дела, объективно сопутствующего делу о лишении, ограничении родительских прав, отмене усыновления (удочерения). Солидаризируясь с другими процессуалистами, мы квалифицируем указанные инициативы в качестве компонентов самостоятельного принципа гражданского судопроизводства – процессуальной активности (служебного начала).

В рамках классического судебного усмотрения актуальными и дискуссионными являются несколько болевых точек. Во-первых, обсуждается вопрос о предоставлении суду права при рассмотрении дела об установлении отцовства отказать в удовлетворении иска даже при доказанности данного факта, если ребенок проживает в нормальной семье, считает мужа матери своим отцом,

то есть с учетом приоритетных интересов ребенка [5, с. 83–84]. Во-вторых, дискутируется идея о возможности одновременного с решением об установлении отцовства, в ситуации активного противодействия ответчика и его очевидного нежелания приобрести статус родителя, вынесения инициативного решения об ограничении общения данного лица с ребенком [6, с. 269–270]. В-третьих, ряд семейноведов полагают целесообразным ввести в СК РФ институт ограниченного статуса родителя, проживающего (вследствие развода) отдельно от ребенка, то есть создать конструкцию родителя – основного опекуна. Это, разумеется, нарушит принцип равенства родителей в вопросе воспитания своих детей, но поможет избавить последних от нередких злоупотреблений своими родительскими правами со стороны указанной категории граждан [7, с. 110–111]. В-четвертых, несмотря на непризнание российским законодательством различного рода однополых союзов, фактически однополое родительство может возникнуть при смене пола, например, одним из супругов. Реакция законодателя на судьбу такого модифицированного «брака» отсутствует, судьбу же ребенка, видимо, предоставлено, по умолчанию, решать суду – в рамках традиционных споров о воспитании. Если они будут инициированы. А если нет?.. Однополые воспитатели (не родители) могут появиться и в ситуации, когда ребенок рожден по программе суррогатного материнства, где субъектом договора – генетическим родителем – выступает незамужняя женщина (п. 3 ст. 55 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации») нетрадиционной сексуальной ориентации [8, с. 239–247]. Что касается усыновления (удочерения), то подобные вариации могут быть исключены судебным усмотрением, при условии внимательного анализа личности претендента на усыновление (удочерение).

Наконец, в гражданско-процессуальном контексте следует задуматься о статусе ребенка как участника процесса по делам (в том числе семейным), затрагивающим его интересы, который является не вполне определенным. Так, наблюдается дисгармония между ГПК РФ и СК РФ относительно качества и количества дееспособности ребенка до 10 лет и от 10 до 14 лет, ибо первый кодекс игнорирует позицию второго. В теории гражданского процесса высказано справедливое соображение о частичной процессуальной дееспособности таких детей [9, с. 67], которое должно быть реализовано в нормах ст. 37 ГПК РФ. В контексте же судебной прак-

тики ребенок до 14 лет как субъект процесса почти не существует – он вызывается в судебное заседание исключительно для выяснения мнения по делу или для дачи согласия (в случаях, предусмотренных нормой ст. 57 СК РФ, никакими процессуальными правами, кроме дачи объяснений, он не обладает). При этом некоторыми процессуалистами высказывается предложение зафиксировать *de jure* (в ч. 3 ст. 37 ГПК РФ) возможность непривлечения в процесс даже несовершеннолетних от 14 до 18 лет во избежание нанесения вреда их психике [10, с. 17]. Предложение далеко не бесспорное. Во-первых, право ребенка с 14-летнего возраста на самостоятельную судебную защиту субъективных прав и интересов (в нашем случае – семейных) представляет собой значительную социальную ценность. Во-вторых, недопуск несовершеннолетнего в процесс также может нанести ущерб его психике. В-третьих, в силу принципа непосредственности суд так или иначе должен лично выяснить позицию ребенка. Это возможно в стадии подготовки дела к слушанию. Однако если это возможно в указанной стадии, то возможно и в стадии судебного разбирательства. Надо лишь создать нормальные условия, например: провести судебное заседание в закрытой форме (п. 2 ст. 10 ГПК РФ), пригласить детского психолога, ознакомиться предварительно с заключением по делу органа опеки и попечительства, создать спокойную доброжелательную атмосферу и т. д. Конечно, выполнить это труднее, чем опереться на право этого не выполнять. Кроме того, и до 10 лет (а особенно с 10) ребенок, обладая частичной семейной дееспособностью, отнюдь не в полном объеме «заслоняется» фигурой представителя, имеет узаконенные семейно-правовые интересы и право их отстаивать (например, через дачу согласия или учет мнения), тем более что не исключается процессуальная ситуация, основанная на конфликте семейно-правовых интересов ребенка и его представителя. Из смысла семейного закона правозащитная суверенность несовершеннолетнего (особенно с 14 лет) мотивирована, кроме всего прочего, возможным несходством фактических и правовых позиций указанных субъектов. Полагаем, что в структуре ГПК необходимо организовать специальную главу об особенностях участия несовершеннолетних во всех процессуальных качествах, для них возможных, предусмотрев нормативные положения об их дееспособности, участии в различных стадиях процесса, особенностях опроса (допроса) по существу дела, процессуаль-

ных правах – в зависимости от типа процессуальной фигуры, участия специалиста-психолога, представителя органа опеки и попечительства и т. д. Однако и в этом случае усмотренческая позиция суда неизбежно сохраняется – она лишь приобретает более четкие очертания.

#### Ссылки

1. Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014. 288 с.
2. Боровиковский А. Отчет судьи. СПб., 1892. Т. 2. 348 с.
3. Тарусина Н. Н. Очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. 616 с.
4. Тарусина Н. Н. О взаимодействии гражданско-процессуального и семейного права и законодательства на уровне ключевых принципов гражданского судопроизводства // Вестник Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки. Ярославль, 2010. № 3. С. 44–51.
5. Хазова О. А. Установление отцовства // Закон. 1997. № 11. С. 83–84.
6. Антокольская М. В. Семейное право. М.: Норма, 2010. 432 с.
7. Тарусина Н. Н. Ребенок в пространстве семейного права. М.: Проспект, 2014. 144 с.
8. Романовский Г. Б., Тарусина Н. Н., Мохов А. А. Биомедицинское право в России и за рубежом. М.: Проспект, 2015. 368 с.
9. Осокина Г. Л. Курс гражданского судопроизводства России. Томск, 2002. 616 с.
10. Ионова Д. Ю. Гражданско процессуальная дееспособность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 24 с.