

В статье рассматриваются актуальные гендерные аспекты института брака: правовые последствия смены пола, недочеты и пробелы норм, регулирующих отношения с иностранным участием или браков российских граждан, зарегистрированных за рубежом на основе иностранного законодательства, защита интересов женщины в фактическом браке. Статья подготовлена в связи с общественным запросом последних лет, в том числе и текущего года, на системное и справедливое решение указанных проблем.

Ключевые слова: брак; гендер; смена пола; коллизия; фактический брак; защита.

The article deals with gender issues regarding the institution of marriage: legal effects of gender change, weaknesses and problems of legislative norms regulating marriage with a foreigner or marriage registered in a foreign country by a foreign law, defense of women's rights in relation to marriage. This article embraces the topical public inquiries on systematic and fair solutions of the problems above.

Keywords: marriage; gender; changes gender; conflict; relation to marriage; support.

***Н. Н. Тарусина***

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

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

## **Институт супружества: брачные «игры на гендерном поле» продолжаются**

Научная статья

***N. N. Tarusina***

*P. G. Demidov Yaroslavl State University*

## **Institution of Marriage: Marital «Games on Gender Field» to Be Continued**

Scientific article

Гендерные аспекты нашего бытия играют в этом бытии, как известно, одну из ключевых ролей – после воды, пищи, добывания оной и сна. Возраст, натура, воспитание, конечно, также оказывают влияние на характер этой роли, но все же косвенное. Возможно, З. Фрейд и его последователи еще более сгустили бы краски данных двух тезисов, но мы ограничимся заявленной констатацией, ибо и ее достаточно, чтобы продемонстрировать значимость проблемы.

Гендер, в контексте разнообразия юридических практик, проявляет себя отнюдь не одинаково. Соответствующая экспертиза отраслей российского права это различие демонстрирует самым очевидным образом. Наибольшее количество гендерных акцентов, со временем усиливающихся или ослабляющихся, присутствует в конституционном, трудовом, социально-обеспечительном, медицинском, уголовном, уголовно-исполнительном и семейном законодательстве [1]. Они порождают конструк-

ции дискриминации, дифференциации, позитивной дискриминации [2], которые далеко не всегда оправданны и справедливы. Иногда они доводят технологии гендерного предпочтения, гендерного выравнивания и/или гендерной нейтрализации до абсурда и парадокса: вводят запрет на занятие женщиной той или иной профессии, но предоставляют ей возможность по этой же профессии получить диплом; ограничивают право мужа на расторжение брака в течение года после рождения ребенка, даже если установлено отцовство другого мужчины; предусматривают право жены/бывшей жены на алименты до трех лет ребенку и отказывают в таком праве мужу/бывшему мужу, если этот ребенок остается именно с ним; устанавливают пониженную меру уголовной ответственности для матери, убившей своего новорожденного ребенка; вводят повышенные нормы питания для женщин, в то время как организм мужчин, не исключено, нуждается в этом в большей степени, и т. д. Одним словом,

«юриспруденция и гендер» – филологическая формула и объективная реальность, этой формулой обозначаемая, – порождают немало «приключений», этических, законодательных и правоприменительных (а также и других – психологических, лингвистических и т. п.) [1].

Одно из таких актуализировалось в самом начале 2018 года: в паспорте господина «х» был проставлен штамп о регистрации брака с господином «у» (и наоборот), заключенного в Копенгагене 04.01.2018 г., где, как известно (имеется в виду значительное число европейских стран), подобные союзы являются рядовым событием и даже объектом почти навязчивой социальной рекламы и образовательных программ для школьников.

В связи с этим событием в течение одного дня в электронных СМИ сформировались две правовые позиции. Первая: ситуация оказалась возможной из-за пробела в законодательстве; норма ст. 158 Семейного кодекса РФ предполагает брачный союз, заключенный гражданами России за пределами страны с соблюдением требований ст. 14 Кодекса, действительным; в ст. 158 не содержится ссылки на норму ст. 12 Кодекса, из которой следует гетеросексуальность российского супружества. Вторая: в рассматриваемом случае следует иметь в виду не только положения ст. 158, но и норму ст. 167, фиксирующую принципиальную идею о неприменимости норм иностранного семейного права, если они противоречат основам правопорядка Российской Федерации.

Опираясь на вторую правовую позицию, П. В. Крашенинников, председатель Комитета Государственной Думы РФ по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству, заявил, что квалификация ситуации очевидна и не составляет пробела, следовательно, нужна в уточнении российского семейного законодательства отсутствует – речь должна идти лишь о повышении уровня правовой грамотности соответствующих чиновников. Так ли это? Да, но лишь в том смысле, что возможность признать в судебном порядке соответствующий акт недействительным реальна. Как не менее реальна возможность административным порядком аннулировать паспорта граждан «х» и «у» (что, судя по всему, и было сделано [3, с. 5]). Как реальна и возможность повысить квалификацию госслужащих, ведающих регистрацией и оформлением актов гражданского состояния или оказанием иных госуслуг.

Однако и нет, так как нормы ст. 158 и ст. 167 СК РФ будут эффективно работать, если в ст. 158 появятся-таки ссылки не только на ст. 12 (об обязательности взаимного согласия мужчины и женщины, вступающих в брак), но и на положения п. 3 ст. 15 СК РФ (о защите интересов добросовестного супруга при сокрытии супругом недобросовестным обстоятельством, касающихся состояния здоровья), ибо конструкция «соответствие основам правопорядка» предполагает систематическое, нередко весьма не простое, толкование и широкое поле для усмотрения. При этом аксиомой юриспруденции является положение о том, что сложнотехнологичное толкование и активное усмотрение оправданы тогда, когда иной, более формализованный и простой, не «многозначный» вариант регулирования ситуации невозможен. В рассматриваемом же случае он возможен. Пробел или недочет законодательства должны преодолеваются периодическим обновлением последнего. Не исключено, что мотивами объявления ситуации штатной явились два соображения: констатация очередного пробела, притом старинного (1995 г.), бросает тень на качество работы законодательного органа (а в моменте это констатировать неприятно – слишком одиозен случай); указанный автор не является активным сторонником изменения (читай: системного усовершенствования) СК РФ, что, впрочем, находится в поле нормальной дискуссии [4].

При этом полагаем, что речь идет не о рядовом восполнении пробела – недаром применяется отсылка к основам правопорядка. Западная политика и соответствующая ей юриспруденция уже продвинулись к «российским рубежам» с идеей гендерного равенства в брачной и семейной сфере. (Можно также вспомнить заявление предыдущего американского президента о том, что его страна будет отстаивать эту идею по всему миру; уже тогда сразу хотелось уточнить: и в странах восточной цивилизации?..) Внутри российской доктрины также наблюдаются проблески деятельности соответствующей «пятой колонны» [5; 6, с.107–118]. Поскольку это противоречит национальным и культурным традициям «сложносочиненного» российского общества и законодательства, норма прямого, а не косвенного действия необходима<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> В этой связи давно в российской юриспруденции обсуждается фундаментальная проблема о возможной корректировке положения ч.4 ст.15 Конституции РФ о конструкции «общеизвестные принципы международного права как составная часть российской правовой

Эта история цепляет за собой несколько других, не менее, если не более, актуальных. Так, не вполне понятно, почему один из существенных признаков классического (традиционного) супружества, его гетеросексуальность, не без напряжения вычитывается из положений ст.12 СК РФ, посвященной условию о взаимном согласии на брак. Тревожный «звонок» о некоторой недоговоренности в этом вопросе «прозвенел» в связи с подачей жалобы гр. М. на неконституционность именно нормы ст. 12 СК РФ в Конституционный суд РФ, которая, впрочем, не была принята им к рассмотрению определением № 496-О от 16.11.2006 г. [7].

При этом собрать в нормативный «букет» все ключевые характеристики законного супружества нетрудно: брак есть юридически оформленный союз женщины и мужчины, заключенный с соблюдением установленных законом условий, имеющий целью создание и поддержание семейных отношений и порождающий права и обязанности супругов. Почти все с подобной трактовкой данной ключевой конструкции семейно-правового пространства согласны (в пределах разумных филологических вариаций). Встречаются лишь дополнения о ее этических аспектах и целеполагания (рождение и воспитание детей). Очевидно, что эти дополнения являются лишь пожеланиями неуниверсального («полуманиловского») толка. Поэтому при нормативном определении брака вполне можно ограничиться приведенными формально-юридическими констатациями [8]. Однако при почти всеобщем согласии дефиниция брака в СК РФ по-прежнему отсутствует – исключительно, на наш взгляд, либо из консервативного упрямства, либо из либеральной предрасположенности к свободе неопределенности, позволяющей оставить лазейки для современных вариаций, объективно ведущих к разрушению традиционного супружества как семейной ценности.

Третья история связана с правозащитной судьбой фактического брака. Автор более тридцати лет призывает юридическое сообщество и депутатов обеспечить справедливую охрану жизненно важных интересов социально слабой стороны в подобного рода семейных союзах (а то, что перед нами именно семейные союзы, а не гражданско-право-

системы». Не исключено, что новые западные институты гендерно нейтральных брака и родительства в обозримом будущем будут объявлены мировыми цивилизационными ценностями, которые попираются российским и другим национальным законодательством.

вое партнерство вполне очевидно). В 2012 г. эта задача присутствовала в Концепции совершенствования семейного законодательства, но впоследствии была из нее исключена как «непроходная» [9, с. 25]. Между тем в 2015 г. она была реанимирована и представлена общественности в качестве актуальной проблемы известным адвокатом (в том числе по семейным делам) А. А. Добровинским [10, с. 5] – с аргументами и предложениями, близкими нашим. В начале 2018 г. идея вновь актуализировалась – по инициативе члена Совета Федерации сенатора А. В. Белякова. По ходу ознакомления с развернувшейся дискуссией мы с удивлением, впрочем не слишком ошеломительным, обнаружили среди противников идеи немало женщин, в том числе успешных (см. РБК, где в основном успешные дамы и позиционируют свои взгляды). Их аргументы против: к семейному союзу нельзя юридически принуждать; стороны фактического брака могут защитить свои интересы заключением гражданско-правового соглашения о предоставлении содержания и/или иного «защитного» договора, пусть и не поименованного; одна из сторон может состоять в нескольких союзах, в том числе с детьми; дети защищаются алиментными обязательствами отца.

Складывается впечатление, что эти дамы (как и многие другие противники идеи защиты фактического брака) либо игнорируют аргументы противоположной стороны, либо не в состоянии их понять – возможно, в силу собственной успешности и самостоятельности<sup>2</sup>. А они заключаются в следующем: одновременное состояние в нескольких фактических браках так же неприемлемо, как и в зарегистрированных; условием защиты должно быть длительное совместное проживание в семейном союзе рассматриваемого типа (например, не менее пяти лет) и ведение общего хозяйства; гражданско-правовой договор также предполагает добровольность своего заключения – и именно его, как правило, избегает «сильная сторона» фактического брака (как и регистрации, которая может привести к режиму совместной собственности и умалить состояние); речь идет не о юридическом

<sup>2</sup> Мы исключаем из этой группы тех, кто не поддерживает идею хотя бы частичной защиты фактического брака по религиозным соображениям. Впрочем, некоторые из них именуют фактический брак «блудом», не затрачивая усилий на отграничение любовной интриги от долговременного семейного союза. Собственно, Господь им и судья.

принуждении к союзу, а о защите именно слабой стороны фактического супружества в случае его прекращения – с тем чтобы судебное установление факта такого союза могло явиться основанием для признания совместной собственности на нажитое имущество и отступления от принципа равенства его раздела с учетом жизненно важных интересов общих детей, а также возможности признания раздельного статуса имущества, нажитого в период длительного и устойчивого фактического прекращения брачных отношений между формально не разведенными официальными супругами – для обеспечения участия фактической супруги (в этих случаях гендер имеет обычно женское лицо) в разделе общесемейного имущества и/или его наследовании наряду с детьми.

Речь, следовательно, не идет о тотальном вмешательстве государства в лице закона и суда в отношении личного порядка, не о восприятии в полном объеме исторического правового опыта 1926 г. [11], а о внесении в эти отношения, вернее «постотношения», элементов общественной справедливости, о защите слабых и обиженных<sup>3</sup>. Тем более что будучи с 1926 по 1944 гг. в вопросе признания правовых последствий фактического брака передовиками-прогрессистами, мы, после изменения позиции на противоположную, оказались в законодательном «хвосте» [13]: многие европейские страны и даже Украина<sup>4</sup> (еще в 2004 г.) в той или

<sup>3</sup> В доктрине семейного права высказывается весьма значимый аргумент: коль скоро мужчина и женщина не обратились к государству для правового признания своего союза через регистрацию, они не могут и не должны ожидать от него правовой помощи, поскольку заведомо от нее отказались [13, с. 99].

Однако, во-первых, не ошибается тот, кто... Во-вторых, государство не должно строить свое право только на принципах силы, «око за око» – оно должно к своим гражданам проявлять деятельное великодушие, по крайней мере к тем из них, кто оказался если не в беде (а в рассматриваемом типе ситуаций есть и такие), то в затруднительном положении, среди них могут быть и общие дети фактических супругов. В-третьих, не должно забывать и о том, что в российском обществе отнюдь не изжиты семейные отношения с патриархальным акцентом – в них позиция женщины (а нередко – и детей), как мы уже отмечали, есть позиция более слабой стороны.

<sup>4</sup> Так, например, в норме ст.16 Семейного кодекса Украины допускается возможность применения к фактическим брачным отношениям режима совместной собственности, а ст. 91 – наступления алиментного обязательства. (Следует заметить, что 2004 г. весьма

иной форме защиту данному союзу обеспечивают. Конечно, можно возразить, что «однополая» Европа нам отныне – не указ, однако слишком много в нашей законодательной деятельности примеров, когда, если это укладывается в лоно определенных групповых интересов, европейские нормативно-правовые опыты берутся-таки за образец. Смей скромно надеяться, что тандем практикующего юриста и сенатора, при поддержке хотя бы части научного сообщества, приблизит нас к разумному и гуманитарному решению проблемы.

Четвертая история связана с первой более крепкими логическими и житейскими узами. Речь идет о семейно-правовых последствиях трансгендерного перехода. Появившаяся в конце 2017 г. статья Ю. Ф. Беспалова, посвященная указанной проблеме [14, с.7–10], не будучи, впрочем, первой по данному вопросу, с одной стороны, должна была бы вызвать чувство удовлетворения своей своевременностью, особенно в связи с недавним отказом законодателя дать ход соответствующему законопроекту в ближний круг обсуждения. Однако, с другой стороны, в статье предложены лишь некоторые решения, далеко не все необходимые, хотя и поставлена перед доктриной и правотворчеством задача систематизировать пробелы и их восполнить, заключить в юридическую рамку медицинские, административные, семейные, гражданские и другие отношения, связанные с фактом смены пола. Очевидно, что подобная коррекция порождает ряд вопросов, требующих ответа (уже весьма срочного) законодателя, и аккуратных действий правоприменителя: регистрация смены пола, выдача нового паспорта, внесение изменений в различные документы, переход в другой пенсионный возраст (общий и льготный), снятие или появление ограничений на профессию (до сих пор имеющих в российском законодательстве), воинская обязанность, изменение характера родственных отношений – от родительства до иного юридически значимого родства, судьба отношений усыновления/удочерения, позиция ребенка 10 лет и старше, позиция второго супруга, наконец, судьба брака и т. д.

Как непросто решать эти вопросы, демонстрируют нам семейноведы на примере институтов брака и родительства [15]. С одной стороны,

далеко отстоит от 2018: украинский опыт того периода не может квалифицироваться исключительно как «реверанс» в сторону западных традиций... Скорее, это результат вдумчивого и справедливого подхода к решению проблемы.)

однополое супружество не соответствует российскому правопорядку (см. начало статьи). С другой, поскольку односторонняя смена пола в браке не исключается, ровно такое супружество мы и получаем. Некоторые авторы, квалифицируя эту ситуацию как «социальную смерть» лица, считают, что последствия должны быть аналогичными объявлению гражданина умершим – с автоматическим прекращением брака, другие не согласны со столь кардинальным подходом и полагают факт смены пола лишь основанием для расторжения брака, например, в рамках упрощенной административной процедуры [1, с.130–132]. Однако последнее предполагает явно выраженное желание такого результата, по крайней мере, второй стороны союза, чего может и не быть. Видимо, духу современного российского семейного закона более соответствует правило о прекращении супружества – необходимо только внести адекватное изменение в ФЗ «Об актах гражданского состояния» и СК РФ [14, с.11].

Непросто и с родительством: у ребенка появляются две мамы или два папы (родитель-1 и родитель-2?); он наверняка будет испытывать в такой ситуации стресс, усиленный возможными публичными демонстрациями со стороны родителя-трансгендера столь ярких изменений в своей жизни и т. п. Практика уже знакома с подобными случаями: так, суд лишил родительских прав отца (после операции по смене пола), посчитав его поведение по отношению к сыну не отвечающим интересам ребенка (пребывая в новом облике, отец, вопреки желанию сына, настаивал на общении с ним, в том числе приходя для этих целей в школу; в результате ребенок стал объектом насмешек сверстников, испытал сильный стресс, ему потребовалась психологическая и психиатрическая помощь) [16, с.79–80]. Норма ст. 127 СК РФ исключает международное усыновление/удочерение граждан государств, где однополые браки разрешены. Правовые последствия для российских граждан в означенной нами ситуации, по сути аналогичной, не предусмотрены. «Веселится и гуляет весь народ»?.. Нет, грустно, дамы и господа.

Таким образом, пока депутаты задаются вопросом: нужен ли нам новый Семейный кодекс? – жизнь, во всем своем «блеске и нищете», богатстве красок, обыденности и парадоксальности, подбрасывает нам трудные и не очень трудные задачи, которые все равно в обозримом будущем придется решать. И пусть эти решения актуализируются в «старом» Семейном кодексе. Лишь бы они состо-

ялись. А филологические изыски так или иначе подстроятся под существо этих решений.

### Ссылки

1. Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендер в законе. М.: Проспект, 2015. 480 с.
2. Тарусина Н. Н., Исаева Е. А. Гендер в законе: ограничения, преференции, нейтрализация // Социально-юридическая тетрадь. 2016. № 6. С. 5–32.
3. Бабкин С. Документ с браком // Российская газета. 2018. 29 янв. С. 5.
4. Крашенинников П. В. Нужен ли России новый Семейный кодекс? // Семейное и жилищное право. 2017. № 1. С. 3–6.
5. Тарусина Н. Н. О новом концепте брака, или «пятой колонне» в брачном пространстве // Вестник Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Серия Гуманитарные науки. 2014. № 2. С.138–142.
6. Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Социальные договоры в праве. М.: Проспект, 2017. 480 с.
7. Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014. 288 с.
8. Тарусина Н. Н. Российское семейное законодательство: «Куда бежишь, тропинка милая?» // Социально-юридическая тетрадь. 2015. № 5. С.16–33.
9. Тарусина Н. Н. Законодательство о браке и семье: более ста лет движения по спиралям российской истории // Социально-юридическая тетрадь. 2017. № 7. С. 5–45.
10. Николаев Я. Мимо загса // Российская газета. 2015. 29 апр. С. 5.
11. Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. 224 с.
12. Косова О. Ю. «Фактические браки» и семейное право // Правоведение. 1999. № 3. С. 95–100.
13. Tarusina N. N. European Experience and National Traditions in Russian Family Law // Russian Law Journal. 2015. Т. 3, № 2. Р. 97–108.
14. Беспалов Ю. Ф. Осуществление и защита некоторых прав лиц, совершивших трансгендерный переход: процессуальные и материальные аспекты // Семейное и жилищное право. 2017. № 6. С.7–10.
15. Tarusina N., Isaeva E. Equalization of Legal Status with Respect to Gender // Russian Law Journal. 2016. Т. 4, № 3. Р.74–93.
16. Тарусина Н. Н., Сочнева О. И. Права детей. М.: Проспект, 2018. 176 с.