

Экспертное заключение о пакете проектов федеральных законов, направленных на укрепление института семьи¹

(подготовлено СПбГУ по поручению Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства)

Как указывается в пояснительной записке, представленные законопроекты направлены на приведение положений Семейного Кодекса РФ (далее – СК РФ, Кодекс) в соответствие с новейшими изменениями Конституции РФ. Авторы Проектов полагают, что действующая редакция многих положений Кодекса входит в противоречие с некоторыми новыми положениями Основного закона страны. Так, в пояснительной записке к Проекту указывается на то, что нормы действующего СК РФ не отвечают реализации «возложенной на государство обязанности обеспечить создание условий для достойного воспитания детей в семье, необходимости защиты института брака как союза мужчины и женщины, обеспечения проведения Правительством РФ единой государственной политики в области поддержки, укрепления и защиты семьи, сохранения традиционных семейных ценностей, обеспечения приоритета семейного воспитания детей, в том числе оставшихся без попечения родителей».

Главным итогом проведенной авторами Проекта ревизии положений нынешней редакции СК РФ на предмет их соответствия Основному закону явилось концептуальное изменение подходов к институтам, опосредующим вмешательство государства в детско-родительские отношения (лишение и ограничение в родительских правах, отобрание ребенка при непосредственной угрозе его жизни и здоровью, опека и попечительство, усыновление). Кроме того, законопроекты содержат новеллы, касающиеся регулирования иных отношений (вступление в брак и т. д.).

1

Ряд положений Проекта направлен на устранение очевидных для практики недостатков и пробелов существующего регулирования, а потому заслуживает поддержки.

Так, достоинством Проекта является включение в текст Кодекса норм, направленных на обеспечение приоритетного устройства ребенка, временно или постоянно оставшегося без попечения родителей, в семью его родственников при наличии такой возможности. Поддержки заслуживают и отдельные положения, направленные на совершенствование института опеки и попечительства. Например, положениями Проекта регламентируются давно и насущно необходимые нашему правопорядку правила, позволяющие родителям заблаговременно сделать распоряжения относительно потенциальных опекунов (попечителей) детей на случай смерти родителей или на период, когда по уважительным причинам они не смогут осуществлять свои родительские права (п.2 ст.64 Проекта). В целом, представляются полезными и заслуживают

¹ Законопроекты: №989008-7 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации в целях укрепления института семьи» (далее – Проект, Проект №1), №989011-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации в целях укрепления института семьи» (далее – Проект №2), №989013-7 «О внесении изменений в статью 31 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации в целях укрепления института семьи» (далее – Проект №3).

поддержки и общие положения Проекта, расширяющие перечень оснований установления опеки (попечительства) за счет случаев установления опеки (попечительства) по заявлению родителей на период, когда они по уважительным причинам не могут осуществлять свои родительские права в течение определенного периода времени (ст.66.1 Проекта). Полезными представляются и положения Проекта, уточняющие механизм признания детей, оставшимися без попечения, в том числе, детализирующие требования к работе уполномоченных органов с найденными (подкинутыми) детьми (п.6 ст. 58 Проекта), а также некоторые иные положения Проекта.

Следует согласиться с предлагаемым в Проекте сокращением числа субъектов (комиссий по делам несовершеннолетних, организаций для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, и других), уполномоченных, наряду с одним из родителей, органами опеки и попечительства и прокурором на предъявление исков о лишении и ограничении родительских прав. В этом вопросе следует согласиться с позицией о том, что привлечение к указанной деятельности многих субъектов может привести к снижению гарантий безопасности детей.

2

В то же время, некоторые положения Проекта откровенно декларативны, а потому малополезны с юридической точки зрения. Не секрет, что большинство личных неимущественных отношений, складывающихся в семье, в принципе не способно к правовому регулированию. Очевидно, что даже внесение изменений в Основной закон страны не способно повлиять на природу описанных отношений. Как отмечалось в заключении, подготовленном СПбГУ на проект Концепции развития семейного законодательства в 2014 году (далее - Заключение по Концепции), попытки наполнить Кодекс массой декларативных принципов, «зарегулировать» то, что не поддается регулированию, определить те понятия, которые в определении не нуждаются – все эти попытки не только бесперспективны, но и вредны, поскольку ведут к появлению положений, не обладающих каким-либо регулирующим воздействием. Включенные в текст закона, такие нормы – пустышки вредоносно сказываются на авторитете закона. Например, на достижение каких правовых целей направлено предложение дополнить ст. 1 Кодекса указанием на принцип правового регулирования «разрешение внутрисемейных вопросов по взаимному согласию»? Сложно понять, что изменит в правоприменительной практике включение этой формулировки в текст закона. Тем более, что к основным началам семейного законодательства традиционно относится «построение семейных отношений на чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов» (эта формулировка сохранена авторами Проекта и по-прежнему включена в ту же ст. 1 Кодекса).

Кроме того в соответствии с практикой и Европейского суда по правам человека, и Конституционного Суда РФ публичная власть несет, так называемую, «позитивную обязанность», т.е. обязанность по фактическому обеспечению осуществления прав частными лицами. Такая обязанность включает в себя и требование о формулировании в правовых нормах положений, обладающих относительно высокой степенью определенности. Поэтому, наполнение текста закона декларативными положениями, без их раскрытия в соответствующих правах и обязанностях, может негативно сказаться на международном авторитете России по вопросам обеспечения прав участников семейных отношений.

В очередной раз авторы Проекта предлагают включить в СК РФ определения основных терминов семейного законодательства (ст. 2.1. Проекта). Идея о том, что применение закона тем

легче, чем больше легальных дефиниций он содержит, представляется ошибочной. Как отмечалось в Заключении по концепции, закон – не учебник, и сформулировать в нем понятие, которое бы не усложняло, а облегчило правоприменение, весьма сложно. Известно, что зачастую легальные дефиниции необоснованно сдерживают судебскую дискрецию, чем существенно затрудняют правоприменение. Более того, многие предлагаемые к включению в ст.2.1. понятия уже определены в самом СК РФ. Например, определение понятия «близкие родственники» содержится в абз.3 ст. 14 СК РФ (При этом в Проекте не предлагается исключить дефиницию определения «близкие родственники» из абз.3 ст. 14 СК РФ. Остается неясным, зачем в тексте закона дублирование определений). Анализ практики применения норм, упоминающих о близких родственниках (в том числе, норм ст. 37 ГК РФ о сделках с имуществом подопечных), показывает отсутствие проблемы - при необходимости определить понятие близкого родственника суды исходят из правила ст. 14 СК РФ.

Многие другие понятия («дети», «опека (попечительство)», «семейные права» и пр.) легко выводятся из текста ныне действующей редакции СК РФ или из положений иных законов. Так, общеизвестно, что термин «дети» используется в качестве синонима термина «ребенок» (что объясняется всего лишь особенностями использования числа как грамматической категории слов дети и ребенок). Термин же ребенок определен в ст. 54 СК РФ и в ст. 1 Конвенции о правах ребенка, одобренной Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989 г. Некоторые предлагаемые авторами Проекта определения вступают в противоречие с иными положениями самого Проекта. Например, предложение об определении понятия «родители» как кровных матери и отца ребенка никак не соотносится с некоторыми изменениями, предлагаемыми к внесению в положения об усыновлении. Главным аргументом против включения в СК РФ ст. 2.1 является тот очевидный факт, что практика не испытывает сложностей при определении перечисляемых в статье понятий.

Не отвечает правилам юридической техники, а значит, и целям правового регулирования предложение дополнить текст Кодекса статьей 6.1, посвященной правилам исчисления сроков. Эти правила хрестоматийны, легко выводятся из правил исчисления гражданско-правовых сроков (ст. 190 и др. ГК РФ), к которым отсылает ст.4 СК РФ, предусматривающая субсидиарное применение норм гражданского законодательства. В то же время, сложнейшие актуальные проблемы применения ряда норм об исковой давности к семейным правоотношениям, которые остро стоят перед судами на протяжении всего периода действия СК РФ, парадоксальным образом не находят в Проекте своего разрешения.

Избыточным и неверным представляется включение в текст СК РФ норм иной отраслевой принадлежности. Например, статью 68 Кодекса предлагается дополнить нормой о праве малоимущих семей с несовершеннолетними детьми на получение социальной помощи на основании социального контракта, заключаемого в соответствии с Законом РФ от 17 июля 1999 года № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи». Понятия «малоимущая семья», «социальный контракт» не являются семейно-правовыми терминами, отношения, складывающиеся по поводу помощи таким лицам, регулируются правом социального обеспечения. В законодательстве о социальном обеспечении содержится много иных норм, адресатами которых являются дети, члены семьи и т. д. По какому принципу некоторые из них должны попасть в Кодекс? Включение подобных норм в текст СК РФ представляется нецелесообразным. Более того, включать в Кодекс без необходимости отсылки к конкретным законам иной отрасли (в ст. 68 СК РФ предлагается включить две такие отсылки)

нецелесообразно и потому, что это повышает риск нестыковки положений СК РФ с указанными законами при их изменении или замене новыми.

3

Наибольшую обеспокоенность вызывают положения Проекта, предусматривающие внесение изменений в институты лишения и ограничения родительских прав, и, в особенности, в процедуры отобрания детей при непосредственной угрозе их жизни или здоровью. Констатируя публичный характер соответствующих норм закона, в пояснительной записке авторы Проекта сетуют на то, что ныне действующая редакция соответствующих положений СК РФ, якобы, не способна защитить семью от вредного вмешательства государства. Для преодоления описанной ситуации предлагается серьезно изменить концепцию взаимодействия семей с детьми и государства.

3.1.

Сомнения в стройности и логичности всей концепции закрадываются уже при анализе краеугольного камня Проекта – указания на принцип и презумпцию добросовестности родителей при осуществлении родительских прав («действия родителей считаются добросовестными (соответствующими правам и законным интересам детей), если иное не установлено вступившим в законную силу решением суда») (ст.1, п.6 ст.65 Проекта). Как следует из текста пояснительной записки, включение в текст СК РФ указанных положений призвано, наряду с иными инструментами, оградить семьи от произвольного вмешательства государства в их частные дела.

Подчеркнем, что текст п. 3 ст. 1 СК РФ в редакции Проекта в любом случае должен быть исправлен. Дословно он таков: «Регулирование семейных отношений осуществляется в соответствии с принципами...презумпции добросовестности родителей...». Принцип как основополагающее начало отрасли, на основании которого строится все отраслевое регулирование, и презумпция как предположение, с высокой долей вероятности соответствующее истинному положению дел, - различные правовые категории.

Как отмечено выше, предложения о включении в текст СК РФ любых норм, аналогичных нормам, содержащимся в ГК РФ, во многих случаях производят впечатление «умножения сущностей» и заставляют задуматься о пределах действия уже упоминавшейся ст.4 СК РФ, предусматривающей возможность субсидиарного применения норм гражданского законодательства к семейным отношениям. Как следует из самого текста ст. 4 СК РФ, применение норм гражданского законодательства возможно только в тех случаях, когда оно не противоречит существу семейных отношений. Указание на необходимость выявления «существа» тех или иных отношений всегда оставляет широкий простор для толкования.

Тем не менее, анализ судебной практики указывает, что существо большинства семейных отношений не препятствует экстраполяции на них закрепленного ныне в ГК РФ принципа добросовестности: суды на протяжении длительного времени применяют положения ГК РФ, закрепляющие принцип добросовестности, к семейным спорам². Более того, обоснованным

² Следует отметить, что высшие судебные инстанции давно рассматривают принцип добросовестности как общеправовой (см., напр.: п.27 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 N 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации», постановление Конституционного Суда

представляется применение данного принципа не только к родителям – общее требование о добросовестном поведении должно быть обращено ко всем участникам семейных отношений. По этой причине, предложение о включении принципа добросовестности «в усеченном виде» в текст СК РФ, представляется не только избыточным, но и вредным.

Продолжая дискуссию о включении в текст Кодекса принципа добросовестности, следует обратить внимание и на многочисленные примеры деятельности «ювенальной юстиции» за рубежом, вызывающие негативную оценку российского общества (например, отобрание ребенка у родителей за применение методов воспитания, соответствующих традициям отечественной культуры – сочетание поощрения и разумной строгости, и т.п.). Возможно, для снижения риска распространения тенденции формалистского (преувеличено бюрократического) понимания представителями некоторых органов государственной власти своих обязанностей в сфере создания необходимых условий для достойного воспитания детей было бы целесообразно закрепить в законе обязанность таких органов действовать добросовестно, максимально учитывая интересы как ребенка, так и его родителей.

Предложение о включении в текст Кодекса презумпции добросовестности родителей требует более серьезного политико-правового и юридико-технического осмысления. Обоснование и форма, в которую облечено это предложение, выглядят неубедительно.

Во-первых, позиция авторов Проекта противоречива. С одной стороны, они обвиняют законодателя в излишнем увлечении при регулировании семейных отношений «принципами гражданского (частного) права, согласно которым в семейных отношениях имеют значение права и интересы отдельного индивида», а не семьи в целом. С другой стороны, авторы Проекта пытаются внедрить в ту часть СК РФ, в которой преобладают императивные нормы, частноправовую презумпцию, не нашедшую (по крайней мере пока) своего закрепления в кодифицированных актах публичного права. Представляется, что механическое перенесение гражданско-правовой презумпции добросовестности на все семейные отношения без исключения, вряд ли целесообразно, поскольку, как справедливо указывают сами авторы Проекта, существо отношений серьезно разнится. Известно, что в отличие от права гражданского, в семейном праве удельный вес императивных норм существенно выше. Те детско-родительские отношения, которые в принципе способны к правовому регулированию, практически полностью опосредуются императивными нормами. Императивность норм указывает на то, что регулируемые отношения нуждаются в публично-правовом контроле. Но такой контроль несовместим с действием презумпции добросовестности в том виде, в каком она известна гражданскому праву. Нельзя игнорировать и тот факт, что введение презумпции требует определенности по поводу того, кто, в каком порядке и на основании каких аргументов вправе опровергнуть презумпцию. В противном случае введение нормы о презумпции добросовестности вступит в противоречие с принципом правовой определенности, который означает, в частности, обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовой

РФ от 22.06.2017 N 16-П «По делу о проверке конституционности положения пункта 1 статьи 302 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина А.Н. Дубовца»).

нормы, и отступление от которого, как неоднократно подчеркивал Конституционный Суд РФ, ведет к нарушению конституционных прав и свобод³.

Неизбежность адекватного и не произвольного, но основанного на законе вмешательства государства в эти отношения с целью защиты прав детей очевидна. Любой отход от этой идеи, ослабление механизмов обеспечения государством защиты прав детей, нуждаются в серьезном общественном обсуждении. Обоснование, приводимое в пояснительной записке, представляется крайне скудным и не соответствующим современным социальным и правовым реалиям.

Во-вторых, если согласиться с необходимостью внедрения описанной презумпции, не ясной остается избирательность в формулировках авторов Проекта. Как отмечалось выше, предполагается, что презумпция распространяет свое действие исключительно на родителей, а не на всех участников семейных правоотношений. Чем вызвана такая избирательность – почему добросовестность других участников семейных правоотношений (например, супругов) не должна предполагаться, также остается не ясным.

В-третьих, как следует из других положений Проекта, презумпция конструируется исключительно для целей применения к неимущественным отношениям, складывающимся в семье. Что вкладывается авторами Проекта в понятие презумпции, как применять предлагаемую ими презумпцию при разрешении имущественных вопросов (например, необходимо ли сохранять институт предварительного разрешения органов опеки и попечительства на распоряжение имуществом несовершеннолетнего, который, по сути, отрицает презумпцию добросовестности родителей и других законных представителей детей), авторы Проекта умалчивают.

Предложение о введении в текст СК РФ презумпции добросовестности родителей в том виде, в котором оно сформулировано в Проекте, не заслуживает поддержки – к частноправовым семейным отношениям могут быть субсидиарно применены положения п. 5 ст. 10 ГК РФ, применение же описанного инструмента к детско-родительским отношениям зависит от множества факторов и, как представляется, не должно носить универсальный характер.

3.2.

Списывая многие проблемы правоприменения на отсутствие в семейном законодательстве «института семейно-правовой ответственности», авторы Проекта предлагают внести объемные изменения в нормы о лишении и ограничении в родительских правах, обязательно поименовав их «институтами семейно-правовой ответственности» в противовес вводимым Проектом «временным мерам защиты ребенка». В пояснительной записке неоднократно подчеркивается, что институты семейно-правовой ответственности должны стать крайними мерами, применяемыми к родителям.

Предлагается существенно сократить перечень оснований для лишения родительских прав, установить правило о невозможности лишения родительских прав без предварительного временного ограничения родителя в правах. При этом многие ныне существующие основания

³ См. напр.: постановления Конституционного Суда РФ от 25 апреля 1995 года N 3-П, от 15 июля 1999 года N 11-П, от 30 июля 2001 года N 13-П от 31.01.2008 N 2-П и др.

для лишения родительских прав в несколько измененном виде становятся основаниями для ограничения в родительских правах. Следует обратить внимание на то, что этот постулат не обладает новизной – вывод о том, что лишение родительских прав является крайней мерой воздействия на родителей, давно нашел закрепление в позициях высших судебных инстанций и правоприменительной практике⁴.

Следует также обратить внимание на то, что в отличие от действующего регулирования лишение родительских прав за жестокое обращение с детьми полностью исключается авторами Проекта: указание на это основание отсутствует в нормах и о лишении родительских прав, и об ограничении родителя в правах. Действительно, формулировка указанного основания для лишения родительских прав справедливо критиковалась в доктрине за неоднозначность и аморфность. Однако, следует признать, что правоприменительная практика и без внесения изменений в закон, успешно справляется с применением приведенных положений, толкуя их ограничительно. Так, высшие судебные инстанции скорректировали данные ими ранее разъяснения приведенных положений, удалив из описания жестокого обращения как основания для лишения родительских прав случаи применения родителями недопустимых способов воспитания (грубого, пренебрежительного, унижающего человеческое достоинство обращения с детьми, оскорбления или эксплуатации детей)⁵. В настоящее время в стране сложилась относительно единообразная практика лишения родительских прав по основанию жесткого обращения с детьми только при наличии вынесенного в отношении родителя приговора или решения суда, постановления о прекращении уголовного дела по нереабилитирующим основаниям и т. п.

Основания, ранее приводившие к возможности ограничения в родительских правах, а также некоторые иные основания должны, по мнению авторов Проекта, приводить к применению временных мер защиты ребенка (глава 12.1 Проекта). Как указывается в пояснительной записке, все описанные изменения направлены на максимальное обеспечение права ребенка на воспитание в родной семье, процедура лишения прав должна являться крайней мерой воздействия на родителя. Поскольку принцип семейного воспитания детей трудно переоценить, попытки усовершенствовать данные механизмы заслуживают поддержки⁶. Предлагаемая авторами Проекта концепция, безусловно, имеет право на существование, и, возможно, в большей степени сможет обеспечить реализацию принципа семейного воспитания. В то же

⁴ В пункте 13 постановления Пленума ВС РФ от 14 ноября 2017 г. N 44 «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с защитой прав и законных интересов ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью, а также при ограничении или лишении родительских прав» (далее – Постановление №44) подчеркнуто, что лишение родительских прав - крайняя мера ответственности родителей, которая применяется судом только за виновное поведение родителей по основаниям, указанным в статье 69 СК РФ, перечень которых является исчерпывающим.

⁵ Ср. пп. «г» п.16 Постановления N 44 с утратившим силу абз.4 п.16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.05.1998 N 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей».

⁶ Следует отметить, что органы опеки и попечительства и сейчас на практике руководствуются этим принципом. В то же время, приоритет семейного (родственного) устройства не может быть абсолютизирован. К сожалению, социально-экономические реалии нашей страны таковы, что иногда родственники детей, на практике не способные обеспечить воспитание ребенка (в силу возраста, наличия заболеваний, ведения асоциального образа жизни и других факторов), требуют передачи им ребенка, преследуя не гуманистические, но корыстные цели (получение сумм социальной помощи). Очевидно, что, несмотря на наличие общего требования родственного устройства, каждый конкретный случай должен быть предметом пристального изучения, результатом которого может стать отказ органа опеки в передаче ребенка родственникам.

время, нельзя не отметить, что текст предлагаемых изменений выглядит небрежным и не соответствует требованиям юридической техники.

Вызывает несогласие тот факт, что явно несоизмеримые по своей тяжести нарушения родителем прав ребенка - неоднократная неуплата без уважительных причин в нарушение решения суда или нотариально удостоверенного соглашения средств на содержание несовершеннолетних детей и, например, злоупотребление родительскими правами, выразившееся в вовлечении детей в совершение преступлений, правонарушений или иных антиобщественных действий – упоминаются в Проекте в одном ряду в качестве оснований для ограничения родительских прав. Опираясь на принцип приоритета интересов ребенка, с такой мерой ответственности родителя за неуплату средств на содержание ребенка трудно согласиться. Обращаясь к российским реалиям, ограничение родителя, не исполнившего более одного раза имущественное обязательство (требование об ограничении родительских прав можно будет заявлять уже после просрочки второго платежа), в праве на воспитание ребенка нельзя признать ни соразмерным нарушению, ни целесообразным. Сложно представить, чтобы родитель, надлежащим образом исполняющий свои обязанности по воспитанию ребенка, неуплатой алиментов более одного раза настолько нарушил интересы ребенка, что такого родителя следовало бы ограничить в родительских правах. Это правило должно быть изменено. Например, можно указать - «при просрочке исполнения обязательства в течение полугода и дольше». В Проекте не устранен нынешний дефект нормы о лишении родительских прав за совершение умышленного преступления. Требуется уточнения формулировка пп. 1 п. 2 ст. 69 СК РФ в редакции Проекта, в соответствии с которой основанием лишения родительских прав является вступление в законную силу обвинительного приговора суда, постановления (определения) суда или постановления следователя (дознателя) о прекращении уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям... в отношении родителя, совершившего умышленное преступление против жизни или здоровья супруга, в том числе не являющегося родителем детей. Буквальное толкование нормы приводит к тому, что родительских прав можно лишить родителя, проживающего отдельно от детей, и совершившего преступление в отношении нового супруга. Законоположение целесообразно уточнить: «...в том числе не являющегося родителем детей в случае совместного проживания с детьми».

Норму пп. 2 п. 3 ст. 73 СК РФ об основаниях ограничения в родительских правах в Проекте предлагается дополнить указанием на то, что отказ без уважительных причин взять своего ребёнка из организации (в настоящее время это является основанием для лишения родительских прав) будет являться основанием для ограничения прав только в том случае, если этот отказ документально оформлен в порядке, утвержденном уполномоченным органом. Остается неясным, каковы последствия неформирования родителем соответствующего отказа? Из текста Проекта следует, что неопределенность в правовом положении ребенка и родителя в таком случае может продолжаться в течение неопределенного периода времени. Неопределенность в этом вопросе следует устранить.

Неудачными с юридико-технической точки зрения кажутся и предложения по изменению пп.3 ст.3 ст.73 СК РФ. В ныне действующей редакции ст. 69 СК РФ одним из оснований для лишения родительских прав является злоупотребление родителем своими родительскими правами. Конкретное наполнение широкому термину «злоупотребление родительскими правами» успешно дается высшими судебными инстанциями – помимо склонения детей к

совершению правонарушений, к злоупотреблениям такого типа могут быть, в частности, отнесены: создание препятствий к получению детьми общего образования, вовлечение в деятельность запрещенных религиозных или общественных организаций⁷. В Проекте легальную формулировку злоупотребления предлагается изменить – злоупотреблением может быть признано только вовлечение детей в совершение преступлений, правонарушений или иных антиобщественных действий. С предлагаемым изменением нельзя согласиться, поскольку оно без всякого обоснования отвергает соответствующую законодательству и положениям Конвенции о правах ребенка практику признания злоупотреблением поведения родителей, явно нарушающего право ребенка на получение образования, на культурное и физическое развитие и т. д.

3.3.

Наибольшие возражения вызывает предлагаемый Проектом пересмотр положений об отобрании ребенка в случае непосредственной угрозы его жизни и здоровью (ст.77 СК РФ). Не секрет, что указанный институт сконструирован неудачно и нуждается в ревизии⁸. В Проекте институт отобрания наполняется новым содержанием, меняется даже наименование – ст.77 СК РФ предлагается назвать «Отобрание», а не «Отобрание ребенка при непосредственной угрозе жизни ребенка или его здоровью», как эта статья называется сейчас. Проектом предусмотрено изменение оснований для отобрания ребенка (только при наличии вступившего в законную силу судебного решения о лишении родителя родительских прав, об ограничении родителя в родительских правах или об отмене усыновления или наличия акта органа опеки и попечительства об отстранении опекуна (попечителя) от исполнения возложенных на него обязанностей). По мысли авторов Проекта, отобрание возможно только на основании судебного решения. Таким образом, отобрание ребенка перестает быть экстренной мерой обеспечения безопасности ребенка, и предстает в виде одного из этапов процесса применения принудительных мер к родителю или лицу его заменяющему. На смену отобранию, как институту экстренной помощи детям, по мысли авторов Проекта, приходят временные меры защиты детей, которым предлагается посвятить отдельную новую главу 12.1. Проекта. Кажется, что терминологически такое изменение подхода выглядит удачным – термин «отобрание», действительно, имеет не совсем подходящую «агрессивную» коннотацию. К достоинствам Проекта следует отнести и закрепление приоритета семейного устройства – дети должны быть переданы родственникам, и только в случае невозможности такой передачи, могут быть помещены в специализированную организацию (ст.79.2 Проекта). Однако содержание концепции временных мер защиты, в том виде, в каком они сформулированы сейчас в Проекте, не выдерживает критики и представляется опасным с точки зрения обеспечения защиты прав как детей при непосредственной угрозе их жизни и здоровью, так и их родителей.

⁷ См. п.16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14.11.2017 N 44 «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, связанных с защитой прав и законных интересов ребенка при непосредственной угрозе его жизни или здоровью, а также при ограничении или лишении родительских прав».

⁸ Неудачность предусмотренного ст.77 СК РФ механизма подтверждается тем, что, насколько нам известно, на практике уполномоченные органы прибегают к нему крайне редко, вынужденно используя для случаев экстренного изъятия детей инструменты профилактики безнадзорности несовершеннолетних (положения Закона РФ Федеральный закон от 24.06.1999 N 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»).

По мысли авторов Проекта, применение временных мер защиты возможно лишь в ситуациях, при которых родители в силу каких-либо обстоятельств временно не могут осуществлять родительские права (нуждаются в экстренной медицинской помощи, госпитализированы, помещены в психиатрический стационар, находятся в состоянии алкогольного или наркотического опьянения и доставлены в связи с этим в медицинскую организацию, пропали без вести, находятся в розыске, задержаны и т.п.). Список оснований, будучи примерным, тем не менее, оставляет множество вопросов. Например, должны ли применяться какие-либо принудительные процедуры в случае, когда родитель находится наедине с ребенком в состоянии сильного опьянения, в котором он не способен осуществлять уход за ребенком, однако родитель при этом не госпитализирован в соответствии с положениями Закона «О полиции»? Почему среди оснований для изъятия ребенка нет собственно непосредственной угрозы для жизни и здоровья, заключающейся не в отсутствии должного ухода, а в причинении или угрозе причинения вреда ребенку активными действиями любых лиц, у которых он находится? Из Проекта не ясно, каков алгоритм защиты прав ребенка в случаях применения в отношении него психологического или физического насилия в семье или непосредственной угрозы такого применения. Вкупе с некоторым ограничением полномочий органов опеки и попечительства по проверке условий проживания детей, включённые в Проект новеллы представляются крайне опасными с точки зрения принципа всемерной защиты прав детей.

В то же время, предлагаемый в Проекте порядок изъятия детей в рамках применения временных мер защиты мыслится авторами полностью несудебным. В современных условиях отобрание детей также осуществляется на основании акта органа опеки, однако в течение 7 дней с момента вынесения акта, соответствующий орган опеки обязан обратиться с иском в суд об ограничении в родительских правах либо о лишении. Несмотря на то, что описанная процедура, очевидно, не является совершенной и активно критикуется в доктрине, тем не менее, она предусматривает косвенный последующий судебный контроль над действиями органа опеки по отобранию. Парадоксально, но авторы Проекта, активно выступающие против «ювенальной юстиции», «произвола» органов опеки, конструируют институт «передачи ребенка из семьи» как сугубо неюрисдикционный - при наличии обстоятельств, предусмотренных в ст. 79.1 Проекта, ребенок передается родственникам или иным лицам, либо, при отсутствии таких лиц, в специализированную организацию, на основании акта уполномоченного органа. Предварительный или последующий судебный контроль внятно Проектом не описан, что может привести к прямо противоположному ожиданиям авторов Проекта эффекту, а именно - создать реальную опасность нарушения прав родителей или иных законных представителей ребенка.

Весьма туманными представляются и положения Проекта, описывающие правовой статус изъятых по описанной процедуре детей. По прямому указанию положений Проекта, изъятые дети, будучи переданными родственникам или в специализированную организацию, не признаются оставшимися без попечения родителей. При этом срок такой передачи никак не ограничен и, видимо, может быть сколь угодно долгим.

Полагаем, что наиболее перспективными направлениями совершенствования норм об отобрании могли бы стать: 1) коррекция механизма подтверждения отобрания посредством судебного постконтроля (например, по модели психиатрической госпитализации в

недобровольном порядке⁹); 2) устранение непосредственной «технической» взаимосвязи между процедурой экстренного изъятия и институтами лишения и ограничения в родительских правах; 3) более четкое соответствие обсуждаемых положений принципу приоритета семейного устройства детей, даже временно оставшихся без попечения родителей.

Изменение положений об отобрании детей, предложенное авторами Проекта, содержит потенциальные угрозы нарушения прав и законных интересов как детей, так и родителей, а потому не может быть поддержано.

4

Раздел VI СК РФ, посвященный признанию детей оставшимися без попечения родителей и их устройству, также претерпевает серьезные изменения в Проекте. Некоторые предложения авторов Проекта, касающиеся уточнения оснований и процедуры признания детей оставшимися без попечения родителей, как отмечено выше, выглядят весьма полезными. В то же время, ряд предложений по изменению норм, регулирующих отдельные формы устройства детей, не может быть поддержан.

Например, в Проекте предлагается закрепить правило о том, что отмена усыновления возможна в течение трех лет со дня вступления в законную силу решения суда об усыновлении ребенка. По истечении указанного срока взаимоотношения усыновителей и усыновленных регулируются положениями глав 11 и 12 СК РФ (ст. 140 Проекта). Следует признать, что нормы ныне действующей редакции СК РФ об отмене усыновления, сформулированы не очень удачно. В доктрине давно и активно обсуждается вопрос о том, что положения актуальной редакции ст. 141 СК РФ об основаниях отмены усыновления находятся в некотором несоответствии с положениями СК РФ о лишении родительских прав (ст. 69 СК РФ). Во-первых, не совпадает перечень оснований (например, в нормах об усыновлении отсутствует такое основание для отмены, как совершение умышленного преступления против жизни или здоровья детей или иных родственников). Во-вторых, не ясна сама концепция – почему при полном распространении на усыновителей правового положения родителей (п.1 ст.137 СК РФ), в отношении усыновителей производится отмена усыновления, а родители при наступлении тех же оснований лишаются родительских прав? В-третьих, в законе не разрешен вопрос о том, как следует поступать в тех случаях, когда усыновитель не может дольше исполнять свои обязанности в связи с болезнью или стечением иных тяжелых обстоятельств. В настоящее время описанная проблема решается с применением аналогии закона – в таких случаях уполномоченными органами могут вчиняться иски об ограничении усыновителей в правах¹⁰.

Изменения, предлагаемые авторами Проекта, не содержат концептуального решения описанных проблем. Представленные изменения касаются исключительно срока, по истечении которого, по мысли авторов, статус усыновителей должен автоматически трансформироваться в статус родителей. Вероятно, предлагаемые изменения обусловлены наличием специальных оснований для отмены усыновления – суд вправе отменить усыновление ребенка в том случае, когда по обстоятельствам как зависящим, так и не зависящим от усыновителя, не сложились отношения, необходимые для нормального развития и воспитания ребенка (п.2 ст.141 СК РФ).

⁹ См. ст.33-35 Закона РФ от 02.07.1992 N 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании».

¹⁰ См. п.10 Постановления №44.

Видимо, введение трехлетнего срока, предоставляемого для отмены усыновления, в первую очередь, направлено именно на ограничение периода времени, в течение которого усыновитель может добиться отмены усыновления по собственной инициативе.

Установление описанного срока представляется спорной мерой. Во-первых, кажется, что введение срока способно уподобить отношения по усыновлению отношениям по возврату товара, в котором был обнаружен дефект, что, очевидно, недопустимо. В п.19 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20.04.2006 N8 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей» указывается на то, что суд «вправе отменить усыновление ребенка и при отсутствии виновного поведения усыновителя, когда по обстоятельствам как зависящим, так и не зависящим от усыновителя, не сложились отношения, необходимые для нормального развития и воспитания ребенка. К таким обстоятельствам, в частности, можно отнести отсутствие взаимопонимания в силу личных качеств усыновителя и (или) усыновленного, в результате чего усыновитель не пользуется авторитетом у ребенка либо ребенок не ощущает себя членом семьи усыновителя; выявление после усыновления умственной неполноценности или наследственных отклонений в состоянии здоровья ребенка, существенно затрудняющих либо делающих невозможным процесс воспитания, о наличии которых усыновитель не был предупрежден при усыновлении. В указанных случаях суд вправе отменить усыновление исходя из интересов ребенка и с учетом мнения самого ребенка, если он достиг возраста десяти лет». К сожалению, вполне мыслимы ситуации, когда ни усыновитель, ни ребенок не желают и не могут более находиться в соответствующих отношениях. В таком случае насильно удерживать их в этом состоянии в связи с истечением трехлетнего срока, было бы неправильным. Во-вторых, из Положений проекта не ясно, должно ли правило о трехлетнем сроке влиять на процедуру прекращения усыновления по иным основаниям. Так, не понятно, должен ли усыновитель, например, злоупотребляющий своими правами по истечении трехлетнего срока, быть лишен родительских прав (или ограничен в них по смыслу новых положений Проекта) или же уполномоченные лица должны обращаться с требованием об отмене усыновления.

5

Среди норм, предлагаемых к внесению в иные федеральные законы (ст.2 Проекта №2), обращают на себя внимание положения, способные существенным образом ограничить правоспособность лиц, осуществивших смену пола. С этой целью п.9 ст.27 Закона «Об актах гражданского состояния» предлагается дополнить предложением следующего содержания: «В целях проверки обстоятельств, предусмотренных пунктом 5 статьи 14 Семейного кодекса Российской Федерации, руководитель органа записи актов гражданского состояния может потребовать предоставления свидетельства о рождении каждым из лиц, вступающих в брак». Одновременно с этим предлагается дополнить ст.70 того же закона следующим положением: «Внесение исправлений и изменений в запись акта о рождении лица, изменившего пол, не допускается». Приведенные новеллы способны привести к ограничению возможности лиц, сменивших пол, вступать в брак, а также усыновлять детей и брать их под опеку.

Указание на «право» руководителя органа ЗАГС потребовать предоставления свидетельства о рождении может трактоваться как предоставление должностному лицу права решать, разрешить или нет регистрацию брака. Это, безусловно, недопустимо. Законодатель должен либо четко указать на разрешение/запрет таких браков, либо отнести решение вопроса на рассмотрение суда.

По остальным вопросам, касающимся прав лиц, сменивших пол, экспертам не удалось выработать консолидированное мнение.

Часть экспертов считает, что ограничение прав лиц, сменивших пол, носит очевидно дискриминационный характер, а потому недопустимо¹¹.

В настоящее время российский законодатель признает смену пола самостоятельным основанием для изменения правового статуса лица¹². Безусловно, дифференцированное отношение к лицам, находящимся в аналогичном (относительно схожем) положении (желающим вступить в брак, усыновить ребенка и пр.) может иметь под собой какое-либо объективное обоснование, однако в пояснительной записке к Проекту никакого вразумительного обоснования допустимости ограничения прав лиц, сменивших пол, не представлено. В связи с этим невозможно уяснить, на устранение каких «опасностей», очевидно существующих по мнению авторов Проекта, направлены предложения по изменению существующего положения дел.

Если речь идет о дальнейшем обеспечении и усилении запрета на заключение однополых браков, то в данном вопросе авторы Проекта, как кажется, берут на себя не свойственные законотворцам и юристам функции – констатация произошедших у лица физиологических и (или) психологических половых трансформаций должна производиться лицами, обладающими специальными знаниями (психологами, врачами), а не обывателями, берущимися рассуждать о понятии «медицинской нормы»¹³. Лицо, прошедшее в установленном законом порядке соответствующую комиссию и получившее документ, подтверждающий смену пола, более не может в медицинском смысле считаться лицом, имеющим пол, указанный при рождении. Существующее состояние такого лица приводится в соответствие с его правовым статусом, следовательно, нет никаких сколько-нибудь разумных оснований для ограничения прав таких лиц на вступление в разрешенные на территории нашей страны разнополые браки.

Если одной из целей авторов проекта было «устранение лазейки», позволяющей лицам, сменившим пол, сохранять ранее заключенные браки, превращая их тем самым в однополые, то для этой цели могли быть предложены существенно более гуманные правовые инструменты (например, выдача временных документов, удостоверяющих личность с последующей выдачей «постоянных» документов под условием расторжения существующего брака и проч.).

Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) неоднократно указывал на то, что гендерная идентичность может рассматриваться как один из критериев дискриминации, поскольку она обладает для этого всеми необходимыми признаками индивидуальности, неотъемлемости и проч.¹⁴

Кроме того, ЕСПЧ признает, что гендерная идентичность и сексуальная ориентация суть две совершенно различные особенности и любое их смешение (а подход, уравнивающий лиц, сменивших пол, и лиц с нетрадиционной сексуальной ориентацией, в рамках п. 5 ст. 14 СК РФ

¹¹ Указанной позиции придерживаются М.А. Александрова, А.А. Павлов, С.А. Громов, А.Ю. Зезекало, Т.С. Микони.

¹² См.: Приказ Минздрава России от 23.10.2017 N 850н «Об утверждении формы и порядка выдачи медицинской организацией документа об изменении пола», Постановление Правительства РФ от 08.07.1997 N 828 «Об утверждении Положения о паспорте гражданина Российской Федерации, образца бланка и описания паспорта гражданина Российской Федерации».

¹³ В настоящее время Всемирная Организация Здравоохранения относит гендерные несоответствия к «состояниям, связанным с сексуальным здоровьем», а не к «психическим и поведенческим расстройствам». Однако даже если принять к сведению аргументы апологетов идеи о том, что применительно к трансгендерам следует говорить о психическом расстройстве, вывод остается неизменным - наличие у лица психического заболевания, при условии отсутствия решения о признании его недееспособным, не является препятствием для вступления такого лица в брак.

¹⁴ См. напр.: *P. V. v. Spain*, 2010, no. 35159/09, §30 (*Sousa Goucha v. Portugal*, 2016, § 27).

потенциально приводит именно к этому) может рассматриваться как вмешательство в право на неприкосновенность частной жизни¹⁵.

Если предлагаемые к внесению изменения направлены на недопущение лиц, сменивших пол, к усыновлению, опеке и иным формам устройства детей, то и эти цели не могут оправдать внесение дискриминационных поправок.

Забота о душевном состоянии детей, ограждение их от негативного психологического влияния в полной мере обеспечиваются ныне действующими положениями закона. Потенциальные усыновители, опекуны, попечители обязаны предоставлять медицинское заключение о состоянии здоровья (ст.ст.127, 146 СК РФ). Наличие у лица, претендующего на усыновление, опеку (попечительство), приемное (патронатное) родительство, психического расстройства или расстройства поведения до прекращения диспансерного наблюдения, препятствует передаче ребенка такому лицу¹⁶. При подготовке к усыновлению большинство претендентов обязано пройти специализированную психолого-педагогическую подготовку. Суд при решении вопроса об усыновлении может назначить психолого-педагогическую экспертизу в отношении претендентов, а также учесть любые иные обстоятельства с целью максимального обеспечения интересов ребенка¹⁷. Таким образом, лицо, страдающее психическим расстройством, находящееся в нестабильном психологическом состоянии (вне зависимости от того, меняло это лицо пол или нет) в любом случае не сможет принять ребенка в свою семью.

Опасность нарушения прав иных лиц (например, несовершеннолетних детей) самой возможностью правового закрепления смены пола их родителем также не может являться основанием для дискриминации лиц, сменивших пол. Законодателем может быть избран любой вариант правового закрепления происходящей с такими лицами трансформации. Дабы обеспечить достоверность сведений о родителях, содержащихся в свидетельствах о рождении детей, происходящих от лиц, в последующем сменивших пол, действительно, может быть избрана модель, не допускающая ретроспективного эффекта смены пола (например, не предусматривающая выдачи нового свидетельства и внесения изменений в запись о рождении). При такой модели перспективный эффект смены пола может выражаться в выдаче нового документа, удостоверяющего личность (паспорта), предоставления которого должно быть достаточно для вступления в брак. Очевидно, что смена пола родителем также сама по себе не оказывает никакого влияния на несение им обязанностей по воспитанию и содержанию детей. Представляется, что при выборе любой из существующих моделей регулирования таких отношений усилия законодателя должны быть направлены на достижение оптимального баланса интересов участников регулируемых отношений и всемерную защиту прав всех субъектов, а не на дискриминацию одних лиц для защиты прав других.

Из сказанного следует, что предлагаемые ко внесению изменения, касающиеся ограничения прав лиц, сменивших пол, носят очевидно дискриминационный характер и не могут быть приняты.

¹⁵ См. напр.: *Sousa Goucha v. Portugal*, 2016, §27.

¹⁶ См. п.4 Постановления Правительства РФ от 14.02.2013 N 117 «Об утверждении перечня заболеваний, при наличии которых лицо не может усыновить (удочерить) ребенка, принять его под опеку (попечительство), взять в приемную или патронатную семью»

¹⁷ Практика показывает, что суды активно используют возможности по назначению экспертиз. См. напр.: "Обзор практики рассмотрения в 2019 году областными и равными им судами дел об усыновлении детей иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также гражданами Российской Федерации, постоянно проживающими за пределами территории Российской Федерации" (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 08.07.2020)

Часть экспертов придерживается противоположной точки зрения, в целом поддерживая позицию авторов законопроектов¹⁸.

В российском обществе доминируют представления о смене пола как о ненормальном явлении. Медики подтверждают, что психика сменивших пол лиц неустойчива. Высока вероятность того, что в процессе воспитания они, пусть и неосознанно, будут навязывать детям нетрадиционные ценности, особенно в части полового воспитания. Указанные обстоятельства и породили проблему. Разрешить ее юридически можно путем взвешивания ценностей и выбора между интересами лица, изменившего пол, либо интересами ребенка. Какой риск выше: риск дискриминации лица по гендерному признаку, с одной стороны, или риск нарушения прав ребенка на социальное и моральное благополучие, а также на здоровое психическое развитие (см. Конвенцию о правах ребенка), с другой? Ссылки на практику ЕСПЧ о недопустимости дискриминации трансгендеров в данном случае несостоятельны. Европейский Суд по правам человека применительно к статье 8 «Право на уважение частной и семейной жизни» Конвенции о защите прав человека и основных свобод указывал, что национальные власти обязаны соблюдать справедливый баланс между конкурирующими интересами и при определении такого баланса особое значение придавать коренным интересам ребенка, которые в зависимости от их характера и важности могут иметь приоритет над аналогичными интересами родителей¹⁹.

С учетом сказанного, ограничение прав указанных лиц нельзя считать дискриминационным. Следует заметить, что законодатель устанавливает ограничения на вступление в брак для недееспособных вследствие душевной болезни лиц или близких родственников, для усыновителя и усыновленного. Еще большее число ограничений, как связанных с поведением самого лица (совершение преступления и т. п.), так и лежащими за пределами его воли (определенные виды заболеваний) действует в части прав на усыновление или опеку.

В пользу ограничения прав трансгендеров говорит то, что в контексте действующего законодательства предоставление им равных с иными категориями граждан семейных прав может создать неразрешимые правовые коллизии. Так, если изменение половой принадлежности будет иметь ретроактивный эффект (если смена пола будет сопровождаться выдачей нового свидетельства о рождении, в котором будет указан новый пол данного лица с момента рождения), это может негативно отразиться на правах других категорий граждан. Их интересы, однозначно, не должны нарушаться ради предоставления трансгендерам равных с другими лицами прав.

Например, если женщина родила ребенка, а затем меняет свой пол на мужской с ретроактивным эффектом, то в результате у ее ребенка исчезает мать, и свидетельство о рождении данного ребенка перестанет отражать юридическую действительность, потребуется его замена, при том, что другую мать в новом документе указать невозможно²⁰.

¹⁸ Приведенной позиции придерживаются А. А. Новиков, Н. Ю. Рассказова, А. Д. Рудоквас, Д. О. Тузов.

¹⁹ См. напр.: решение от 24 ноября 2005 года по вопросу приемлемости жалобы № 16153/03 «Владимир Лазарев и Павел Лазарев против России».

²⁰ Как справедливо отмечено в особом мнении Судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиева: «Поскольку в законодательстве отсутствует четкое определение понятия «мать», российский законодатель придерживается той позиции, что важнейшим основанием возникновения родительских прав является беременность. Такой подход базируется на гестационной теории, которая ведет свое происхождение еще из римского права, где существовал

Аналогично, при смене пола отцом с ретроактивным эффектом придется менять и свидетельство о рождении его ребенка, не указывая при этом отца в новом свидетельстве о рождении, поскольку женщина отцом указана быть не может. Можно привести и иные примеры неразрешимых правовых проблем и нарушений прав третьих лиц, которые может породить ретроактивное действие смены пола.

Приведенные доводы позволяют утверждать, что предлагаемое в законопроекте ограничение прав лиц, сменивших пол, является обоснованным и сбалансированным, будучи направлено на защиту прав не только детей, но и иных категорий граждан.

* * *

Подводя итог анализу предлагаемых законопроектов, следует отметить, что главным упреком их авторам является отсутствие обоснования многих, в том числе концептуальных, изменений. В пояснительной записке к законопроектам не приводится статистика судебных дел, нет ссылок на дела, свидетельствующие о проблемах в правоприменительной практике (например, практике лишения родительских прав или незаконности отобрания детей). Не ясно, на чем основан вывод о том, что практика а) сталкивается с большей частью обозначенных авторами Концепции проблем, и б) столкнувшись с проблемами, не может адекватно их разрешить.

Кроме того, независимо от содержания предлагаемых новелл, уровень юридической техники законопроектов не выдерживает критики.

Общий вывод: законопроекты в предложенной редакции не могут быть поддержаны.

принцип «mater est quam gestatio demonstrat» («мать определяется беременностью»). См. Определение КС РФ от 15.05.2012 № 880-О.