

Лица, заменяющие родителей, в букве действующего закона

Аннотация. В работе исследуются концептуальные и инструментальные аспекты семейно-правового понятия «лица, заменяющие родителей». Культура его нормативного и теоретического употребления не является устоявшейся. Научным стимулом для настоящего дискурса стала предполагаемая законодательная замена этого понятия новым — «лица, на попечении которых находится ребенок» (законопроект № 157281-8). Автор задается теоретико-методологическим вопросом о том, что можно сделать теоретически для достижения юридической полноты и ясности в понимании правового смысла, который заложен в уже имеющееся понятие «лица, заменяющие родителей». Важно не допустить того, чтобы неполная юридическая известность, сопутствующая ему, не перешла на предлагаемое к введению в СК РФ новое, заменяющее его понятие. Итоговые выводы статьи отражают научные взгляды автора на поставленную им проблему и состоят в следующем: при научном описании правового понятия «лица, заменяющие родителей» надлежит опираться не только на его лингвистическое обозначение, но и на такие методологические позиции, как: цель присутствия данного понятия в нормативном тексте в виде необходимости отделить лиц, признанных законом родителями, от других лиц, которые на иных законных или фактических основаниях состоят с ребенком в тесной взаимосвязи; понятие «лица, заменяющие родителей» по своему нормативному значению является вторичным, его сущностная сторона предreshена производностью от основного термина «законные родители ребенка». Отсюда правовой смысл этого группового понятия нельзя познать через его научное описание как понятия, которое существует «само по себе». Необходимо его сопоставить как с понятием, от которого оно произошло, — законные родители, так и с другими рядоположенными групповыми (другие лица, на попечении которых находится ребенок, — ст. 77 СК РФ; другие родственники; законные представители ребенка) и персонифицированными (отчим/мачеха, фактический воспитатель, бабушка/дедушка) правовыми понятиями.

Ключевые слова: родители; родительское признание; родительские права и обязанности; родительский приоритет; лица, заменяющие родителей; опекуны и попечители по закону; фактические опекуны; фактический воспитатель; усыновители; лица, на попечении которых находится ребенок.

Для цитирования: Комиссарова Е. Г. Лица, заменяющие родителей, в букве действующего закона // *Lex russica*. — 2023. — Т. 76. — № 1. — С. 126–141. — DOI: 10.17803/1729-5920.2023.194.1.126-141.

© Комиссарова Е. Г., 2023

* Комиссарова Елена Генриховна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права Пермского государственного национального исследовательского университета, профессор кафедры гражданского права и процесса Тюменского государственного университета
ул. Букирева, д. 15, г. Пермь, Россия, 614919
eg-komissarova@yandex.ru

Persons in Loco Parentis in the Letter of the Current Law

Elena G. Komissarova, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor, Department of Civil Law, Perm State National Research University; Professor, Department of Civil Law and Procedure, Tyumen State University
ul. Bukireva, d. 15, Perm, Russia, 614990
eg-komissarova@yandex.ru

Abstract. The paper explores the conceptual and instrumental aspects of a family law concept, namely «persons in loco parentis». The culture of its normative and theoretical use is not well-established. The scientific incentive for this discourse was the proposed legislative replacement of this concept with a new one — «persons in the care of a child» (Bill No. 157281-8). The author raises a theoretical and methodological question about what can be done theoretically to achieve legal completeness and clarity in understanding the legal meaning that is embedded in the already existing concept of «persons in loco parentis». It is important to prevent the incomplete legal awareness accompanying it from passing to the new concept proposed for introduction into the Family Code of the Russian Federation, replacing its definition. The final conclusions of the paper reflect the author's scientific views on the problem posed by her and consist in the following. The scientific description of the legal concept of «persons in loco parentis» requires reliance not only on its linguistic designation, but also on such methodological positions as: the purpose of the presence of this concept in the normative text in the form of the need to separate persons recognized by law parents, from other persons who, on other legal or factual grounds, are in close relationship with the child; the concept of «persons in loco parentis» is secondary in its normative meaning, its essential side is predetermined by the derivation from the main term «legal parents of the child». Hence, the legal meaning of this group concept cannot be known through its scientific description as a concept that exists «by itself». It is necessary to compare it both with the concept from which it originated — legal parents, and with other ordained group (other persons in whose care the child is — Article 77 of the Family Code of the Russian Federation; other relatives; legal representatives of the child) and personalized (stepfather/stepmother, actual caregiver, grandmother/grandfather) legal concepts.

Keywords: parents; parental recognition; parental rights and obligations; parental priority; persons in loco parentis; guardians; guardians by law; actual guardians; actual caregiver; adoptive parents; persons in the care of a child.

Cite as: Komissarova EG. Litsa, zamenyayushchie roditeley, v bukve deystvuyushchego zakona [Persons in Loco Parentis in the Letter of the Current Law]. *Lex russica*. 2023;76(1):126-141. DOI: 10.17803/1729-5920.2023.194.1.126-141. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Попытки реформирования семьи и семейных отношений средствами права продолжаются. Благодаря им выходят из законодательной и научной тени не слишком почитаемые доктринальным вниманием семейно-правовые понятия. В их числе понятие субъектного ряда — лица, заменяющие родителей. Имея общепринятую известность и неразрывную связь с базовым нормативным понятием «родители», а также другими рядоположенными семейно-правовыми понятиями, оно пока так и не обрело научно-теоретической известности. Отсюда пре-

обладание внелогических форм аргументации при обращении к нему и часто его субъективная наполняемость. Это не стало препятствием для инициаторов законопроекта № 157281-8¹, предложивших заменить понятие «лица, заменяющие родителей» новым — «лица, на попечении которых находится ребенок».

Несмотря на предполагаемое устранение из нормативного текста понятия «лица, заменяющие родителей», автор настоящей статьи всё же решил сосредоточиться на этой проблеме. В этом нет каких-либо заблуждений, как и намерения во чтобы то ни стало отстоять это правовое понятие как «единственно правильное».

¹ Законопроект № № 157281-8 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части регулирования отношений, связанных с правами и законными интересами детей)» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/157281-8> (дата обращения: 18.11.2022).

Причина исключительно академическая. Как справедливо заметил родоначальник законодательной техники Р. Иеринг, «определение понятия является не первым действием: оно возможно только тогда, когда исследование его тела совершенно закончилось»². Исследований, которые бы обратились к «телу» этого понятия и правовому явлению, за ним стоящим, в науке семейного права не проводилось. Существовая в качестве устойчивой лингвистической формулы, оно пока остается научно не описанным. Столь же неопианным является и предлагаемое на замену понятие «лица, на попечении которых находится ребенок». В отсутствие его теоретического подкрепления авторы законопроекта ограничились интуитивными ассоциациями, выраженными в аргументах об идеологической ущербности понятия «лица, заменяющие родителей», доставляющего нежелательное представление о том, что «родителей можно заменить»³.

При таких предпосылках правовой эффект, ожидаемый от реализации законопроекта, может оказаться сомнительным, найдя свое проявление в механической замене одного неизвестного понятия другим неизвестным, которому предстоит войти в десяток статей⁴.

Это далеко не единственное следствие преодоления заявленной авторами законопроекта лингвистической некорректности. Кроме того, что «свергаемое» законопроектом понятие используется в нормах федеральных законов⁵, оно еще принадлежит и к числу конституционных (п. 3 ст. 43 Конституции РФ). На стадии подготовки законопроекта это побуждает как

минимум к неформальному осознанию того, что речь идет не просто о замене идеологически неудобного понятия, а о выводе из системы конституционных норм одного юридического элемента и включении в нее нового. Понятно, что для изменения конституционных норм нужны более веские обоснования, идущие как от самого законодателя, так и от доктрины. Пока этого нет.

Понятие «лица, заменяющие родителей» вошло в акты регионального⁶ и ведомственного⁷ правотворчества. Каких лиц включит в этот перечень ведомственный пользователь при выдаче справок, фиксирующих ретроспективные обстоятельства нахождения несовершеннолетних детей в местах ссылки/высылки с родителями или лицами, их заменяющими, остается только предполагать. А вот тот общеизвестный факт, что региональный законодатель использует это понятие фактически вслепую, не может остаться для науки и федерального законодателя незамеченным.

Отвечу на вопрос о том, является ли в таком случае предстоящая замена угрозой для семейно-правовой системы или благом, посвящена настоящая статья. В целях получения аргументированного ответа автор отклоняется от ставшего привычным теоретического стереотипа, согласно которому в качестве отправного пункта исследования выбираются суждения о семейном неблагополучии ребенка, плохих и хороших родителях, простая совокупность которых представляет собой не больше, чем смесь идеализма, эмпиризма и субъективизма. Понимая, что речь идет о таком компоненте пра-

² Иеринг Р. Юридическая техника / сост. А. В. Поляков. М.: Статут, 2008. С. 73.

³ Пояснительная записка к проекту федерального закона № 157281-8 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (пп. 6 п. 8) // URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/otobranie-detey-pri-ugroze-ikh-zhizni-khotyat-sdelat-isklyuchitelnoy-meroy/> (дата обращения: 02.12.2022).

⁴ Проектные нормы СК РФ: ст. 1.1; п. 1 ст. 28; п. 2 ст. 55; абз. 1 п. 1 ст. 56; п. 2 ст. 56; п. 2 ст. 60; ст. 65; п. 1 ст. 70; п. 2 ст. 148.1.

⁵ Федеральный закон от 24.07.1998 № 124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» (п. 2 ст. 14.1) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3802; Федеральный закон от 24.04.2008 № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» (п. 1 ст. 12) // СЗ РФ. 2008. № 17. Ст. 1755.

⁶ Например, Закон Санкт-Петербурга от 19.02.2014 № 48-14 «О мерах по предупреждению причинения вреда здоровью, физическому, интеллектуальному, психическому, духовному и нравственному развитию несовершеннолетних в Санкт-Петербурге» // URL: <https://peterburg-pravo.ru/zakon/2014-02-19-n-48-14/st-1.html> (дата обращения: 02.12.2022).

⁷ См.: приказ МВД РФ от 01.03.2021 № 93 «Справка Министерства внутренних дел Российской Федерации о реабилитации (об отказе в реабилитации) лица, находящегося вместе с репрессированными по политическим мотивам родителями (лицами, их заменившими) (рекомендуемый образец)» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 02.12.2022).

вовой материи, как юридическая догматика, автор ориентируется на категорию должного и необходимого. Такая стратегия исключает обход важных методологических канонов, значимых для исследования норм действующего и будущего позитивного права, и вполне соответствует доктринальным предостережениям о том, что «продвижение права вглубь семьи требует от законодателя крайней осторожности и взвешенности»⁸.

Лица, заменяющие родителей, в контексте максимы об исключительном характере родительских прав и обязанностей, принадлежащих законным родителям

Мысль об исключительности законных родителей, основанная на трех видах императивных правил — о происхождении ребенка; государственном признании лиц родителями; родительских правах и обязанностях, является мировоззренческим, идеологическим и методологическим ориентиром всей родительской проблематики⁹. Именно ей надлежит направлять исследование научно-теоретических проблем детско-родительского права. Причина этого очевидна: никакие другие лица, кроме родителей и детей, не стоят по отношению друг к другу в аналогичной причинно-следственной связи.

Но так бывает не всегда. Максима о том, что у ребенка не может быть более двух родителей и каждый родитель обладает правами и обя-

занностями, которые не разделяются ни с кем другим, нередко игнорируется при обращении к вопросу о лицах, заменяющих родителей.

Редкие и не самые методологически подготовленные рывки в сторону лиц, заменяющих родителей¹⁰, пока не позволили увидеть в понятии, их именуемом, тот неординарный законодательный инструмент, который предназначен для строго определенной цели в виде легального вовлечения в ближайшее ответственное окружение ребенка третьих лиц, не имеющих родительского статуса. За рамками имеющихся исследований оставлена также и технико-юридическая особенность правового понятия «лица, заменяющие родителей» в виде игнорирования его тесной связи с понятием, от которого оно произошло, — законные родители. Признание этой связи исключает восприятие исследуемого понятия и стоящего за ним явления в качестве автономного, то есть существующего в нормативном контексте «само по себе». Без сопоставления с базовыми родительскими понятиями понятие «лица, заменяющие родителей» становится юридически бесцельным.

Поэтому, независимо от того, удачна или неудачна формулировка понятия «лица, заменяющие родителей», важнее увидеть цель его включения в нормативный текст и в зависимости от этого устраивать пространство исследовательского поиска в попытке научного описания его юридических сущностей.

Будучи нормативным, понятие «лица, заменяющие родителей» имеет определенное

⁸ Косова О. Ю. О концептуальной основе развития российского семейного законодательства // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 39.

⁹ Как в свое время указывал К. П. Победоносцев, «человек, как существо разумное, стремится обобщать явления. Вследствие того утверждается понятие о супружеском союзе как о постоянном сожителстве мужчины и женщины, о союзе родителей и детей, продолжающемся целую жизнь, о союзе семейном, о роде» (Победоносцев К. П. Курс гражданского права. М. : Статут, 2003. Часть 2 : Права семейственные, наследственные и завещательные. С. 7–8).

¹⁰ Банщикова С. Л. «Законные представители» или «лица, заменяющие родителей»? // Материалы научно-практической конференции. Омск : Изд-во Моск. юрид. ин-та, 2007. Ч. 2. С. 83–89 ; Каймакова Е. В. Актуальные вопросы лишения и ограничения родительских прав в семейном законодательстве: теоретические и практические аспекты // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия «История и право». 2012. № 1. Ч. 1. С. 76–80 ; Бахтияров И. П. Физические лица как субъекты семейных правоотношений : монография / под ред. О. Ю. Ильиной. М. : Юнити-Дана: Закон и право, 2017. С. 14–15 ; Ильина О. Ю. Отзыв на концепцию проекта федерального закона «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации, направленных на реализацию государственной функции защиты семьи и ребенка» (с учетом поступивших замечаний) // URL: <https://ouzs.ru/upload/iblock/525/5253de310be48747fb31146a356952a4.pdf> (дата обращения: 02.12.2022) ; Леканова Е. Е. Теоретические и правоприменительные аспекты лишения и ограничения родительских прав // Актуальные проблемы российского права. 2022. Т. 17. № 2. С. 103–110.

сходство с таким более широким, неформализованным, а потому вариативным научным понятием, как «другие лица, участвующие в воспитании ребенка». В качестве общеупотребительного и удобного оно часто используется в правовом обороте, но юридически тождественным понятию «лица, заменяющие родителей» не является. Для того, чтобы в этом убедиться, необходимо воспроизвести весь ряд персонифицированных и сборных понятий, которые называют этих «других лиц».

К числу персонифицированных относятся такие понятия, как: лицо, фактически являющееся отцом или матерью ребенка (п. 1 ст. 52 СК РФ); опекун/попечитель¹¹; отчим/мачеха (ст. 97 СК РФ); фактический воспитатель (ст. 96 СК РФ); бабушка/дедушка (ст. 67, 94, 95 СК РФ).

Сборные понятия указывают на законных представителей (ст. 64 СК РФ); лиц, заменяющих родителей (ст. 28, п. 2 ст. 55; абз. 1 п. 1 ст. 56; п. 2 ст. 56; п. 2 ст. 60; ст. 65; п. 1 ст. 70; п. 2 ст. 148.1 СК РФ); других лиц, на попечении которых находится ребенок (ст. 77 СК РФ); других родственников (ст. 67 СК РФ). Эти понятия во многом пересекаются с персонифицированными, что необходимо учитывать при их употреблении.

Присутствие этих понятий в нормативном тексте обусловлено намерением законодателя поименовать тех лиц, которые на законном или

фактическом основании в той или иной форме принимают участие в семейном воспитании ребенка, включая такую защищаемую законом форму, как право на общение с ребенком.

Разность правовых последствий, возникающих от участия названных лиц в воспитании ребенка, не отменяет то общее, что их объединяет. Оно состоит в том, что данные лица вправе участвовать в воспитании ребенка в силу указания закона или по соглашению с родителями ребенка, наряду с ними, однако их личные неимущественные и имущественные полномочия не могут быть равными родительским. Конкуренция прав этих лиц с правами и обязанностями родителей исключена, что поддерживается политико-правовой идеей «родительского авторитета»¹², ориентированной на стабильность и непрерывность отношений родителей и ребенка. Адресными императивами, которые ее поддерживают и обеспечивают, являются преимущественное право родителей перед другими лицами на воспитание своих детей (п. 1 ст. 63 СК РФ) и право требовать возврата ребенка от любого лица, удерживающего его у себя не на основании закона или решения суда (ч. 1 п. 1 ст. 68 СК РФ)¹³.

Обзор законопроекта № 157281-8 обнаружил тенденцию к увеличению числа как персонифицированных¹⁴, так и сборных понятий¹⁵. Вопросом о том, как эти вновь вводимые в

¹¹ Термины «опекун/попечитель» для целей настоящей статьи используются без расшифровки, в том значении, которое им задано нормами гл. 20–22 СК РФ.

¹² Концепция совершенствования семейного законодательства Российской Федерации и Предложений по совершенствованию семейного законодательства Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.07.2014 № 132-1/2014 // URL: <https://nra-russia.ru/glavnaya/roditelskaya-ekspertiza/obshhestvennaya-ekspertiza-obsuzhdeniya-i-slushaniya-zakonotvorchestvo/konceptiya-sovershenstvovaniya-semeynogo-zakonodatelstva.html> (дата обращения: 02.12.2022).

¹³ Эти нормы имеют исторические аналоги, также служившие точками отсчета в регулировании отношений родительской власти. Как указывалось в Своде законов Российской империи 1832 г., «ни доброе расположение к чужому ребенку, ни заботы о его воспитании и образовании, ни принимаемые меры к обеспечению его будущности не уполномочивают постороннее лицо помимо велений закона вторгаться в сферу родительских прав и обязанностей, препятствуя осуществлению их в пределах требования закона». См.: Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / сост. И. М. Тютрюмов. М.: Статут, 2004. Книга первая. С. 221.

¹⁴ В их число вошли родители, не лишенные родительских прав и не ограниченные в родительских правах, имеющие право обратиться в органы опеки и попечительства с письменным заявлением о назначении их ребенку опекуна (попечителя) с указанием конкретного лица (ст. 65.1); лицо, отстраненное от исполнения обязанностей опекуна/попечителя (ст. 79.1, 79.4); лицо, указанное в нотариально удостоверенном согласии для осуществления правомочий по защите прав и законных интересов ребенка (ст. 64.1 СК РФ).

¹⁵ К числу таких отнесены понятия, которые указывают на «других лиц», не имеющих родительского статуса: родственники и иные лица, осуществляющие временную защиту ребенка по месту своего житель-

закон понятия будут соотноситься с уже имеющимися в законе правовыми понятиями — близкие родственники, другие родственники, законные представители, другие лица, на попечении которых находится ребенок, — авторы законопроекта не задались. Вопрос далеко не второстепенный, ведь терминология любого закона — явление системное.

Не исключено, что подобная терминологическая активность со стороны законодателя прорвалась наружу из-за отсутствия надежных теоретических обобщений по части понятийной проблематики со стороны семейно-правовой науки, представители которой описывают ее состояние как «довольно удручающее зрелище»¹⁶. Однако наиболее явная причина видится в том, что при работе над законопроектом его составители явно недостаточно ориентировались на максимум родительской исключительности, поддерживаемую уже известными правовыми понятиями — основополагающими и производными, персонифицированными и сборными.

Исследований, которые бы предметно обращались к научному познанию проблемы лиц, заменяющих родителей, сегодня не существует. Если не считать попутных научных взглядов, в которых есть лапидарно-монологовые суждения, юридическая цель которых обычно исчерпывается намерением авторов скорректировать или просто указать на факт неопределенности перечня лиц, которые могут быть причислены к категории лиц, заменяющих родителей. Тогда как сегодня перед наукой стоит более сложная задача — создать научную теорию, которая соответствует этой сложности. Для этого важно актуализировать цель включения этого понятия в законодательный текст и достигнуть определенности в том, должно ли оно быть «понятием точного значения» для целей семейно-правового регулирования, или ему предстоит остаться в числе контекстуально открытых.

Пока представители науки семейного права, наиболее близко подступившие к проблеме «других лиц, участвующих в воспитании ребенка», пошли по пути создания новых частных понятий в обход понятия «лица, заменяющие родителей». Так, появились более частные родительские понятия — лица, приравненные в своем статусе к родителям¹⁷; субъекты, претендующие на родительский статус¹⁸; иные представители ребенка, кроме родителей¹⁹, и др. Вряд ли эти новые понятия, невольно работающие на ослабление качества родительской исключительности, помогут науке, не разрешившей общую теоретическую проблему вокруг недостаточно идентифицированного нормативного понятия «лица, заменяющие родителей». Без постижения этой проблематики всему тому научному материалу, который уже есть и продолжает создаваться в качестве смежного с ней, уготовано оставаться разрозненным. Ему попросту не с чем быть скоординированным. Что же касается аргументов, положенных в основу вычленения частных «не родительских» понятий, то им уготовано быстро ослабнуть. Причина этого ясна — они лежат в области утилитарных фактов, а не правовой и научной реальности.

Присутствие в законе производных родительских понятий, каковым является понятие «лица, заменяющие родителей», — неизбежность. Ни один законодатель не может исключить появление в жизни ребенка по закону или по факту лиц, которые, не будучи для него родителями, опекают его и заботятся о нем. Однако число таких лиц с точки зрения их наименования в законе не может и не должно быть безбрежным — по принципу удобства «на разные случаи». Во-первых, это угроза родительской исключительности. Ведь привнесение в нормативный текст новых правовых понятий — это всегда появление новых юридических сущностей, которые в нашем случае должны быть согласо-

ства либо по месту жительства такого лица (ст. 79.1, 79.4); лица, уполномоченные применять временные меры по защите ребенка (ст. 79.3); родственники и (или) иные лица, привлекаемые родителями для воспитания ребенка (ст. 63 СК РФ); иные законные представители ребенка (п. 7 ст. 79 СК РФ).

¹⁶ Тарусина Н. Н. О судебном усмотрении: заметки семейноведа : монография. Ярославль : ЯрГУ, 2011. С. 84.

¹⁷ Шахова Е. С. К вопросу о реформировании частноправовых и публичных начал защиты и охраны родительства и детства // Семейное и жилищное право. 2016. № 4. С. 26.

¹⁸ Татаринцева Е. А. Модели правоотношений по воспитанию ребенка в семье и тенденции их формирования в национальном семейном праве. М. : Юстицинформ, 2017.

¹⁹ Матвеев В. Ю., Москаленко Н. В. Проблемы правового регулирования представительства интересов детей в российском законодательстве // Право и образование. 2010. № 10. С. 138.

ваны с базовой родительской терминологией. Во-вторых, необоснованное увеличение правовых понятий — это всегда риск дублирования, наложения и конкуренции внутри их множества и просто ненужное усложнение текста закона.

Другое дело наука. Теоретические конструкции, создаваемые ее представителями и значимые для исследовательского поиска, далеко не всегда должны повторять конструкции нормативные. В противном случае создание полноценного научного задела, пригодного для перспективных нормотворческих целей, будет невозможным. И такие понятия под влиянием научного знания в области социологии и психологии, а также «околоправовых» конвенционных понятий («лица, составляющие привычный круг общения ребенка», «лица, к которым ребенок привязан и у которых он находится», «значимые для роста и развития ребенка взрослые», «семейная среда», «семейные узы», «семейная связанность») создаются. Чаще всего они используются для создания теории о «других родителях», «несущих за ребенка фактическую ответственность»²⁰.

С опорой на юридически безымянных родителей (преднамеренных, фактических, приемных, социальных) эти взгляды как направляют научный поиск в родительской проблематике, так и мешают ему.

Мешают — потому что исключительность родительского статуса на всех уровнях детско-родительского взаимодействия не предполагает создания такой терминологической ситуации, при которой на одном лингвистическом уровне «родитель» могут появиться другие родительские образы.

Направляют — потому что обнажают весьма значительный разрыв между юридической концепцией родительства и той фактической ролью, которую играют лица, занимающие положение де факто родителей/воспитателей. Признание этого рождает понимание того, что в императивных нормах о законных родителях не всё

так однозначно, и сугубо догматические представления о родителях постепенно становятся тесными. Дальнейшим научным шагом должны стать концептуальные теоретические суждения, которые способны удерживать в должном равновесии уже имеющиеся знания о законных родителях и знание обо всех других лицах, которые на законном или фактическом основании вправе или могут выполнять родительские функции.

Формально-логический аспект понятия «лица, заменяющие родителей»

Исключительность родительского статуса защищается не только идеологически и концептуально, но и инструментально. В качестве инструмента для удержания родительского приоритета и придания ему силы законодатели всех стран используют разноименные, в том числе и исторические, понятия, но по сути своей однозначные. Так, в Дании, Италии, Португалии, Чехии используется правовое понятие «родительская власть»²¹. В Германии это родительская опека (она же забота), уравновешенная родительской ответственностью²². Во Франции — родительская ответственность и родительская опека с привязкой последней к месту проживания ребенка в этой стране²³. Российский аналог выражен в нормативной конструкции «родительские права и обязанности» (гл. 12 СК РФ).

Все эти статусные решения, на которых стоят и которыми ограничены нормы о законных родителях, вполне удовлетворительно обеспечивают родительскую исключительность и ее конкурентоспособность при столкновении с правами других лиц, у которых нет родительских полномочий. Законодательная тактика в этом вопросе практически во всех континентальных странах едина — все законодатели, ориентируясь на авторитет законных родителей, исключают декларирование для целей права других, кроме законных, оснований ро-

²⁰ Туманова Л. В., Владимирова И. А. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека. М. : Городец, 2017. С. 94.

²¹ См.: European Family Law in Action: Parental responsibilities. III. Vol. 3 / ed. by K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner. Intersentia NV, 2005. URL: https://docs.yandex.ru/docs/view?tm=1671037352&tld=ru&lang=en&name=european_family_law_in_action.pdf&text= (дата обращения: 02.12.2022).

²² Гражданское уложение Германии — Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz: Ввод. закон к Гражд. уложению / пер. с нем.; науч. редакторы А. Л. Маковский [и др.] М. : Волтерс Клувер, 2004. Кн. 1. Разд. 5.

²³ The French Civil Code 1804 (FCC). Arti. 371-387-6 // URL: http://translex.uni-koeln.de/601101/_/french-civil-code-2016/ (дата обращения: 02.12.2022).

дительского признания. Следствием такого технико-юридического приема является введение в нормативный текст «неродительских» понятий, которые указывают на лиц, не являющихся родителями, но в силу закона или соглашения с родителями получают право реализовать часть полномочий, аналогичных родительским. В немецком законодательстве примером такого понятия является понятие «лица, на попечении которых находится ребенок»²⁴. В России это лица, заменяющие родителей.

На устранение правовой неопределенности категориального аппарата семейного законодательства в части достижения известности в том, что стоит за термином «лица, заменяющие родителей» обратили внимание составители проекта Концепции семейного законодательства в 2014 г.²⁵ Эксперты, давшие заключение на проект Концепции, не признали факта неопределенности этого понятия и отнесли его к разряду тех понятий «чей смысл разумно вытекает из смысла действующих правовых норм»²⁶. Аргумент оказался ненадежным. Логический путь постижения смысла этого понятия, в условиях непродекларированной наукой и законодателем его неразрывной связи с качеством родительской исключительности, оказался весьма затруднительным, если не невозможным. Свои трудности привнесла неизвестность того, является ли это понятие регулятивным или имеет сугубо охранительное значение. Попытки науки разобраться в этой неопределенности выразились в кратком и малоинформативном суждении о том, что эта «широкая категория в отдельных случаях более уместна чем понятие “законные представители”»²⁷.

Относительную известность того, что стоит за этим нормативным понятием, привнесла

практика правоприменения. С принятием постановления Пленума Верховного Суда РФ от 14.11.2017 № 44-ФЗ «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»²⁸ охранительная природа понятия стала очевидной, о чем сообщало девиантологическое название постановления № 44. В нем также впервые были идентифицированы лица, причисляемые к данной нормативной категории — усыновители, опекуны, попечители, приемные родители и патронатные воспитатели (п. 15).

Составители законопроекта № 157281-8, следуя этой тактике, указали в числе лиц, на которых указывает новое понятие «лица, на попечении которых находится ребенок», усыновителей, опекунов (попечителей), однако включили в его состав и родителей (п. 5 ст. 1.1 СК РФ). Тождества логических объемов уходящего и вновь вводимого понятия не получилось. Вопреки исключительности родительского статуса, не допускающего смешения со статусами других лиц, родители вошли в один перечень с неродителями.

Отдельно об усыновителях. Эти лица охотно и практически бесспорно причисляются к лицам, заменяющим родителей. Названы они таковыми и в постановлении Верховного Суда № 44 и в новаторском, как считают авторы законопроекта № 157281-8, понятии. Тогда как в российской практике усыновления, признающей только закрытое усыновление, исход усыновления однозначен — сделать естественных родителей ребенка законно чужими (если они есть), а усыновителей законно естественными

²⁴ В качестве расширенного понятия оно включено в текст Закона о защите детей и молодежи в общественных местах и в СМГ — Jugendschutzgesetz, JuSchG 23 Juli 2002 // URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/juschg/index.html> (дата обращения: 02.12.2022).

²⁵ Концепция совершенствования семейного законодательства Российской Федерации и Предложений по совершенствованию семейного законодательства Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.07.2014 № 132-1/2014.

²⁶ Экспертное заключение по проекту Концепции совершенствования семейного законодательства Российской Федерации и Предложений по совершенствованию семейного законодательства, принятое на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 июля 2014 г. № 132-1/2014. СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 02.12.2022).

²⁷ Банщикова С. Л. Законные представители несовершеннолетних и лица, заменяющие родителей несовершеннолетних // Наука XXI века: тенденции и перспективы : сборник материалов международной научной конференции, Омск : Омский экономический институт, 2014. С. 19–20.

²⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 14.11.2017 № 44 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 1.

родителями²⁹. Как однозначно в смысле наступления правовых последствий усыновления гласит ст. 137 СК РФ, усыновители обретают статус юридических родителей. Ключевым словом в данном случае оказывается слово «родитель». Это исключает как гибридные наименования отношений с участием этих лиц («усыновительно-родительские» В. Ф. Беспалов, 2013 и т.д.), так и становится барьером для нескончаемых попыток представителей науки семейного права еще и еще раз «по-новому» описать соотношение родительских и усыновительских правоотношений. Оставаясь всего лишь взглядами, которые рассогласованы с легальной позицией закона, они ничего нового не доставляют. Не останавливают эти суждения и справедливые замечания, указывающие на то, что «усыновители имеют самостоятельный, четко определенный семейно-правовой статус; в связи с этим они не могут быть отнесены к лицам, заменяющим родителей»³⁰.

Не стоит и дальше идти против законодательной логики и законодательных императивов, устанавливающих, что усыновители по итогам усыновления становятся ребенку родителями. Иное приемлемо лишь для усыновительских отношений процедурного характера, в которых усыновитель является именно усыновителем, а не родителем. Родителем усыновитель становится после изменения записи акта о рождении в связи с усыновлением ребенка, в котором усыновитель однозначно поименован в качестве родителя³¹.

В привычном отделении усыновителей от родителей за пределами действия норм процедурных норм об усыновлении, усматривается определенная угода обыденному правосознанию, носителям которого трудно или невозможно постичь юридическую идею о том, что

усыновители это не лица, приравненные в своем статусе к родителям, а родители, признанные таковыми законом. Нейтрализовать риски обыденного правосознания можно на технико-юридическом уровне, заключив термин «усыновитель» в статью о терминах, используемых в СК РФ, путем указания на то, что это то лицо, которое по закону признано родителем и является носителем всех родительских прав и обязанностей, предоставляемых родителям³².

Исключение из числа лиц, заменяющих родителей, упоминания об усыновителях в силу их юридического тождества с родителями по закону и отказ от привычной юридической расшивки видов законного опекунов (приемная семья, патронатное воспитание) оставляет в числе лиц, заменяющих родителей только опекунов и попечителей. Следы такого точного формально-логического подхода есть в текущей практике правоприменения³³. В таком случае появляется повод считать, что термин «лица, заменяющие родителей» в силу своего смыслового тождества с термином «опекуны/попечители», оказывается лишним в нормах СК РФ. Замечание об этом уже высказано в доктрине³⁴. Однако если смотреть в законодательную перспективу и методологически корректно развивать научные суждения о социальных родителях, то есть возможность увидеть, что законодательное понятие «лица, заменяющие родителей» может оказаться по своему содержанию шире.

Опека законная и фактическая

Считается, что часть технико-юридических и концептуальных несовершенств в регулировании детско-родительских отношений внутри семьи и

²⁹ Более подробно об этом см.: *Комиссарова Е. Г.* Тайна усыновления в семейном праве постмодерна: новые подходы к старым канонам // *Lex russica*. 2022. Т. 75. № 3. С. 19–33.

³⁰ *Бахтиаров И. П.* Физические лица как субъекты семейных правоотношений. С. 14.

³¹ Ст. 44 Федерального закона от 15.11.1997 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния» // СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5340.

³² Правда это потребует еще и согласования с нормами ГК РФ — п. 1 ст. 26, п. 1 ст. 28 и п. 2 ст. 32, где закреплено, что «наравне с родителями законными представителями ребенка могут выступать усыновители...».

³³ Еще до принятия постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.12.2017 № 44 текущая судебная практика числила в лицах, заменяющих родителей только опекунов и попечителей. См.: Обзор судебной практики по гражданским делам, рассмотренных судами Вологодской области, связанным с воспитанием детей от 14.10.2016. URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/20308930/p> (дата обращения: 02.12.2022).

³⁴ *Бахтиаров И. П.* Физические лица как субъекты семейных правоотношений. С. 14.

за ее пределами можно преодолеть с помощью «известного праву большинства западных стран института родительской опеки»³⁵ или аналогичного ему по своей сущности института родительской заботы³⁶. Однозначно отрицать этот интервенционный по своей сути взгляд, несущий к тому же элемент вероломности по отношению к действующей семейно-правовой догматике, всё же нельзя. Он обеспечит юриспруденции как минимум определенный простор в рассуждениях о случаях позитивной передачи родительских полномочий другим лицам, которых можно будет именовать «другими законными опекунами» и опекунами фактическими.

Возможен ли такой нормативный сценарий в российском семейном законодательстве и допустима ли перенастройка малоподвижного российского института опеки с его исторически узким охранительным значением — вопрос далеко не однозначный. Для убедительного ответа на него необходимо прибегнуть к методам историзма, сравнительно-правовому и юридическим обобщениям.

История российской опеки и попечительства описана многократно и вполне информативно. Даже самое краткое ее изложение в рамках статьи не имеет научного смысла. Необходимо лишь акцентировать внимание на двух безызвестных, но крайне значимых аспектах. Первый связан с достаточно поздним покровительством института опеки со стороны светского права. Его затянувшаяся каноническая история во многом предпослала уже современному институту негибкий характер и то состояние ресурсов национальной правовой системы (идеологических, научных, законодательных), которые ему сегодня сопутствуют и задают контрольно-надзорный характер.

После выхода из-под церковной юрисдикции институт воспитательной опеки попал под юрисдикцию норм семейственного права о

право- и дееспособности, широко выходя за его пределы³⁷. Это второй акцент, имеющий отношение к изначальному восприятию государством данного института. Он всегда отражал небезмятежную социальную реальность, связанную с детским неблагополучием во всех его известных проявлениях. Нацеленный на обеспечение государственного призрения для физического выживания детей, институт имел исключительно административное наполнение. Проблема выживания детей давно в прошлом, но примет дружелюбности институт опеки так и не приобрел, имея своим не лучшим следствием неразвитость его инфраструктуры и всё тот же полукрательный характер.

По-другому развивался институт опеки в европейских странах. Наиболее показателен путь Германии, сумевшей придать институту опеки диспозитивный облик. В этой стране опека попала в светское право намного раньше, чем в других странах. Ретроспективная оценка этого института далеко не всегда носит негативный характер. Как заметил А. И. Загоровский, «в отличие от франков, где опека надолго сохранилась в своей первобытной грубости: опекун мог оказаться “волком, пожиравшим овцу”, роль германского опекуна в это время заключалась в пользовании доходами из имущества малолетнего»³⁸. В последующей немецкой истории это привело к закреплению опекунского института не в семейном праве о право- и дееспособности опекаемого, а в нормах гражданского законодательства о сделках как актах обмена.

Последующее правовое регулирование отношений с участием детей во всех юридических системах, которые «нашли свою укорененность в римском праве, традиционно формировалось вокруг прав и обязанностей и средств правовой защиты, предоставляемых индивидуальным членам семьи»³⁹. Однако в Германии эта терминология прижилась лишь на доктринальном

³⁵ Хазова О. А. Институт родительской опеки (custody) в семейном праве западных стран // Закон. 2010. № 2 С. 221–223.

³⁶ Краснова Т. В. Значение цивилистических представлений о существовании родительских прав для совершенствования механизмов правовой защиты родителей и детей // Право и политика. 2016. № 7. С. 910–918.

³⁷ Как указывал К. П. Победоносцев, «понятие об опеке простирается за пределы семейственного права». Это публичный институт. В нем семейственные дела не предоставлены действию личной воли и личного интереса (Победоносцев К. П. Указ. соч.).

³⁸ Загоровский А. И. Курс семейного права / под ред. В. А. Томсинова. М. : Зерцало, 2003. URL: <https://search.rsl.ru/ru/record/01002376652> (дата обращения: 02.12.2022).

³⁹ Маккарти Р., Эдвардс Дж. Исследования семьи: основные понятия : учеб. пособие ; пер. с англ. И. Н. Тартаковской ; под науч. рук. ред. Е. Ю. Рождественской ; Нац. иссл. ун-т «Высшая школа экономики». М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2018. С. 194.

уровне, в то время как законодатель вплоть до 1979 г. в качестве базового употреблял понятие «родительская власть» (*elterliche Gewalt*). В его нормативном значении это понятие совсем не было синонимом былой жестокости и постепенно эволюционировало в сторону понятия позитивного. Наиболее заметными этапами данной эволюции стали признание равенства полов (1949 г.), затем равенства прав мужчины и женщины (1957 г.), а после — равенство обращения с законными и незаконнорожденными детьми (1969 г.). Все эти движения немецкого законодателя «ощупью, с постоянными оглядками назад и мощным сопротивлением католической церкви»⁴⁰ в 1979 г. привели к замене понятия «родительская власть» на более гуманное и в то же время достаточно гибкое понятие «родительская опека» (*elterliche Sorge*)⁴¹, производное от древнегерманского *munt* — «покровительство, защита», равные юридической заботе о личности ребенка и его имущественных активах.

В современной науке родительская опека интерпретируется как «состояние ответственности за ребенка в широком смысле»⁴². Непосредственное влияние на такое нормативное решение повлияли «мягкие нормы» Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод⁴³, в частности ее статья 8 об уважении семейной жизни. Этот конвенционный документ получил в Германии статус федерального закона — все немецкие суды обязаны соблюдать его и применять при толковании норм немецкого законодательства. Такое признание стало судьбоносным для немецкой юриспруденции. С этого момента законодатель, суды, доктрина и органы исполнительной власти ста-

ли уделять больше внимания не защите ребенка, а правам детей и гарантиям их реализации.

Путь диспозитивного и в меньшей степени охранительного регулирования отношений по родительской опеке не только отражает культурную специфичность и высокую степень самобытности немецкого законодательства. Он бесспорно указывает на то, что семейное право — это в большей степени право частное и одновременно полноценная отрасль гражданского права с его диспозитивным методом регулирования. Эту специфику увидели не все российские авторы, транслирующие ошибочный взгляд о том, что в понятии «родительская опека» есть терминологический дефект перевода, за которым на самом деле скрывается аналог родительских прав и обязанностей, в то время как об опеке следует говорить только как о форме устройства детей, оставшихся без попечения родителей⁴⁴.

Годы развития российского государства привнесли определенные новшества в опекуновское право. Но это не привело к заметным уступкам в пользу норм диспозитивной направленности. Метание между защитой прав ребенка и правами ребенка остается одним из слабых мест данного института, добавляя его научному описанию новые заблуждения и сохраняя исключительно охранительную его окраску. В то время как современный немецкий институт опеки — это многоступенчатый регулятивно-охранительный институт, продекларированный в Основном законе Германии⁴⁵ (ст. 6, ч. 1), европейском праве по правам человека, материальном гражданском праве⁴⁶, гражданском и неконфликтном судопроизводстве⁴⁷ и праве социального обеспечения⁴⁸.

⁴⁰ Книппер Р. Закон и история. О состоянии и изменениях Германского гражданского уложения / Предисловие М. К. Сулейменов. Алматы : Номос, 2005. С. 101.

⁴¹ Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge (SorgeRG) of 18.07.1979 // BGBl. 1979 I. P. 1061.

⁴² Gernhuber J., Coester-Waltjen D. Lehrbuch des Familienrechts. 4. Auflage. München : Beck, 1994. § 57 I. S 856.

⁴³ Бюллетень международных договоров. 2001. № 3.

⁴⁴ Лебедева О. Ю. Опека над несовершеннолетними по законодательству Германии // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 4. С. 58.

⁴⁵ Конституции зарубежных государств: Великобритания, Франция, Германия, США, Япония, Бразилия : учебное пособие / сост. сб., пер., авт. введ. и вст. статья — В. В. Маклаков. 7-е изд., перераб. и доп. М. : Волтерс Клувер, 2010. С. 173.

⁴⁶ Гражданское уложение Германии = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz : Ввод. закон к Гражд. уложению : пер. с нем. / науч. ред. А. Л. Маковский [и др.]. М. : Волтерс Клувер, 2004. Кн. 4 «Семейное право». Разд. 5 «Родительская опека».

⁴⁷ Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction of 17 December 2008 (Federal Law Gazette I. P. 2586, 2587), last amended by Article 5 of the Act of 5 October 2021 (Federal Law Gazette I. P. 4607). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gvg/BJNR005130950.html> (дата обращения: 02.12.2022).

Многообразная опекунская лексика за пределами родительской опеки (опека по инициативе суда, право родителей предложить и завещать опекуна, должностная опека в силу назначения и должностная опека в силу закона, контролирующий опекун и др.)⁴⁹ позволила без особых технико-юридических затруднений и противоречий с приоритетом родительской опеки ввести в нормативный и научный оборот понятие «другие опекуны»⁵⁰ и «лица, на попечении которых находится ребенок».

Немалочисленные доктринальные суждения о фактических опекунах сформировали у законодателя понимание о том, что этим лицам, несмотря на их фактический статус, тоже нужна помощь права⁵¹. Так, в Германское гражданское уложение (далее — BGB) вошло понятие малой или простой опеки, которую по судебному запросу может получить отчим над пасынком (п. 1 § 1687b BGB). У отчима как фактического опекуна также есть «экстренные де-факто полномочия», которые он вправе реализовать для блага ребенка, если их отсрочка несет риск, и родитель-резидент немедленно поставлен в известность о совершении таких действий (п. 2 § 1687b BGB). Со ссылкой на другие иностранные законодательства немецкая доктрина признает такое законодательное решение обоснованным, считая, что простые и экстренные полномочия, не имеющие какого-

либо обоснования отношений, связывающих отчима и пасынка, — наилучшее решение в рамках их де-факто отношений⁵².

Эти не самые легкие законодательные шаги, принятые ради наилучших интересов ребенка, хотя и не лишены риска поколебать родительский приоритет второго родителя, вполне явно демонстрируют не только охранительный потенциал опекунских отношений, но и с необходимостью регулятивный. Следуя этому законодательному вектору, доктрина всё чаще стремится определиться с тактикой описания отношений ребенка и взрослого — «по происхождению» или «по участию в процессе воспитания», в том числе с привлечением других лиц. Для этой цели в научный оборот вовлекаются такие понятия, как «родительские времена» и «длительный период родительского воспитания»⁵³.

Как уже было отмечено, в числе легальных в немецком законодательстве есть термин «лица, на попечении которых находится ребенок». Условием его обнаружения именно в такой семантической форме является аутентичность перевода нормативного текста, что встречается не всегда⁵⁴. Внутривидовая логика действующего немецкого законодательства позволяет увидеть, что к числу таких лиц закон причисляет родителей с их правом родительской опеки, что вполне логично сле-

⁴⁸ Социальный кодекс. Восьмая книга : Закон о помощи детям и подросткам = Sozialgesetzbuch (SGB). Aches Buch (VIII) : Hilfe für Kinder und Jugendliche. Artikel 1 des Gesetzes v. 26. Juni 1990. BGBl. URL: <https://docs.yandex.ru/docs/view?tm=1671037786&tld=ru&lang=de&name=SGB> (дата обращения: 02.12.2022).

⁴⁹ Гражданское уложение Германии. Кн. 4. Ч. 3 «Опека, попечительство, специальное попечение». С. 447–452.

⁵⁰ Sozialgesetzbuch (SGB). Aches Buch § 18 ; Закон о зарегистрированном пожизненном партнерстве = Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft. BGBl. (§ 9 LPartG). URL: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/05/Germany-Gesetz-über-die-Eingetragene-Lebenspartnerschaft-2001-de.pdf> (дата обращения: 02.12.2022).

⁵¹ Kirsten S. Mehr als nur zwei Sorgeberechtigte? Mehrelternsorge und soziale Elternschaft in England und Wales und in den Niederlanden aus rechtsvergleichender Perspektive // Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB). 2016. 64 (2). S. 229.

⁵² Dethloff N. Neue Familienformen Herausforderungen für das Recht // Zeitschrift für Familienforschung. 2016. № 28 (2). S. 181.

⁵³ Globalisierung und neue rechtliche Tendenzen in einzelnen Staaten : Vorträge des 1. trilateralen — deutsch-japanisch-koreanischen — Seminars 25–26. Juli 2005 in Seoul : Monograph / W. Heinz und Young-Whan Kim. Seoul, 2005. URL: kops.uni-konstanz.de/handle/123456789/3396 (дата обращения: 02.12.2022).

⁵⁴ Так, в статье М. Хершельмана «Защита прав детей в Германии (правовые проблемы)», выполненной на немецком языке, понятие «лица, на попечении которых находится ребенок» переведено с использованием русского аналога «лица, заменяющие родителей» без учета того нормативного контекста, в котором оно использовано в немецком семейном законодательстве (Хершельман М. Защита прав детей в Германии (правовые проблемы) // Вестник Московского государственного областного университета. Серия «Юриспруденция». 2018. № 3. С. 146–160).

дует из конституционного факта признания родителей естественными опекунами своих детей; других опекунов, назначенных по закону или учрежденных по суду (опека, основанная на публичном праве, в случае снятия с лица родительской опеки при наличии опасности для ребенка); а также лиц, принявших на себя юридически не прописанные опекунские функции де факто, за которыми не осуществляется судебный надзор и контроль, включая тех, которые по закону имеют право на контакты с ребенком (§ 1685 BGB).

С учетом того, что родительский приоритет в немецком законодательстве является «конституционно утвержденным», конкуренция «других законных опекунов» и опекунов фактических с родительской опекой исключена. Пониманию того, что это недопустимо, способствует тот факт, что, в отличие от стран англосаксонского права, упоминающих о фостерных родителях⁵⁵ и фактических родителях⁵⁶, немецкий законодатель вполне последовательно старается избегать охвата этих лиц родительскими понятиями.

В российском законодательстве также можно вычленивать эти категории лиц: родители по закону, включая усыновителей; законные опекуны (гл. 20–22 СК РФ); фактические опекуны — отчим/мачеха, фактические воспитатели и другие лица, которых родители уполномочили или согласились «по умолчанию», что эти лица будут ухаживать за ребенком и/или воспитывать его, наряду с ними.

В текущем семейно-правовом дискурсе фактические опекуны всё чаще именуются социальными родителями. Такие суждения имеют собственную доктринальную ценность. Они сигнализируют о том, что концепция «семейной идентичности детей» — это не только совокупность правил о родительской исключительности. Кроме специально сконструированных норм об учрежденческой опеке по закону на случай обнаружения родительской непригодности, это могут быть и так называемые простые родительские проекты, которым, возможно, тоже нужна помощь со стороны права.

Однако пока семейно-правовая наука под-ходит к познанию феномена социального родительства в меньшей степени с позиций

формального права, забывая, что тема родительства и детства крайне чувствительна к терминам и понятиям, их выражающим. Либо это не слишком корректно скопированный опыт стран общего права, либо простая опора на конвенционные и юридические не жесткие нормы общеевропейского законодательства. Преобладают научные попытки представителей семейно-правовой науки мыслить на языке социально-психологической лексики, описывающей эмпирические факты семейного воспитания ребенка. Такие внелогические (прагматические) аргументации далеки от языка права и не отражают канонов законного родительства, с которыми непременно должны быть скоординированы суждения о социальных родителях. В этом состоит ведущая причина того, что теория социального родительства для права остается лишь в статусе моральной теории, в рамках которой иные основания возникновения родительских прав и обязанностей пребывают в расхождении с теорией законного родительства.

Если эту по своей сути методологическую позицию не игнорировать, то при более тщательном юридическом взгляде на проблему социального родительства можно увидеть, что в новых социальных контекстах, которые обозначили разрыв между репродукцией, гестацией, последующим уходом за детьми и их воспитанием, она несет в себе большой потенциал. Он в создании новых адаптивных знаний о фактических опекунах и распознавании того регулятивного потенциала, который зарезервирован в «алиментной» норме о фактическом воспитании ребенка. Ошибочность правообязывающей концепции по отношению к этим лицам становится всё более очевидной, но альтернативных научных идей пока не высказано.

Что же касается феномена родительской опеки по немецкому праву, то обращение к нему следует завершить суждением о том, что инкорпорация выражающего его понятия в российское семейное законодательство скорее невозможна, чем возможна. Юридические часы, как известно, назад не ходят. Это значит, что российскому законодателю надлежит обходиться уже известными понятиями. Надо лишь помнить, что законодательный успех — это еще

⁵⁵ Закон о детях 1989 г. (Children Act 1989) закрепляет, что одновременное распределение родительских обязанностей возможно более чем между двумя лицами (Part I. 2. Parental responsibility for children. § 2. 4ZA, 4A) // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> (дата обращения: 02.12.2022)).

⁵⁶ Законы о фактических родителях в США (Laws on de facto parents) // URL: https://docviewer.yandex.ru/view/11602883/?page=1&*= (дата обращения: 02.12.2022).

и следствие успеха научного. Закономерным итогом последнего может стать последовательно-логическая систематизация и анализ соотношения всех тех известных правовых понятий, к которым обратился автор настоящей статьи и которые хаотично задействовали авторы законопроекта.

Заключение

Заключительным суждением является вывод о том, что лица, заменяющие родителей, — это не просто лингвистическая реальность, а юридическая конструкция, находящаяся в непосредственной логической связи с таким базовым понятием, как законные родители. Эта методологическая позиция должна направлять любые суждения о лицах, которые по закону или по факту могут стать обладателями родительских полномочий.

Вне зависимости от того, как эти лица будут называться в процессе совершенствования

семейного законодательства, юридические сущности уже существующего понятия должны быть известны и семейно-правовой науке, и современному законодателю. Их знание позволит более обоснованно подходить к возможным терминологическим новациям. Пока эти новации оказались близкими к стихийному копированию зарубежного опыта и не учитывают того, что предложенное в законопроекте № 157281-8 заменяющее понятие уже существует в Семейном кодексе РФ в его специальном охранительном значении (ст. 77).

Нет оснований спорить с тем, что тип семейно-правовых проблем меняется и законодателю требуется новый нормативный язык для их освоения. Но введение нового правового понятия, каким авторы законопроекта представили понятие «лица, на попечении которых находится ребенок», не должно представлять собой простую лингвистическую замену одного непознанного правового понятия другим, столь же непознанным.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Банщикова С. Л. «Законные представители» или «лица, заменяющие родителей»? // Материалы научно-практической конференции. — Омск : Изд-во Моск. юрид. ин-та, 2007. Ч. 2. — С. 83–89.
2. Бахтияров И. П. Физические лица как субъекты семейных правоотношений : монография / под ред. О. Ю. Ильиной. — М. : Юнити-Дана: Закон и право, 2017. — 119 с.
3. Загоревский А. И. Курс семейного права / под ред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2003. — 464 с.
4. Иеринг Р. Юридическая техника / сост. А. В. Поляков. — М. : Статут, 2008. — 231 с.
5. Ильина О. Ю. Отзыв на концепцию проекта федерального закона «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации, направленных на реализацию государственной функции защиты семьи и ребенка» (с учетом поступивших замечаний) // URL: <https://ouzs.ru/upload/iblock/525/5253de310be48747fb31146a356952a4.pdf> (дата обращения: 02.12.2022).
6. Каймакова Е. В. Актуальные вопросы лишения и ограничения родительских прав в семейном законодательстве: теоретические и практические аспекты // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия «История и право». — 2012. — № 1. Ч. 1. — С. 76–80.
7. Книппер Р. Закон и история. О состоянии и изменениях Германского гражданского уложения / предисл.: М. К. Сулейменов. — Алматы : Номос, 2005. — 278 с.
8. Комиссарова Е. Г. Тайна усыновления в семейном праве постмодерна: новые подходы к старым канонам // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 3. — С. 19–33.
9. Косова О. Ю. О концептуальной основе развития российского семейного законодательства // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 5. — С. 35–40.
10. Краснова Т. В. Значение цивилистических представлений о существе родительских прав для совершенствования механизмов правовой защиты родителей и детей // Право и политика. — 2016. — № 7. — С. 910–918.
11. Лебедева О. Ю. Опекa над несовершеннолетними по законодательству Германии // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2013. — № 4. — С. 58–62.
12. Леканова Е. Е. Теоретические и правоприменительные аспекты лишения и ограничения родительских прав // Актуальные проблемы российского права. — 2022. — Т. 17. — № 2. — С. 103–110.

13. Маккарти Р., Эдвардс Дж. Исследования семьи: основные понятия : учеб. пособие / пер. с англ. И. Н. Тартаковской ; под науч. рук. ред. Е. Ю. Рождественской ; Нац. иссл. ун-т «Высшая школа экономики». — М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2018. — 343 с.
14. Матвеев В. Ю., Москаленко Н. В. Проблемы правового регулирования представительства интересов детей в российском законодательстве // Право и образование. — 2010. — № 10. — С. 134–140.
15. Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Часть 2 : Права семейственные, наследственные и завещательные. — М. : Статут, 2003. — 639 с.
16. Тарусина Н. Н. О судебном усмотрении: заметки семейноведа : монография. — Ярославль : ЯрГУ, 2011. — 288 с.
17. Татаринцева Е. А. Модели правоотношений по воспитанию ребенка в семье и тенденции их формирования в национальном семейном праве. — М. : Юстицинформ, 2017.
18. Хазова О. А. Институт родительской опеки (custody) в семейном праве западных стран // Закон. — 2010. — № 2. — С. 221–223.
19. Хершельман М. Защита прав детей в Германии (правовые проблемы) // Вестник Московского государственного областного университета. Серия «Юриспруденция». — 2018. — № 3. — С. 146–160.
20. Шахова Е. С. К вопросу о реформировании частноправовых и публичных начал защиты и охраны родительства и детства // Семейное и жилищное право. — 2016. — № 4. — С. 25–29.
21. Dethloff N. Neue Familienformen Herausforderungen für das Recht // Zeitschrift für Familienforschung. — 2016. — № 28 (2). — S. 178–190.
22. Gernhuber J., Coester-Waltjen D. Lehrbuch des Familienrechts. — 4. Auflage. — München : Beck, 1994.
23. Kirsten S. Mehr als nur zwei Sorgeberechtigte? Mehrelternsorge und soziale Elternschaft in England und Wales und in den Niederlanden aus rechtsvergleichender Perspektive // Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB). — 2016. — 64 (2). — S. 227–240.
24. Globalisierung und neue rechtliche Tendenzen in einzelnen Staaten : Vorträge des 1. trilateralen — deutsch-japanisch-koreanischen — Seminars 25–26. Juli 2005 in Seoul : Monograph / W. Heinz und Young-Whan Kim. — Seoul, 2005. — URL: kops.uni-konstanz.de/handle/123456789/3396 (дата обращения: 02.12.2022).

Материал поступил в редакцию 2 декабря 2022 г.

REFERENCES

1. Banshchikova SL. «Zakonnye predstaviteli» ili «litsa, zamenyayushchie roditeley»? [«Legal representatives» or «persons in loco parentis»?]. *Materialy nauchno-prakticheskoy konferentsii [Proceedings of the scientific and practical conference]*. Part. 2. Omsk: Moscow Law Institute Publ. Pp. 83–89. (In Russ.).
2. Bakhtiarov IP. Fizicheskie litsa kak subekty semeynykh pravootnosheniy: monografiya [Individuals as subjects of family legal relations: A monograph]. Moscow: Unity-Dana Publ., Zakon i pravo Publ.; 2017. (In Russ.).
3. Zagorovskiy AI. Kurs semeynogo prava [The course of family law]. Moscow: Zertsalo Publ.; 2003. (In Russ.).
4. Iering R. Yuridicheskaya tekhnika [Legal writing]. Moscow: Statut Publ.; 2008. (In Russ.).
5. Ilina OYu. Otzyv na kontseptsiyu proekta federalnogo zakona «O vnesenii izmeneniy v Semeynyy kodeks Rossiyskoy Federatsii i otdelnye zakonodatelnye akty Rossiyskoy Federatsii, napravlenyykh na realizatsiyu gosudarstvennoy funktsii zashchity semi i rebenka» (s uchetom postupivshikh zamechaniy) [Feedback on the concept of the draft federal law «On Amendments to the Family Code of the Russian Federation and Certain Legislative Acts of the Russian Federation aimed at implementing the state function of protecting the family and the child» (taking into account the comments received)]. Available from: <https://ouzs.ru/upload/iblock/525/5253de310be48747fb31146a356952a4.pdf> [cited 2022 December 02]. (In Russ.).
6. Kaymakova EV. Aktualnye voprosy lisheniya i ogranicheniya roditelskikh prav v semeynom zakonodatelstve: teoreticheskie i prakticheskie aspekty [Topical issues of deprivation and restriction of parental rights in family legislation: Theoretical and practical aspects]. *Izvestiya Yugo-Zapadnogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya «Istoriya i pravo» [Proceedings of the Southwest State University. Series «History and Law»]*. 2012;1(1):76–80. (In Russ.).
7. Knipper R. Zakon i istoriya. O sostoyanii i izmeneniyakh Germanskogo grazhdanskogo ulozheniya [Law and history. On the state and changes of the German Civil Code]. Almaty: Nomos Publ.; 2005. (In Russ.).

8. Komissarova EG. Tayna usynovleniya v semeynom prave postmoderna: novye podkhody k starym kanonom [The Adoption Secret in Postmodern Family Law: New Approaches to the Old Canons]. *Lex Russica*. 2022;75(3):19-33. (In Russ.).
9. Kosova OA. O kontseptualnoy osnove razvitiya rossiyskogo semeynogo zakonodatelstva [Conceptual Framework for the Russian Family Law Development]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*. 2017;(5):35-40. (In Russ.).
10. Krasnova TV. Znachenie tsivilisticheskikh predstavleniy o sushchestve roditelskikh prav dlya sovershenstvovaniya mekhanizmov pravovoy zashchity roditeley i detey [The importance of civilistic ideas about the essence of parental rights for improving the mechanisms of legal protection of parents and children]. *Pravo i politika [Law and politics]*. 2016;7:910-918. (In Russ.).
11. Lebedeva OYu. Opeka nad nesovershennoletnimi po zakonodatelstvu Germanii [Custody of minors under German law]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika [Russian Laws: Experience, Analysis, Practice]*. 2013;4:58-62. (In Russ.).
12. Lekanova EE. Teoreticheskie i pravoprimeritelnye aspekty lisheniya i ogranicheniya roditelskikh prav [Theoretical and Law Enforcement Aspects of Deprivation and Restriction of Parental Rights]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*. 2022;17(2):103-110. (In Russ.).
13. McCarthy R, Edwards J. Issledovaniya semi: osnovnye ponyatiya: ucheb. posobie [Family studies: Basic concepts. A Study Guide]. Translated from English by Tartakovskaya IN; edited by Rozhdestvenskaya EYu. Moscow: Publishing House of the Higher School of Economics; 2018. (In Russ.).
14. Matveev VYu, Moskalenko NV. Problemy pravovogo regulirovaniya predstavitelstva interesov detey v rossiyskom zakonodatelstve [Problems of legal regulation of representation of children's interests in Russian legislation]. *Pravo i obrazovanie [Law and education]*. 2010;10:134-140. (In Russ.).
15. Pobedonostsev KP. Kurs grazhdanskogo prava. Chast vtoraya: prava semeystvennye, nasledstvennye i zaveshchatelnye [A course on civil law. Part Two: Family, hereditary and testamentary rights]. Moscow: Statut Publ.; 2003. (In Russ.).
16. Tarusina NN. O sudebnom usmotrenii: zametki semeynoveda: monografiya [On judicial discretion: Notes of a family scientist. A monograph]. Yaroslavl: YarGU Publ.; 2011. (In Russ.).
17. Tatarintseva EA. Modeli pravootnosheniy po vospitaniyu rebenka v seme i tendentsii ikh formirovaniya v natsionalnom semeynom prave [Models of legal relations for the upbringing of a child in the family and the trends of their formation in national family law]. Moscow: Yustitsinform Publ.; 2017. (In Russ.).
18. Khazova OA. Institut roditelskoy opeki (custody) v semeynom prave zapadnykh stran [The institution of parental care (custody) in the family law of Western countries]. *Zakon [Law]*. 2010;2:221-223. (In Russ.).
19. Hershelman M. Zashchita prav detey v Germanii (pravovye problemy) [Protection of children's rights in Germany (legal problems)]. *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo universiteta. Seriya «Yurisprudentsiya» [Bulletin of the Moscow State Region University. Series «Jurisprudence»]* 2018;3:146-160. (In Russ.).
20. Shakhova ES. K voprosu o reformirovani chastnopravovykh i publichnykh nachal zashchity i okhrany roditelstva i detstva [On the issue of reforming private and public principles of protection and protection of parenthood and childhood]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo [Family and housing law]*. 2016;4:25-29. (In Russ.).
21. Dethloff N. Neue Familienformen Herausforderungen für das Recht. *Zeitschrift für Familienforschung*. 2016;28(2):178-190.
22. Gernhuber J, Coester-Waltjen D. Lehrbuch des Familienrechts. 4. Auflage. München: Beck; 1994.
23. Kirsten S. Mehr als nur zwei Sorgeberechtigte? Mehrelternsorge und soziale Elternschaft in England und Wales und in den Niederlanden aus rechtsvergleichender Perspektive. *Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB)*. 2016;64(2):227-240.
24. Wolfgang H. Globalisierung und neue Rechtstrends in einzelnen Staaten: Berichte des 1. dreigliedrigen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars. Seoul, 2005. Available from: <https://kops.uni-konstanz.de/handle/123456789/3396> [cited 2022 December 02].