

КЛАССИФИКАЦИЯ ПРЕЗУМПЦИЙ В СЕМЕЙНОМ ПРАВЕ

Аннотация. В статье приводятся разнообразные классификации презумпций применительно к отрасли семейного права (общеправовые, отраслевые, межотраслевые; легальные и фактические; прямые и косвенные; опровергаемые и неопровергаемые; материальные и процессуальные; императивные и диспозитивные; очевидного и неустановленного факта). Автор учитывает, что в ряде государств нет деления на отрасли права, аналогичные российской правовой системе, и поэтому отдельные классификации для них не подходят. Особое внимание уделяется фактическим презумпциям, а также вопросам установления отцовства и материнства в суррогатных отношениях. При этом приводятся исторические примеры из отечественной и зарубежной практики. Кроме того, автором подробно рассматриваются такие вопросы, как определение будущего места проживания несовершеннолетнего ребенка при разводе его родителей, определение бремени доказывания при разводе супругов, когда один из них не согласен с разводом, а другой настаивает на нем и категорически возражает против предоставления срока для примирения, презюмирование добросовестности одной из сторон при заключении фиктивного брака, а также при разглашении тайны усыновления и т.п. Автор не ограничивается анализом основных положений российского семейного права, апеллируя к законодательству стран ближнего (Украина, Беларусь, Казахстан) и дальнего (Франция, Германия, США, Нидерланды, Япония, мусульманские государства) зарубежья, анализируя и сопоставляя их опыт решения аналогичных проблем с российской правовой действительностью. Делается вывод о том, что на использование презумпций как средства юридической техники в современном семейном праве России влияют такие факторы, как нестандартность регулируемой ситуации, усиление публичных начал и отсутствие легальных презумпций. Кроме того, в ряде случаев ставится вопрос о неудачности применения такого средства юридической техники, как презумпция, и необходимости его замены юридической фикцией. Статья имеет интерес не только для специалистов в области теории права, но и для широкого круга читателей.

Ключевые слова: правовая презумпция, классификация, семейное право, легальные и фиктивные презумпции, суррогатные отношения, генетическое донорство, презумпции материнства и отцовства, презумпция *status quo*.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.136.3.034-051

В последнее время из всех известных юридической науке вымыслов наибольшей популярностью пользуются фикции, пока правовые презумпции незаслуженно остаются в стороне, хотя в современном российском праве их

встречается немало. Конечно, часть их имеет общеправовой, часть — сугубо отраслевой, а часть — межотраслевой характер. Но подобная классификация характерна только для тех правовых систем, где существует четкое отрас-

© Никиташина Н. А., 2018

* Никиташина Наталья Александровна, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского права и процесса Института истории и права Хакасского государственного университета имени Н. Ф. Катанова
shinan@mail.ru

665010, Россия, Республика Хакасия, г. Абакан, пр. Северный, д. 9, кв. 68

левое деление. Кроме того, для крупных отраслей права (как гражданское право, например) предлагается делить отраслевые презумпции на четыре вида: базовые, общие, основные и специальные¹. Однако для семейного права такая классификация является излишней.

Общеправовые и межотраслевые презумпции не испытывают недостатка в исследованиях. Что касается отраслевых презумпций, то в отдельных отраслях права (прежде всего ведущих) тоже никаких существенных пробелов не наблюдается. Правда, это положение характерно не для всех отраслей права. Так, несмотря на явный интерес к сфере семейных отношений, презумпция как средство юридической техники (а в ряде случаев и как прием) исследована несколько фрагментарно. Как правило, рассматриваются одни и те же презумпции, а в качестве примеров приводятся только классические ситуации (исключение — презумпция материнства в суррогатных отношениях). За «бортом науки» остаются презумпция отцовства в суррогатных отношениях, презумпции отцовства и материнства в однополых браках или в иных «экзотических» формах брачных отношений (то, что Россия не признает такие браки, не должно обеднять картину исследования) и множество иных аспектов использования презумпции как средства регулирования не вполне типичных жизненных ситуаций. Кроме того, современная отечественная наука в основном уделяет внимание легальным презумпциям, т.е. предположениям, которые закреплены в норме права². В качестве примера чаще всего приводят презумпции отцовства и материнства, закрепленные в ст. 48, 51 Семейного кодекса РФ (СК РФ)³ и подтвержденные судебной практикой (п. 9 постановления Верховного Суда РФ)⁴.

В меньшей степени изучены фактические презумпции, т.е. предположения, основанные на разумных основаниях и житейском опыте, например, положение, согласно которому при отсутствии доказательств необычные факты признаются несуществующими⁵. Соответственно, по мнению некоторых авторов, фактические презумпции в нормах вообще не закрепляются, в то время как легальные — либо закрепляются, либо выводятся из них путем толкования. По мнению других ученых, фактические презумпции по форме закрепления ничем не отличаются от легальных. Их главное отличие состоит в другом: они основаны на фактических закономерностях, которые можно использовать (распространить) и на юридическую сферу, в то время как легальные презумпции суть обобщения юридической практики. Если для обоснования презумпции используются статистические данные, то говорят о статистических фактических презумпциях. В качестве примера фактической презумпции авторы приводят презумпцию вменяемости⁶. С данным примером можно не согласиться, поскольку вменяемость закреплена в уголовном законодательстве как элемент состава преступления. А вот другой пример — презумпция ожидания правонарушителем естественных последствий своих действий (согласно которой считается, что лицо, которое наносит пострадавшему большое количество телесных повреждений, действует с особой жестокостью)⁷, — на наш взгляд, более удачен.

В. В. Диаконов подразделяет фактические презумпции на оценочные и поисковые, а последние, в свою очередь, на высоковероятные, средневероятные и маловероятные⁸. В то же время оценочная презумпция на поверку может оказаться как истинной, так и ложной.

¹ См.: Кузнецова О. А. Презумпции в Российском гражданском праве : автореф. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002.

² Доржиев Ж. Б. Теория государства и права // URL: uristinfo.net/2010-12-16-20-00-40/216-teorija-gosudarstva-i-prava-zhb-dorzhev/5404-osnovnye-ponjatija-o-prave.html?start=3 (дата обращения: 01.08.2014).

³ Семейный кодекс РФ от 29.12.1995 № 223-ФЗ в ред. от 05.05.2014 // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

⁴ О применении судами СК РФ при рассмотрении дел об установлении отцовства и о взыскании алиментов см.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.10.1996 № 9 с изм. от 06.02.2007 № 6 // Законность. 1997. № 1. С. 25.

⁵ Доржиев Ж. Б. Указ. соч.

⁶ Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Уголовный процесс : учебник / под общ. ред. А. В. Смирнова. СПб. : Питер, 2004. 697 с.

⁷ Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Указ. соч.

⁸ Диаконов В. В. Теория государства и права : учеб. пособие // URL: <http://allpravo.ru/library/doc108p0/instrum151/item2785.html> (дата обращения: 03.05.2015).

Например, следователь делает вывод о виновности подозреваемого только на основании его сильного волнения, хотя последний заявляет о своей невинности. Он предполагает, что подозреваемый лжет, поскольку «совесть честного человека чиста и он спокоен». Это ложная и необоснованная оценочная презумпция⁹. Все фактические презумпции должны быть обоснованными, иначе они не имеют права на существование. Однако, по мнению В. В. Диаконова, «правоприменители иногда формулируют необоснованные фактические презумпции, выражающие не реально существующие причинно-следственные связи явлений, а лишь их собственные социальные, половые, расовые, религиозные предрассудки или личностные предубеждения». По его мнению, фактическая презумпция — это «утверждение о вероятном существовании факта, связанного необходимой неустойчивой причинно-следственной связью с другим (другими), достоверно установленным фактом или фактами»¹⁰. При этом поисковая презумпция позволяет достоверно установить факт отсутствия какой-либо информации, а предположение может подтвердиться или не подтвердиться, оценочная презумпция позволяет установить факт логического соответствия или противоречия доказательственной информации, полученной из одного источника, и доказательственной информации, полученной ранее из других источников доказательств, а также презумпции, отражающие типичные связи явлений¹¹.

Таким образом, констатируем, что, в отличие от легальных, фактические презумпции правового значения, по сути, не имеют. Но они могут учитываться при формировании внутреннего

убеждения судьи. Так, например, Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г. устанавливал право матери еще до рождения внебрачного ребенка указать данные его отца в заявлении о признании отцовства, а суды, рассматривая аналогичные дела, применяли презумпцию истинности заявления матери («кому, как не матери знать, кто отец ее ребенка»)¹².

Другой яркий пример — при разводе супругов, имеющих общего несовершеннолетнего ребенка в возрасте до 10 лет, в вопросе определения его будущего места проживания в большинстве стран¹³, в том числе бывших республик СССР (Россия, Украина, Беларусь, Казахстан и др.)¹⁴, приоритет отдается матери ребенка. По мнению К. Печеник, в России по решению суда ребенок в 95 % случаев остается с матерью¹⁵. Психологи, конечно, объясняют этот выбор возникновением особой связи, сложившейся между ребенком и выносившей его матерью, проявляющейся в частности в том, что мать, как правило, любит своего ребенка независимо от его достижений и успехов, в отличие от отца. Юристы объясняют это явление тем, что большинство судей — женщины. Однако в данном случае мы действительно сталкиваемся с предположением, основанном на житейском опыте. Иными словами, в основании юридической фактической презумпции лежит презумпция биосоциальная (даже в природе, в подавляющем большинстве случаев именно самка заботится о потомстве). Закрепляет этот опыт и принцип 6 Декларации прав ребенка, согласно которому малолетний ребенок не может быть разлучен с матерью, кроме исключительных случаев (алкоголизм, наркомания, тяжелая болезнь и т.п.)¹⁶.

⁹ К числу аналогичных фактических презумпций относят и рассуждения судей о том, что «плохой муж» («плохая жена») автоматически означает «плохой отец» («плохая мать») и т.п.

¹⁰ *Диаконов В. В.* Указ. соч.

¹¹ Указ. соч.

¹² *Хазова О. А.* Установление отцовства // Закон. 1997. № 11. С. 80.

¹³ *Золовкин С.* Папины дочери. В Германии интересы детей на первом месте // Новые известия. 27.11.2007. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2007/0311/gazeta019.php> (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁴ См.: Семейный адвокат // Киев. URL: <http://xn----8sbahjda6aaooos5a2a9k.com.ua/index.php/article/25> (дата обращения: 11.05.2015) ; Делите ребенка бережно // URL: <http://www.interfax.by/article/25403> (дата обращения: 11.05.2015) ; De Facto // URL: <http://www.defacto.kz/content/s-kem-iz-roditelei-budet-prozhivat-rebenok> (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁵ *Печеник К.* С кем останется ребенок после развода? // URL: http://letidor.ru/article/s_kem_ostanetsya_rebenok_posle_29610/ (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁶ Декларация прав ребенка (принята Резолюцией 1386 Генеральной Ассамблеи ООН 20.11.1959) // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/childdec.shtml (дата обращения: 11.05.2015).

Случаи, когда по решению суда детей оставляют с отцом, в российской судебной практике встречаются, но реже — их примерно 6 %¹⁷. Однако в последнее время наметилась иная тенденция: участились случаи оспаривания места проживания ребенка со стороны отца. И все же, по данным ВЦИОМ, большинство российских мужчин склонны доверять психологам: только 3 % из них считают, что отцы воспитывают детей лучше, чем матери, 29 % доверяют в этом вопросе матерям и 48 % полагают, что все зависит от личности¹⁸.

В других странах этот вопрос в силу иных культурно-исторических традиций может решаться иначе. Так, в исламских государствах ребенок остается с матерью до тех пор, пока он не перестанет нуждаться в ее опеке. Мать теряет это право, только выйдя замуж повторно. При этом нормы шариата не связывают это событие с каким-то определенным сроком. Когда ребенок станет вполне самостоятельным, решение о его судьбе могут принять совместно его родители, он сам или судья. В некоторых случаях для разрешения этого вопроса разрешается прибегать к жребию¹⁹.

Во Франции с 2002 г. в 11 из 100 случаев суд стал оставлять ребенка, особенно если это мальчик, отцу. Как правило, это дети подросткового возраста, т.е. «шансы отцов на совместное проживание с ребенком прямо пропорциональны возрасту ребенка: 2 %, если малышу 2 года и 15 %, если ему 15 лет»²⁰. Многое по-прежнему зависит от личности судьи: одни удовлетворяют более 25 % исков отцов, другие — менее 4 %. В то же время, по подсчетам французских социологов, при беспристрастном

соблюдении равенства прав разведенных родителей с матерью бы оставались 70 % детей (а не 90 %, как сейчас)²¹.

Даже в странах, относящихся к одной правовой системе, наблюдается совершенно разный подход к данному вопросу. Так, в Германии суд предпочтет оставить ребенка матери, независимо от ее гражданства. А мать ребенка, родившегося в Германии, при разводе автоматически наделяется привилегированным статусом. Во Франции, напротив, больше прав на ребенка будет иметь лишь родитель с французским гражданством²². Правда, в странах, где распространены брачные контракты, будущие супруги заранее могут предусмотреть, с кем будут жить дети в случае их развода²³.

Впрочем, далеко за «национальными особенностями» ходить не надо. Как отмечают Х. Дачаева и Ж. Дахаева из г. Грозного, «в отличие от большинства российских регионов, на Северном Кавказе, в том числе в Чечне, ребенка при разводе оставляют с папой, а если он умирает — передают на воспитание родственникам последнего. Крайне редко мать подает в суд. И это вызывает всеобщее осуждение. <...> Имамы говорят, что лишь в 30 случаях из 100 дети остаются с мамами. Правда, по законам ислама мать нельзя разлучать с ребенком, и до 7 лет его рекомендуется оставлять с матерью»²⁴.

Конечно, имеются случаи (например, дело актрисы Н. Захаровой), когда суды отходят не только от описанной выше презумпции приоритета материнского воспитания, но и напрямую нарушают решения иностранных судов

¹⁷ *Телепнева Н.* Развод родителей: с кем останется ребенок? // URL: <https://deti.mail.ru/family/opredelenie-mesta-prozhivaniya-rebenka-posle-razvo/> (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁸ *Верховская М.* Папины дочки. В России растет число отцов, которые оставляют у себя детей после развода // Новые известия. 27.11.2007. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2007/0311/gazeta019.php> (дата обращения: 11.05.2015).

¹⁹ Кому остается ребенок после развода? // К Исламу. URL: <http://toislam.ws/books-fikh/134-rebenokposlerazvoda> (дата обращения: 11.05.2015).

²⁰ *Минеев А.* Папины дочки. Во Франции папам часто оставляют подростков // Новые известия. 27.11.2007. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2007/0311/gazeta019.php> (дата обращения: 11.05.2015).

²¹ *Минеев А.* Указ. соч.

²² Развод с иностранцем: юридические аспекты и моральные издержки // Разводимся? URL: <http://razvodimsya.ru/all/razvod-s-inostrancem-yuridicheskie-aspekty-i-moralnye-izderzhki> (дата обращения: 11.05.2015).

²³ *Огнева-Сальвони Т.* Национальные особенности развода // Комсомольская правда. 22.07.2010. URL: <http://www.kp.ru/daily/24527.3/673041/> (дата обращения: 11.05.2015).

²⁴ *Дачаева Х., Дахаева Ж.* Папины дочки. В Чечне дети всегда остаются с отцами // Новые известия. 27.11.2007. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2007/0311/gazeta019.php> (дата обращения: 11.05.2015).

в угоду своим политическим интересам²⁵. Но это совершенно иная ситуация.

Юридические презумпции могут быть закреплены в норме права как прямо (основной признак легальности), так и косвенно (данная форма закрепления присуща как легальным, так и фактическим презумпциям). Следовательно, различают презумпции прямые и косвенные, на что впервые обратила внимание еще В. И. Каминская²⁶. Прямые презумпции четко и ясно сформулированы в правовой норме и не требуют дополнительного толкования²⁷. О наличии косвенной презумпции можно сделать вывод лишь при помощи толкования: грамматического, логического, юридико-технического.

По юридической силе презумпции подразделяются на две группы:

- *опровергаемые* — положения, которые допустимо оспаривать (например, презумпция отцовства);
- *неопровергаемые* — положения, которые неоспоримы, поскольку, по мнению одних ученых, являются принципами права²⁸, а по мнению других — квазипрезумпциями²⁹, вероятность которых не столь велика, поэтому они по природе своей искусственны.

А. Ф. Федотов указывает, что «неопровержимая юридическая презумпция — это неопровержимое утверждение о конвенционально-достоверном существовании факта, связанного с другим (другими), достоверно установленным фактом или фактами»³⁰. Неопровержимые презумпции, по его мнению, делятся на два вида: общие (общеправовые) и специальные. К специальным неопровержимым презумпциям А. Ф. Федотов, в частности, относит презумпции: а) отцовства мужа, давшего согласие на искусственное оплодотворение жены;

б) отцовства и материнства супругов, давших согласие на вынашивание эмбриона суррогатной матерью³¹. В первом случае о презумпции можно говорить, на наш взгляд, только тогда, когда суррогатная мать решила оставить ребенка себе; во втором случае речь скорее всего следует вести не о презумпции, а о фикции, хотя в репродуктивных правоотношениях одно явление тесно связано с другим.

В последнее время эта классификация вообще подвергается критике³². Как уже было отмечено, презумпции как предположения вероятностные всегда могут быть опровергнуты. Другое дело, каков будет порядок этого опровержения. Именно поэтому не следует отождествлять презумпцию с принципом. И, напротив, даже невысокая вероятность (искусственность) квазипрезумпций при возможности их опровержения не позволяет характеризовать их как-то иначе.

По сфере применения в правоотношениях выделяют презумпции *процессуальные* и *материальные*³³. Эта классификация также является спорной, поскольку процессуальные презумпции могут базироваться на материальных. Обычно в качестве примера материальной презумпции приводят презумпцию отцовства, а в качестве процессуальной — презумпцию правильности и разумности естественного порядка вещей.

Кроме того, Ю. А. Сериков, используя в качестве критерия установленную законодателем модель определения факта — основания презумпции, выделяет императивные и диспозитивные презумпции. Если презумпция закреплена в диспозитивной норме, заинтересованной стороне достаточно будет указать на наличие иного варианта поведения. В случае императивной презумпции, очевидно, что

²⁵ Иванов П. Развод с иностранцем: с кем останутся дети // Letidor.ru. 06.08.2012. URL: http://letidor.ru/article/svoi_chuzhie_deti_32194/ (дата обращения: 11.05.2015).

²⁶ Каминская В. И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М.-Л., 1948. С. 5.

²⁷ Быстров Д. В. Юридические презумпции и фикции // URL: http://www.pseudology.org/Legis/Presumptions_Fictions.htm (дата обращения: 11.05.2015).

²⁸ Бабаев В. К. Презумпции в российском праве и юридической практике // Проблемы юридической техники : сборник статей : в 2 т. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. Т. 1. С. 327.

²⁹ Каминская В. И. Указ. соч. С. 89.

³⁰ Федотов А. В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. 2001. № 4.

³¹ Федотов А. В. Указ. соч.

³² Булаевский Б. А. Классификация правовых презумпций // Журнал российского права. 2010. № 11.

³³ Сериков Ю. А. Процессуальные функции правовых презумпций в гражданском судопроизводстве : автореф. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005.

иного варианта поведения нет, следовательно, и доказывание должно идти другим путем. К числу императивных презумпций в семейном праве причисляют презумпцию отцовства, а к числу диспозитивных — презумпцию признания спорного факта установленным или опровергнутым, в случае уклонения стороны от участия в экспертизе, непредставлении экспертам необходимых материалов и документов (по усмотрению суда).

Своеобразную классификацию презумпций предложил в 70-х гг. XX в. В. А. Ойгензихт. Согласно этой классификации в семейном праве из двух видов презумпций — очевидного и неустановленного факта — встречается только один вид — презумпции очевидного факта (например, презумпция отцовства)³⁴.

Чаще всего к частноправовым презумпциям, используемым для регулирования семейных отношений, относят презумпции, закрепленные в ст. 15, 28, 35, 48, 51, 52, 69, 83, 87, 107, 116, 139 и 158 (при ненарушении ст. 14) СК РФ³⁵.

Некоторые из этих презумпций (действительности брака, надлежащего поведения родителей) являются разновидностью общеправовых презумпций (презумпция добропорядочности гражданина, презумпция действительности любой зарегистрированной сделки). Другие презумпции имеют частноправовой (межотраслевой) характер: смерти супруга при объявлении его умершим, согласия супруга на совершение сделки по распоряжению совместным имуществом. Третьи презумпции имеют публично-правовой характер: презумпция невиновности при заключении фиктивного брака, при разглашении тайны усыновления. Обычно в частноправовых отношениях мы имеем дело с презумпцией виновности, однако в случае фиктивного брака, если обе стороны знали о его фиктивности, прокурор обязан такую фиктивность доказать. В странах, где фиктивный брак является уголовным преступлением или административным проступком, применение подобной презумпции было бы вполне логичным, но в семейном законодательстве России этот юридический феномен пока не нашел

должной поддержки. Презумпция невиновности при разглашении тайны усыновления, напротив, обусловлена тем, что разглашение тайны усыновления есть уголовное преступление, и здесь действует принцип, принятый в уголовном производстве. Это еще раз подчеркивает присутствие в семейных правоотношениях публичного элемента. Четвертая группа презумпций имеет сугубо отраслевой (или институциональный — все зависит от особенностей правовой системы) характер: презумпции отцовства и материнства.

Как видим, применение в семейно-правовых отношениях тех или иных презумпций напрямую связано с их функциональным значением, которое сложно переоценить. Нередко презумпции используются в ситуации, когда иными способами установить какой-либо факт не представляется возможным, т.е. в качестве юридического факта в ситуации невозможности неизвестности. Яркий пример такой презумпции закреплен в ч. 3 ст. 45 ГК РФ³⁶. Днем смерти супруга, ранее признанного пропавшим без вести, считается день, когда судебное решение вступило в законную силу. В случае, когда имели место обстоятельства, угрожавшие смертью или дающие основание предполагать гибель пропавшего от определенного несчастного случая, суд может признать днем смерти супруга день его предполагаемой гибели. Если бы не данная презумпция, вдове пришлось бы ждать его всю жизнь, не имея возможности вступить в другой брак. Под вопросом остались бы и отношения по поводу распоряжения совместно нажитым имуществом, да и государство отказало бы в поддержке детей.

Несколько реже презумпции используются для разрешения отдельных редко встречающихся казуистических ситуаций, в которых суд не может установить истину и не способен использовать презумпцию добропорядочности участников правоотношений. А. В. Федотов рассматривает эту ситуацию на примере презумпции правильности и разумности существующего порядка вещей, изменение которого требует наличия достаточных к тому оснований, иными словами, презумпции ценности

³⁴ Ойгензихт В. А. Понятие гражданско-правовой презумпции // Советское государство и право. 1975. № 10. С. 29.

³⁵ Сулимова С. Ю. Презумпции в Семейном кодексе РФ // Актуальные проблемы российского права на современном этапе : сборник статей V Всероссийской науч.-практ. конференции / под ред. В. В. Гошуляка. Пенза, 2006. С. 143—146.

³⁶ Гражданский кодекс РФ (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Рос. газ. 08.12.1994.

сохранения status quo³⁷. Об этой презумпции почти нет упоминаний в работах советских ученых, в отличие от дореволюционных и современных авторов³⁸. Возможно, именно поэтому в советский период (1980-е гг.) суд не воспользовался ею при рассмотрении следующего дела: в автокатастрофе погибли родители младенца, но остались две бабушки, которые и оспаривали в суде место жительства сироты. Спор был вызван тем, что одна из бабушек была верующим человеком, а другая — атеисткой. Советский суд (как и российский) считал, что ребенок должен проживать с той бабушкой, которая с высокой степенью вероятности способна вырастить из него достойного члена общества. Однако обе бабушки оказались достойными и образованными, обе имели завидное здоровье и сходные жилищные условия и т.п. Младенец также не мог выбрать, с какой из бабушек он хочет жить. В сложившихся условиях суд должен был применить презумпцию ценности сохранения случайно сложившегося status quo (в рассматриваемом деле в день гибели родителей ребенок оказался у верующей бабушки) и отказать истице (бабушке-атеистке) в удовлетворении иска о передаче ей ребенка на воспитание. В действительности же это дело не получило надлежащего разрешения, возможно, в связи с отсутствием в СССР свободы вероисповедания³⁹.

Необходимо отметить, что презумпцию ценности сохранения случайно сложившегося status quo можно использовать лишь тогда, когда предмет судебного спора является неделимое социальное благо, которое спорящие стороны к тому же не могут использовать поочередно. В настоящее время общеправовая презумпция ценности сохранения status quo признается как соответствующая частноправовому принципу недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в дела семьи, закрепленному в ст. 1 СК РФ.

Чаще всего презумпция используется для определения бремени доказывания. Для гражданской юрисдикции обязательным является установление действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей участников процесса. Прежде чем применить норму права, суд

должен знать, к каким обстоятельствам данная норма применима. Познавательная канва базируется на изучении неповторимых особенностей объектов исследования — феноменов предмета доказывания, а основным способом познания выступает судебное доказывание.

Рассмотрим эту ситуацию на примере презумпции прекращения брака. В статье 22 СК РФ определены две самостоятельные модели расторжения брака в суде, и каждой присуща своя система доказывания. Первая модель — «квазиискковая» (п. 1 ст. 22 СК РФ). Доказывание здесь, по существу, отсутствует, как и мотивировочная часть решения суда. Отсутствует оно и по второй модели, которую можно условно назвать «административной» (п. 2 ст. 22 СК РФ). Она базируется на непосредственном исследовании соответствующих обстоятельств, и его результат служит предпосылкой для вынесения судебного решения. В мотивировочной части решения достаточно указать на то, что супругам был назначен срок для примирения, но эта цель не была достигнута.

В России «доказывание» теоретически возможно только в довольно редко встречающейся ситуации, когда один из супругов не согласен с разводом, а другой настаивает на разводе и категорически возражает против предоставления срока для примирения, приводит веские, по его мнению, доказательства. За рубежом все обстоит несколько иначе. Например, в еврейской общине жена может просить права на развод перед раввинатным судом, только если у нее есть для этого веские причины, требующие доказывания, однако суд, учтя их, может поддержать просьбу жены о разводе, но не расторгнуть сам брак (сделать это может лишь муж посредством разводного письма — гета)⁴⁰. В США добиться развода можно только в суде, и только доказав, что он вызван изменой, уходом из семьи, наличием хронической болезни, не позволяющей исполнять супружеские обязанности, и т.п. Даже «несходство характеров» придется доказывать. Во Франции в расторжении брака и вовсе может быть отказано, если одна из сторон докажет, что развод причинит одному из супругов или их детям имущественный или моральный

³⁷ Федотов А. В. Указ. соч.

³⁸ См., например: Попов Б. В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе. Харьков, 1905. С. 7.

³⁹ Федотов А. В. Указ. соч.

⁴⁰ Аль-Кардави Ю. Любовь и секс в Исламе : сборник статей и фетв. М., 2004.

вред. И, напротив, в исламских странах доказательство факта вреда от нахождения в брачных отношениях служит основанием для развода⁴¹. В России закон гласит, что брак расторгается, если суд придет к выводу, что дальнейшая совместная жизнь супругов в силу определенных обстоятельств далее невозможна. Такой вывод суда носит откровенно предположительный характер. В своей познавательной деятельности по данной категории дел он опирается не только на доказательственные факты, но и на фактические презумпции.

Иными словами, факты, существование которых предполагается установленным при доказанности по делу других фактов, указанных в законе, являются презюмируемыми фактами. Главное их назначение состоит вовсе не в освобождении от доказывания, а в наиболее целесообразном распределении обязанностей по доказыванию этих фактов между сторонами. Презумпции также ограничивают свободу деятельности суда при оценке доказательств и делятся в этом смысле на две группы: 1) безусловно обязательные для суда и 2) подлежащие применению лишь тогда, когда они не были опровергнуты сторонами.

Для сравнения отметим, что по германскому законодательству презумпция прекращения брака при отсутствии фактических семейных отношений является неопровержимой, так как выводится непосредственно из нормы права: независимо от согласия другого супруга брак расторгается после 3 лет раздельного проживания⁴². В России само по себе раздельное проживание еще не является основанием для предположения о прекращении фактических семейных отношений, напротив, п. 1 ст. 31 СК РФ устанавливает право супруга на свободный выбор места пребывания и жительства.

Однако чаще всего презумпции в частном праве (особенно в семейных правоотношениях) позволяют сохранить нормальный психологический микроклимат в семье. Яркий пример тому — презумпция отцовства и презумпция материнства.

Так, в соответствии с ч. 2 ст. 48 СК РФ презумпция отцовства действует не только во время брака, но также и в течение определенного срока после его прекращения или признания недействительным. Если ребенок родился от лиц, «состоящих в браке между собой, а также в течение 300 дней с момента расторжения брака, признания его недействительным или с момента смерти супруга матери ребенка, отцом ребенка признается супруг (бывший супруг) матери, если не доказано иное» (ст. 52 СК РФ). В данном случае факт отцовства удостоверяется записью о браке родителей ребенка. Ранее действовавший срок в 10 месяцев заменен на срок в 300 дней. Это изменение уточняет возможные сроки вынашивания ребенка в соответствии с данными медицины: этот период равен сроку, в течение которого может протекать беременность⁴³. Однако еще Н. Ф. Качур отмечала, что если ребенок был зачат до регистрации брака, а родился уже после, но сами супруги «не желают ставить под сомнение происхождение ребенка по отцовской линии, то нет никаких оснований отказываться от ее применения и в данном случае. Поэтому закон при регистрации рождения ребенка не требует установления момента его зачатия, достаточно, чтобы ребенок родился после регистрации брака»⁴⁴.

Но и в этом случае может возникнуть ряд проблем. Так, в одном из дел, рассмотренных районным судом г. Москвы, отцовство было оспорено матерью ребенка со ссылкой на то,

⁴¹ Развод с иностранцем // Империя юридических услуг. URL: <http://law-service.org/family-cases/divorce-with-foreigner.html> (дата обращения: 12.05.2015).

⁴² Коржаков И. Доказывание по делам о расторжении брака // Российская юстиция. 1997. № 10. С. 46.

⁴³ В Риме ребенок, родившийся в течение 10 лунных месяцев (1 лунный месяц — 28 дней) после смерти отца-наследодателя, считался наследником. То же самое наблюдаем в английском праве до 1995 г. Принятый во многих странах срок в 300 дней не соответствует биологическому сроку. В. Б. Паничкин считает, что это связано с отказом законодателя от исчисления срока в лунных месяцах и их неправильным переводом в обычные календарные месяцы, причем по банковскому обычаю, принимающему любой месяц за 30 дней (постановление Президиума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 08.10.1998 № 13/14 «О практике применения положений ГК РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами») (см.: Паничкин В. Б. Лица, имеющие право наследовать, в американском праве в сравнении с российским // Международное публичное и частное право. 2009. № 4).

⁴⁴ Качур Н. Ф. Презумпции в советском семейном праве : дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1982. С. 129.

что, несмотря на рождение ребенка в пределах 300 дней с момента расторжения брака, ответчик отцом ребенка не является, так как не проживал с истицей более 1,5 лет до рождения ребенка. При этом указанные обстоятельства ответчиком не оспаривались, каких-либо возражений с его стороны не последовало, а иные возможные доказательства не исследовались. Однако позже в указанном деле опровергнутая презумпция была восстановлена в связи с отказом от иска, т.е. вследствие одностороннего действия. Истице на основании ее заявления был восстановлен пропущенный срок для подачи кассационной жалобы на ранее принятое и вступившее в законную силу решение, а производство по делу было прекращено в связи с принятием отказа от иска⁴⁵.

Кроме того, указанная презумпция не имеет силы даже при рождении ребенка в течение установленного срока после расторжения брака, при его расторжении по причине признания мужа безвестно отсутствующим. То же относится к ситуации, когда супруг по объективным обстоятельствам (длительное раздельное проживание супругов и т.п.) не мог быть отцом рожденного его женой ребенка. Хотя истории известны примеры обратного. Так, законодательство Древней Индии, например, гласило, что «женщина считается полем, мужчина считается семенем. <...> Если не было заключено договора (прообраз договора о суррогатном материнстве. — Авт.) относительно приплода между собственником поля и собственником семени, то приплод (дети. — Авт.) принадлежит собственнику поля»⁴⁶.

Применение презумпции отцовства направлено прежде всего на защиту права ребенка иметь отца (прежде всего социального), даже если этот факт, в свою очередь, нарушает права как юридического, так и биологического отцов. Так, по мнению А. Б. Синельникова, закрепление данной презумпции — признак «двойной

морали»: «в результате измены жены муж может быть вынужден воспитывать чужого ребенка, но жена не имеет никаких материнских обязанностей по отношению к ребенку, который появился у ее мужа от внебрачной связи»⁴⁷. Женщина, состоящая в браке, вправе при регистрации родившегося у нее ребенка в качестве отца новорожденного указать данные своего мужа. И только после получения свидетельства о рождении ребенка можно обратиться в суд и оспорить данную презумпцию.

В связи с этим представляется интересным дело из практики Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ)⁴⁸. Суть его заключается в том, что гражданка Нидерландов, состоявшая в законном браке, родила ребенка, отцом которого в действительности являлся не ее муж, поскольку она уже несколько лет не проживала с ним, а другой мужчина. Более того, она не имела с мужем никаких контактов и даже не знала о его местонахождении. Однако их брак был расторгнут в суде только после рождения ребенка, тогда же она совместно с фактическим отцом ребенка обратилась в соответствующие органы с просьбой зарегистрировать последнего в качестве отца ребенка, но получила отказ. В соответствии с законами Нидерландов признание отцом ребенка, родившегося в зарегистрированном браке, другого лица возможно только в случае, если муж матери ребенка откажется от отцовства или если жена оспорит его отцовство (но при этом важно, чтобы ребенок родился в течение 306 дней после расторжения брака). Правительство Нидерландов обратило внимание ЕСПЧ на то, что заявители (родители ребенка) имели легальную возможность оформить взаимоотношения между отцом и сыном, используя процедуру усыновления после заключения брака между родителями⁴⁹. Более того, ничего не мешало им своевременно оформить развод. Суд не согласился с подобными аргументами и при-

⁴⁵ См.: Обзор судебной практики Мосгорсуда «Практика рассмотрения межмуниципальными народными судами г. Москвы гражданских дел по спорам, вытекающим из семейных правоотношений» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁶ Книга законов Ману // Хрестоматия по Всеобщей истории государства и права / под ред. К. И. Батыра и Е. В. Поликарповой. М., 1996. Т. 1 С. 47—48.

⁴⁷ Синельников А. Б. Антисемейная революция // Российский институт стратегических исследований. URL: <http://riss.ru/demography/demography-science-journal/6182/> (дата обращения: 14.05.2015).

⁴⁸ См.: Туманова Л. В., Владимирова И. А. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека. М., 2007. С. 93—94.

⁴⁹ Максимович Л. Б., Шершень Т. В. Презумпция отцовства: законодательство и практика применения // Законы России: опыт, анализ, практика, 2009. № 11.

шел к заключению, что биологическая и социальная реальности должны превалировать над правовой презумпцией, особенно если последняя вступает в противоречие с установленными фактами и обоюдным желанием заинтересованных лиц.

Как уже отмечалось, данная презумпция была известна еще древнеримским юристам — «отцовство не может быть доказано»⁵⁰. И во времена, далекие от расцвета генетики, но характеризующиеся редкостью разводов и важностью сохранения наследства за кровным родственником, это существенно упрощало процесс установления отцовства. В настоящее время отцовство признается по суду с помощью генетических экспертиз. Однако до недавнего времени привлечение подобных доказательств было невозможно, что порой порождало небезынтересные казусы. Например, еще К. П. Победоносцев отмечал, что «Саксонский закон 1867 г. даже в случае, когда у матери оказывалось несколько любовников одновременно и нельзя было определить, от кого прижит ребенок, не только не освобождал их от отцовства, но, напротив, связывал всех вместе круговой ответственностью по содержанию ребенка»⁵¹. То же самое наблюдаем в Кодексе законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве РСФСР 1918 г. и Кодексе законов о браке, семье и опеке в 1926 г. С принятием Указа Президиума Верховного Совета СССР «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам...» это положение было отменено, в силу чего в свидетельстве о рождении внебрачного ребенка в графе «отец» ставился прочерк⁵². В истории советского семейного права механизм установления отцовства менялся несколько раз. Так, в 1968 г. институт установления отцовства был снова восстановлен. В начале 1990-х ситуация осложнилась в связи

с распадом СССР: несмотря на то, что гражданство ребенка по законодательству автоматически определялось по гражданству родителей, требовалось дополнительно оформить вкладыш к паспорту, подтвердив свое гражданство, как будто презумпции отцовства и материнства на время перестали действовать.

Действующий СК РФ предусматривает две формы установления отцовства: добровольное установление в административном порядке и принудительное установление в судебном порядке.

Установления отцовства в судебном порядке вправе требовать: мать ребенка, ее муж, фактический отец ребенка, не являющийся мужем матери ребенка, опекун (попечитель) ребенка или лицо, на иждивении которого находится ребенок, а также сам ребенок по достижении им совершеннолетия⁵³. При этом суд принимает во внимание «любые доказательства, с достоверностью подтверждающие происхождение ребенка от конкретного лица» (ст. 49 СК РФ). А именно: показания генетической экспертизы, свидетельство о рождении ребенка, факт совместного проживания без регистрации брака, показания свидетелей и др.⁵⁴. То есть презумпция отцовства, которая в большинстве случаев подтверждается в суде, тем не менее является опровержимым предположением.

Несмотря на то, что СК РФ признает и сохраняет институт установления отцовства, он не может дать ответ на многие вопросы, возникающие в связи с применением презумпции отцовства к некоторым ситуациям. Один из таких случаев приведен в работе В. Н. Козловой. Так, истица К. обратилась в Абаканский городской суд с иском об установлении отцовства и взыскании алиментов с ответчика В. в пользу несовершеннолетнего сына, которому на момент подачи искового заявления исполнился

⁵⁰ Латинская юридическая фразеология / сост. Б. С. Никифоров. М., 1988. С. 237.

⁵¹ Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Часть вторая : Права семейные, наследственные и завещательные. Серия «Классика российской цивилистики» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵² Указ Президиума Верховного Совета СССР «Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении почетного звания «Мать героиня» и учреждении ордена «Материнская слава» и «Медаль материнства» // Ведомости Верховного Совета СССР. 1944. № 37.

⁵³ Беспалов Ю. Разбирательство дел об установлении отцовства // Российская юстиция. 2000. № 6. С. 27.

⁵⁴ Так, останки французского актера Ива Монтана были эксгумированы для того, чтобы доказать, что визуальное сходство предполагаемой дочери и утверждения ее матери не имеют под собой никаких оснований. Геномная экспертиза была предпринята и для определения претензий лже-Анастасий Романовых.

1 месяц. В предварительном судебном заседании ответчик заявил ходатайство о проведении геномной экспертизы, против которого истица не возражала. Судья разъяснила сторонам, что такая экспертиза проводится только по достижении ребенком 1 года, что объясняется особенностями данного вида экспертизы. Вместе с тем приостановить дело до достижения ребенком 1 года невозможно (такого основания приостановления производства по делу ГПК РФ не содержит). В связи с этим сторонам было предложено получать судебные повестки, извещающие о вызове в суд, но в судебное заседание не являться, для того чтобы дело было оставлено без рассмотрения. Истица было разъяснено, что в дальнейшем (через 11 месяцев) она вправе подать новое исковое заявление, которое будет принято к производству и рассмотрено, поскольку оставление заявления без рассмотрения не препятствует повторному обращению в суд с тождественным иском. Истица, посчитав позицию судьи обоснованной, получала повестки о вызове в суд, расписывалась в уведомлениях о вручении, но в суд трижды не явилась. Аналогично поступил и ответчик. Дело было оставлено без рассмотрения⁵⁵.

Еще одну проблему поднимает М. В. Антокольская. Она отмечает, что, поскольку СК РФ не признает юридических последствий за незарегистрированными браками, в том числе и в плане установления отцовства, применение презумпции отцовства фактического супруга к лицам, состоявшим в фактическом браке, позволит хоть как-то защитить интересы ребенка и его матери. Как правило, фактические брачные отношения характеризуются длительным и стабильным характером, что, с одной стороны, отличает их от кратковременной связи, а с другой — сближает с зарегистрированным браком⁵⁶.

В современном мире презумпция отцовства известна правовым системам многих зарубежных государств: Германии, Австрии, Швейцарии, Нидерландов, Франции, Канады, Японии

и др.⁵⁷ Однако при использовании, казалось бы, одного и того же правового средства регулирования семейно-правовых отношений каждое государство по-своему наполняет содержание этих средств:

Венгрия: отцом ребенка считается лицо, с которым мать ребенка состояла в браке с момента зачатия ребенка и до его рождения или в течение определенного отрезка времени с момента зачатия;

Италия: муж матери ребенка, зачатого в браке, т.е. родившегося не ранее чем через 180 дней со дня регистрации заключения брака, считается его отцом. Ребенок, родившийся по истечении 300 дней с момента вынесения судебного решения о прекращении совместного проживания супругов либо с момента, когда супруги расстались по взаимному согласию, не считается зачатым в браке;

Франция: дети, рожденные ранее 180-го дня после заключения брака, также предполагаются зачатыми до заключения брака⁵⁸.

Момент зачатия как основной элемент презумпции отцовства имеет юридическое значение и в тех государствах, где действует разновидность презумпции отцовства — презумпция законнорожденности.

Например, в Японии ребенок, родители которого состояли в зарегистрированном браке на момент его зачатия или родившийся не позднее 200 дней после заключения брака или 300 дней после его расторжения/аннулирования, считается законнорожденным (п. 2 ст. 772 Гражданского кодекса Японии). То есть ребенок, зачатый в браке, но родившийся после развода, считается законнорожденным, в то время как ребенок, родившийся в браке, но зачатый до его заключения, таковым не является⁵⁹.

Срок действия презумпции отцовства в разных зарубежных государствах может отличаться, хотя и не существенно:

— 300 дней — во Франции (ст. 311 французского Гражданского кодекса), Швейцарии (ст. 252 Гражданского кодекса), ФРГ (§ 1593

⁵⁵ Козлова В. Н. Проблемы разрешения дел по искам об установлении отцовства и взыскании алиментов // Семья в развивающейся России: исторический опыт, проблемы и перспективы : материалы межрегиональной научно-практической конференции / под ред. Л. В. Анжигановой. Абакан, 2006. С. 204.

⁵⁶ Антокольская М. В. Семейное право. М., 2001. С. 178.

⁵⁷ Максимович Л. Б., Шершень Т. В. Указ. соч.

⁵⁸ Указ. соч.

⁵⁹ Подробнее см., например: Гражданское и торговое право зарубежных стран / под общ. ред. В. В. Безбаха и В. К. Пучинского. М., 2004. С. 637—639 ; Гражданское и торговое право капиталистических госу-

Германского гражданского уложения), Италии и Польше;

— 306 дней — в Нидерландах.

В Марокко родство может быть законным и незаконным. Законным признается ребенок, рожденный в браке, добровольно признанный отцом или родившийся минимум через 6 месяцев после заключения брака или в течение года после расторжения брака. Такой срок устанавливают и другие арабские государства, за исключением Алжира, где максимальный срок, позволяющий считать ребенка рожденным в браке, составляет 10 месяцев после расторжения брака (ст. 43 Закона о семье 1984 г.)⁶⁰. Представляется, что презумпция отцовства мужа матери ребенка в случае рождения ребенка в течение года после расторжения брака в определенной мере отражает концепцию «спящего ребенка». Согласно данной концепции, которую признавали все школы права, женщина может вынашивать ребенка несколько лет, в маликитской школе максимум — 5 лет. Концепция «спящего ребенка» и вытекающая из нее презумпция отцовства позволяли устанавливать отцовство при рождении ребенка у разведенной или овдовевшей женщины, защищая женщину от весьма сурового наказания, а ребенка от пожизненного статуса внебрачного⁶¹.

Кстати, в России до октября 1917 г. презумпция отцовства также действовала в течение 306 дней⁶². Еще один пример — в первой половине XX в. в 46 штатах США иски об установлении отцовства носили уголовно-правовой, в других штатах — гражданско-правовой характер, при этом с иском об установлении отцовства могла обратиться в суд только мать ребенка. Так, в 1949 г. суд штата Северная Каролина запретил ребенку исследовать и устанавливать в судебном порядке отцовство своего биологического отца⁶³.

Другой презумпцией, применимой к ситуации установления происхождения детей, яв-

ляется *презумпция материнства*. Как правило, установление материнства не составляет проблемы. Еще в римском праве действовало положение «мать всегда известна, даже если она зачала вне брака». В подавляющем большинстве случаев оно и сейчас сохраняет свою силу.

В настоящее время ситуация упрощается тем, что роды происходят либо в медицинском учреждении, либо в присутствии врача или иных лиц, которые могут засвидетельствовать данный факт либо профессионально установить очевидные следы родов постфактум. Таким образом, материнство может быть установлено на основании медицинских документов (справки о рождении), свидетельских показаний или иных доказательств. В некоторых исключительных случаях материнство может устанавливаться в судебном порядке (если документ, подтверждающий материнство утерян, а выдача дополнительного экземпляра по каким-то причинам невозможна; либо в качестве матери записана другая женщина).

Такие случаи, конечно, не столь часты, но все же случаются. Так, в наше время в Ингушетии отмечался подобный случай: в 1967 г. в районной больнице по вине молодых врачей, приехавших на стажировку, произошла ошибка — подмена детей, о которой сами дети, воспитывавшиеся в соседних деревнях: М. Батажаев и Н. Белхороев, — узнали случайно через 42 года. Похожая история произошла и в роддоме г. Мценска, где обслуживающий медперсонал перепутал бирки новорожденных детей (русского и татарского мальчика). Благодаря внешнему сходству и случайной встрече семей, проживающих в разных городах, ошибка выяснилась через 2 года. Экспертиза ДНК на 99,999 % подтвердила эту ошибку. Суд, опровергнув презумпцию материнства, принял решение «поменяться детьми», что и было сделано. Тяжелее всего это решение

дарств / отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1993. С. 524 ; Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / под ред. В. В. Залесского. М., 2004. С. 188—207 ; *Сакаэ Вагацума, Тору Ариидзуми*. Гражданское право Японии : в 2 кн. М., 1983. Кн. 2. С. 210—211.

⁶⁰ В исламе подсчет ведется по лунному календарю, в котором количество дней в году на 11 меньше, чем по солнечному, и составляет 354 дня.

⁶¹ *Борминская Д. С.* Новые тенденции в развитии мусульманского семейного права на примере Семейного кодекса Королевства Марокко 2004 г // Российский правовой портал : Библиотека Пашкова. URL: <http://constitutions.ru/?p=6276> (дата обращения: 11.05.2015).

⁶² См.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 442.

⁶³ *Худякова О. Ю.* Развитие законодательства США об установлении происхождения детей // Международное публичное и частное право. 2009. № 4.

далось матерям, так как дети через год уже привыкли к новым семьям⁶⁴.

В таких случаях дело рассматривается по заявлению матери в порядке особого производства в суде общей юрисдикции, а решение суда об установлении факта, имеющего юридическое значение, является безусловным основанием для записи женщины в качестве матери ребенка. Но чаще всего материнство очевидно, поэтому СК РФ предусматривает возможность установления в судебном порядке только отцовства. Законодатель посчитал, что в противном случае мы окажемся в абсурдной ситуации.

Таким образом, если ребенок рожден в браке, согласие каждого из супругов на регистрацию их в качестве родителей рожденного ребенка презюмируется. Другое дело — установление отцовства и материнства в случаях суррогатного материнства. Большой интерес вызывает соотношение суррогатного материнства с рассматриваемыми презумпциями.

При регулировании отношений, возникающих в связи с суррогатным материнством, СК РФ сохраняет за суррогатной матерью право оставить рожденного ею ребенка у себя и быть зарегистрированной в органах ЗАГСа в качестве его матери. Это положение вытекает из ч. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ, которая предусматривает, что «лица, состоящие в браке между собой и давшие свое согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, могут быть записаны родителями ребенка только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери)». При оформлении договора в медицинском учреждении о выполнении услуг по вынашиванию ребенка женщина, желающая выступить в роли суррогатной матери, подписывает соответствующий документ, в котором она выражает свое согласие на применение по отношению к ней соответствующих процедур. Согласия ее мужа при этом долгое время никто официально не требовал, хотя обратные примеры и имелись, очень немногочисленные.

Если супруги длительное время проживали раздельно, но брак не расторгли, то муж суррогатной матери ребенка мог даже не знать, что его жена сначала подписала такой договор, потом родила и оставила ребенка себе⁶⁵. Только в 2011 г. требование об обязательном получении согласия супруга на суррогатное материнство было впервые закреплено в ч. 3 и 10 ст. 55 Закона «Об основах охраны здоровья граждан Российской Федерации»⁶⁶. Но это не решило всех существующих проблем.

Рассмотрим только некоторые из них:

1. Какое родство, генетическое или кровное, должно являться приоритетным, особенно при полной форме суррогатного материнства (ибо в разных странах допускаются разные его формы: полное, частичное; традиционное и гестационное).

В первом случае используется искусственное оплодотворение суррогатной матери с использованием семени предполагаемого отца и яйцеклетки суррогатной матери. После рождения ребенка мужчина-донор становится его отцом, а его жена — матерью в порядке усыновления. Гестационное суррогатное материнство предполагает использование биологических материалов только предполагаемых родителей: производится искусственное оплодотворение половых клеток предполагаемых родителей, и полученный в результате этого эмбрион имплантируется в матку суррогатной матери. Поначалу применение новых технологий породило правовые проблемы. Так, в Великобритании по закону 1985 г. юридической матерью ребенка до 1990 г. считалась женщина, которая его выносила и родила, хотя при применении гестационной формы никакого родства между ребенком и суррогатной матерью, естественно, не наблюдалось, что фактически превращало презумпцию в фикцию материнства⁶⁷. Однако и использование традиционной формы влечет за собой определенные трудности, не только юридические, но и этические. Поэтому во многих странах, например, в Израиле, суррогатное материнство допускается

⁶⁴ По материалам телепередачи «Верните маму» (программа «Очная ставка». НТВ. 09.06.2009).

⁶⁵ См.: *Никиташина Н. А., Токмашова Н. Ю.* Фиктивные состояния в семейном праве и защита прав граждан // *Правоохранительная деятельность как вид юридического процесса : материалы круглого стола*, 22.01.2011, г. Абакан / науч. ред. М. А. Буганова. Абакан, 2011. С. 80—82 ; *Шепилова Е. Е.* Права генетических родителей при их участии в программе суррогатного материнства // Там же. С. 82—83.

⁶⁶ Федеральный закон от 21.11.2011 № 232-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан Российской Федерации» (в ред. от 21.07.2014 № 243-ФЗ) // *Рос. газ.* 23.11.2011.

⁶⁷ *Айвар Л.* Спорные родители ребенка на заказ // *Домашний адвокат.* 2006. № 6.

только, если суррогатная мать не имеет генетического родства ни с ребенком, ни с одним из названных (генетических) родителей⁶⁸.

Однако фикция фикции рознь, и нам кажется, что в данном случае следует использовать в качестве средства урегулирования отношений именно фикцию, а не презумпцию, но уже в пользу генетических родителей, как, например, в США, Украине, Казахстане и Беларуси⁶⁹. Широкое применение современных медицинских технологий не должно связывать происхождение ребенка только с биологическим происхождением (кровным родством), поскольку цель появления таких технологий — решить проблему бездетных семей. В ином случае используемое средство не соответствует поставленной цели.

2. Роль суррогатной матери в определении судьбы выношенного ею ребенка, а в случае решения вопроса в ее пользу — срок, в течение которого она может и должна определить его судьбу (передать генетическим родителям или оставить себе).

Так, в Англии, согласно положениям Акта об оплодотворении и эмбриологии 1990 г. (в редакции 2008 г.) суррогатная мать должна дать свое согласие только через 6 недель после родов, а заказчики должны обратиться в суд за родительским предписанием в течение 6 месяцев после рождения ребенка⁷⁰. Если приоритет в суррогатных отношениях отдается генетическим родителям, то роль суррогатной матери не должна быть решающей. Так, в Законе штата Вирджиния, если суррогатная мать состоит в генетическом родстве с вынашиваемым ребенком, то в течение 180 дней с момента начала беременности она может прекратить договор в одностороннем порядке, если по истечении данного срока она не заявит об отказе от своих обязательств по договору, ее контрагенты автоматически приобретают родительские права. Во всех случаях будет применяться юридическая фикция. Однако пока законодатель основывает свою позицию на юридической презумпции материнства и на предположении о том, что женщина, выносившая ребенка, имеет с ним такую же

тесную связь, как и мать в обычных отношениях, а следовательно, может считаться его матерью.

3. Определение судьбы эмбриона при отказе суррогатной матери от дальнейшего вынашивания плода, в случае смерти или развода генетических родителей до рождения ребенка или отказа генетических родителей от больного ребенка.

Если приоритет в суррогатных отношениях отдается генетическим родителям, то действует фикция отцовства и материнства генетических родителей, но по действующему законодательству во всех случаях ситуация зависит от позиции суррогатной матери и наличия у нее законного мужа, но в случае развода генетических родителей до рождения ребенка или отказа генетических родителей от больного ребенка важными окажутся и содержание пунктов договора и способ донорства. В данной ситуации можно использовать опыт зарубежных стран: если операция по искусственному оплодотворению была произведена без согласия мужа, женщина, родившая ребенка, будет считаться его матерью по закону, но ее супруг не будет признан отцом ребенка⁷¹. Для этого необходимо внести соответствующее дополнение в ч. 2 ст. 48 СК РФ. Другой мерой, гарантирующей соблюдение прав супруга, будет являться получение в обязательном порядке согласия мужа суррогатной матери.

4. Возникновение алиментных обязательств у генетического отца в случае отказа генетических родителей от договора при рождении больного ребенка, отказе от здорового ребенка из-за изменений финансового или семейного положения родителей.

Для решения данной проблемы необходимо, на наш взгляд, закрепить в СК РФ положение о запрещении лицам отзываться свое заявление на вынашивание ребенка и в одностороннем порядке аннулировать договор, а также о запрещении заключать параллельно несколько договоров с разными контрагентами (суррогатными матерями) по поводу оказания одной и той же услуги — вынашивания ребенка.

⁶⁸ Афанасьева И. В. Правовое регулирование суррогатного материнства // Трезвый взгляд. 2007. № 2.

⁶⁹ Афанасьева И. В. Указ. соч.

⁷⁰ См.: Барашнев Ю. И. Новые технологии в репродуктивной и перинатальной медицине: потребность, эффективность, риск, этика и право // Российский вестник перинатологии и педиатрии. 2001. № 1. С. 6—11.

⁷¹ Афанасьева И. В. Указ. соч.

5. Определение компромисса прав генетического отца и прав ребенка, оставленного суррогатной матерью себе, при установлении отцовства и определении алиментных обязательств.

Словацкие ученые Я. Дрогонец и П. Холлендер считают, например, что, доказав без труда отцовство ребенка на основании результатов геномной дактилоскопии, суррогатная мать может потребовать алименты на содержание ребенка от генетического отца. Однако, учитывая, что «заявитель желал быть отцом только при условии, что матерью ребенка будет являться его супруга», суд не должен удовлетворять иск суррогатной матери⁷². По мнению А. В. Майфата, участие генетического отца в репродуктивной деятельности с участием суррогатной матери, при ее последующем отказе передать ребенка генетическим родителям, является, по сути, донорством⁷³. А в соответствии с п.4 ст. 51 СК РФ донор не может быть признан отцом ребенка.

Но такое толкование небесспорно, как отмечает Е. С. Митрякова⁷⁴. Следовательно, нужна норма закона о том, что если супруги не приобрели родительских прав в силу отказа суррогатной матери, то последняя лишается права требовать признания отцовства в отношении мужчины, предоставившего свой генетический материал.

Таким образом, даже такие классические семейно-правовые презумпции, как презумпции отцовства и материнства, в современных нестандартных ситуациях не обеспечивают возложенную на них функцию, заставляя законодателя искать для этого другие правовые средства, заимствуя их из своего прошлого или из опередившей его зарубежной практики. При отсутствии легальных презумпций правоприменитель, как и прежде, прибегает к презумпциям фактическим. Влияет на развитие семейно-правовых презумпций и усиление публичного начала в данной отрасли права, начавшееся еще в советский период.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Антокольская М. В. Семейное право : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2001. — 178 с.
2. Бабаев В. К. Презумпции в российском праве и юридической практике // Проблемы юридической техники : сборник статей : в 2 т. / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — Т. 1. — С. 323—330.
3. Барашнев Ю. И. Новые технологии в репродуктивной и перинатальной медицине: потребность, эффективность, риск, этика и право // Российский вестник перинатологии и педиатрии. — 2001. — № 1. — С. 6—11.
4. Беспалов Ю. Разбирательство дел об установлении отцовства // Российская юстиция. — 2000. — № 6. — С. 25—27.
5. Гражданское и торговое право зарубежных стран / ред. В. В. Безбах, В. К. Пучинский. — М., 2004. — 724 с.
6. Гражданское и торговое право капиталистических государств / отв. ред. Е. А. Васильев. — М., 1993. — 624 с.
7. Латинская юридическая фразеология / сост. Б. С. Никифоров. — М., 1988. — 334 с.
8. Каминская В. И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. — М.-Л., 1948. — 131 с.
9. Качур Н. Ф. Презумпции в советском семейном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1982. — 182 с.
10. Книга законов Ману // Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. — М., 1996. — Т. 1. — С. 47—48.
11. Козлова В. Н. Проблемы разрешения дел по искам об установлении отцовства и взыскании алиментов // Семья в развивающейся России: исторический опыт, проблемы и перспективы : матери-

⁷² Дикова И. Установление отцовства и материнства при применении ВРТ // URL: www.law-n-life.ru/arch/128/128-14.do (дата обращения: 30.08.2014).

⁷³ Цит. по: Афанасьева И. В. Указ. соч.

⁷⁴ Цит. по: Макаренко Г. Н. Правовое регулирование отношений установления отцовства и материнства // Юридический центр: адвокат по семейным спорам. URL: <http://www.to-1.ru/articles/142/> (дата обращения: 07.06.2011).

- алы межрегиональной научно-практической конференции / под ред. Л. В. Анжигановой. — Абакан, 2006. — С. 204—209.
12. Коржаков И. Доказывание по делам о расторжении брака // Российская юстиция. — 1997. — № 10. — С. 46—47.
 13. Никиташина Н. А., Токмашова Н. Ю. Фиктивные состояния в семейном праве и защита прав граждан // Правоохранительная деятельность как вид юридического процесса : материалы круглого стола, 22.01.2011, г. Абакан / науч. ред. М. А. Буганова. — Абакан, 2011. — С. 80—82.
 14. Ойгензихт В. А. Понятие гражданско-правовой презумпции // Советское государство и право. — 1975. — № 10. — С. 25—33.
 15. Паничкин В. Б. Лица, имеющие право наследовать, в американском праве в сравнении с российским // Международное публичное и частное право. — 2009. — № 4.
 16. Печеник К. С кем останется ребенок после развода? // URL: http://letidor.ru/article/s_kem_ostanetsya_rebenok_posle_29610/ (дата обращения: 11.05.2015).
 17. Попов Б. В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе. — Харьков, 1905.
 18. Развод с иностранцем // Империя юридических услуг. URL: <http://law-service.org/family-cases/divorce-with-foreigner.html> (дата обращения: 12.05.2015).
 19. Саказ Вагацума, Тору Ариидзуми. Гражданское право Японии : в 2 кн. — М., 1983. — Кн. 2. — 318 с.
 20. Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / под ред. В. В. Залесского. — М., 2004. — 440 с.
 21. Сулимова С. Ю. Презумпции в Семейном кодексе РФ // Актуальные проблемы российского права на современном этапе : сборник статей V Всероссийской НПК / под ред. В. В. Гошуляка. — Пенза, 2006. — С. 143—146.
 22. Туманова Л. В., Владимирова И. А. Защита семейных прав в Европейском Суде по правам человека. — М., 2007. — С. 93—94.
 23. Федотов А. В. Понятие и классификация доказательственных презумпций // Журнал российского права. — 2001. — № 4.
 24. Хазова О. А. Установление отцовства // Закон. — 1997. — № 11. — С. 80—84.
 25. Худякова О. Ю. Развитие законодательства США об установлении происхождения детей // Международное публичное и частное право. — 2009. — № 4.
 26. Шепилова Е. Е. Права генетических родителей при их участии в программе суррогатного материнства // Правоохранительная деятельность как вид юридического процесса : материалы круглого стола, 22.01.2011 г., г. Абакан / науч. ред. М. А. Буганова. — Абакан, 2011. — С. 82—83.
 27. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). — М., 1995. — 556 с.

Материал поступил в редакцию 7 ноября 2017 г.

CLASSIFICATION OF PRESUMPTIONS IN FAMILY LAW

NIKITASHINA Natalya Aleksandrovna — PhD in Law, Professor, Head of the Department of Civil Law and Civil Procedure of the Institute of History and Law at the Khakass State University named after N.F. Katanov
shinan@mail.ru
665010, Russia, Respublika Khakassia, Abakan, pr. Severnyi, d. 9, kv. 68

Abstract. *The paper provides different classifications of presumptions in relation to the area of Family Law (general legal classifications, classifications employed by different branches of law, intersectoral classifications, direct and indirect classifications, refutable and irrefutable classifications, substantive and procedural classifications, mandatory and discretionary classifications, classifications of an obvious and of an unascertained fact). The author considers, that in some States there is no division into branches of law analogous to the Russian legal system, and, therefore, certain classifications may not be applied to the legal systems of such states. Special attention is paid to the presumptions of fact, as well as the issues of determining paternity and maternity in surrogacy relationships. To this end, the author provides examples taken from national and international*

jurisprudence. In addition, the author discusses in detail such issues as determination of the future residence of the minor child when the parents are divorcing, the definition of burden of proof in divorce proceedings when one of the spouses does not agree with the divorce, and the other spouse insists on the divorce and is strongly opposed to being granted the period assigned for reconciliation, the presumption of good faith of one of the parties at the conclusion of a sham marriage and in cases when the secret of adoption is divulged, etc. The author goes beyond the analysis of the main provisions of Family Law of the RF, appealing to the legislation of near (Ukraine, Belarus, Kazakhstan) and far (France, Germany, USA, Netherlands, Japan, and Muslim States) countries of abroad analyzing and comparing their experience of dealing with the problems similar to the Russian legal reality. It is concluded that the use of presumptions as means of legal technique in modern Family Law of Russia is influenced by such factors as an irregular nature of the situation subject to regulation, strengthening of public foundations and the lack of legal presumptions. In addition, in some cases, the question is raised concerning the use of such a means of legal technique as the presumption and the need to substitute it with the legal fiction. The paper is of interest not only to experts in the area of the theory of law, but also to general public.

Keywords: legal presumption, classification, Family Law, legal and fictitious presumption, surrogate relationship, genetic donation, presumptions of maternity and paternity, status quo presumption.

REFERENCES

1. *Antokolskaya, M.V.* Family Law: A textbook / M. V. Antokolskaya. — 2nd edition, revised and expanded. — M., 2001. — 178 p.
2. *Babaev, V. K.* The presumption in Law of the Russian Federation and jurisprudence // Problems of Legal Technique: A collection of articles in 2 volumes / Ed. by V. M. Baranov. — N. Novgorod, 2000. Vol. 1. — P. 323—330.
3. *Barashnev, Yu. I.* New technologies in reproductive and perinatal medicine: the need, effectiveness, risk, ethics and law // The Russian Bulletin of Perinatology and Pediatrics. 2001. No. 1. — P. 6 — 11.
4. *Bespalov, Yu.* Proceedings to establish paternity // Russian Justice. 2000. No. 6. — P. 25—27.
5. *Bezbakh, V. V., Pucinskiy, V. K.* (ed.), Civil and commercial law of foreign countries. — M., 2004. — 724 p.
6. *Vasiliev, E. A.* (ed.), Civil and commercial law of capitalist States. — M., 1993. — 624 p.
7. *Kaminskaya, V. I.* The doctrine of legal presumptions in criminal proceedings. — M.; L., 1948. — 131 p.
8. *Kachur, N. F.* The presumption in Soviet Family Law: PhD Thesis. — Sverdlovsk, 1982. — 182 p.
9. *Batyr, K. I., Polikarpova, E. V.* (ed.). The Book of Manu Laws // A Reading-book on General History of the State and Law. — M., 1996. Vol. 1. — P. 47—48.
10. *Kozlova, V. N.* The problem of resolution of cases involving claims of paternity and alimony // Family in Developing Russia: Historical Experience, Problems and Prospects: Proceedings of the Interregional Scientific and Practical Conference / Ed. by L. V. Anzhiganova. — Abakan, 2006. — P. 204—209.
11. *Korzhaikov, I.* Proving in divorce cases // Russian Justice. 1997. No. 10. — P. 46—47.
12. *Nikiforov, B. S.* (comp. ed.) Latin legal phraseology. — M., 1988. — 334 p.
13. *Nikitashina, N. A., Tokmashova, N. Yu.* Fictitious states in Family Law and protection of the rights of citizens // Law Enforcement as a Legal Process: Proceedings of the Round Table held 22 January 2011 in Abakan / Ed. by M. A. Buganova. — Abakan, 2011. — P. 80—82.
14. *Oygensicht, V. A.* The concept of a civil law presumption // The Soviet State and Law. 1975. No. 10. — P. 25—33.
15. *Panichkin, V. B.* Persons entitled to inherit in American Law as compared with Russian law // International Public and Private Law. 2009. No. 4 // Access from RRLS "KonsultantPlus".
16. *Pechenik, K.* Who will the child stay with after divorce? [Electronic resource]
17. *Popov, B. V.* Distribution of evidence between the parties in civil proceedings. Kharkov, 1905. [Electronic resource] // Access from RLS "Garant" <<http://base.garant.ru/5190212/>> (last accessed: 10 November 2013).
18. Divorce with the foreigner [Electronic resource]: Empire Legal Services [website]
19. *Sakae Wagatsuma, Toru Ariizumi.* Civil Law of Japan. In 2 vol. Vol. 2. — M., 1983. — 318 p.
20. Family law of the Russian Federation and foreign countries: the main institutions / Ed. by V. V. Zalessky. — M., 2004. — 440 p.



21. *Sulimova, S. Yu.* The presumption in the Family Code of the Russian Federation // Actual Problems of Russian Law at the Present Stage: Coll. of art. of the Vth All-Russian SPC / Ed. by V. V. Goshulyak. — Penza, 2006. — P. 143—146.
22. *Tumanova, L. V., Vladimirova I. A.* Protection of family rights in the European Court of Human Rights. M., 2007. — P. 93—94.
23. *Fedotov, A. V.* The concept and classification of evidentiary presumptions // Journal of Russian Law. 2001. No. 4 [Electronic resource] // Access from RLS “KonsultantPlus” (last accessed: 12 May 2011).
24. *Khazova, O. A.* Determination of Paternity // *Zakon*. 1997. No. 11. — P. 80—84.
25. *Khudyakova, O. Yu.* The development of U.S. law on the establishment of the origin of children // International Public and Private Law. 2009. No. 4. [Electronic resource] // Access from RLS “KonsultantPlus”.
26. *Shepilova, E. E.* The rights of genetic parents if they participate in the surrogacy program // Law Enforcement as a Legal Process: Proceedings of the Round Table held 22 January 2011 Abakan / Ed. by M. A. Buganova. — Abakan, 2011. — S. 82—83.
27. *Shershenevich, G. F.* A Textbook of Russian Civil Law (based on the edition of 1907) / G. F. Shershenevich. M., 1995. — 556 p.