

Евгений Александрович Рябоконт¹

Зачатый ребенок как потенциальный субъект отношений, возникающих при наследственном правопреемстве

Категория субъекта правоотношений является одним из фундаментальных в законодательстве и юридической науке. Правоотношения традиционно понимаются как урегулированные нормами правом общественные отношения, участники которых наделяются правами и обязанностями. Поэтому неотъемлемым свойством каждого субъекта правоотношений является наделение его правами и (или) обязанностями, реализуя (выполняя) которые он и достигает целей, поставленных при вступлении в правоотношения.

Признаком любого субъекта правоотношений является реальное его существование на момент их возникновения, изменения или прекращения, в целом – на момент наступления фактов, имеющих юридическое значение. Такое существование может проявляться в нахождении в живых физического лица, наличии государственной регистрации юридического лица, международной организации, соответствии определенного политико-территориального образования признакам государства и т.п. Вместе с тем в некоторых случаях возникает потребность в законодательном обеспечении будущих прав потенциальных участников правоотношений – прав, перспективное существование которых во многом зависит от эффективности таких превентивных мер. Одними из таких не существующих на сегодняшний день субъектов, будущие права которых подлежат правовой охране, являются зачатые, но еще не рожденные физические лица.

¹ Dr, doc, Київський Національний Університет ім. Тараса Шевченка, Україна (Kijowski Narodowy Uniwersytet im. Tarasa Szweczenki, Ukraina).

Особенности охраны интересов зачатого, но не рожденного ребенка, – вопрос, который довольно живо обсуждается в цивилистической литературе (Е. В. Кохановская, Л. Д. Любич, З. В. Ромовская, Р. А. Стефанчук, С. А. Слободян и др.). Центральным вопросом, вокруг которого ведутся споры, является вопрос о том, наделяется ли зачатый ребенок правоспособностью (гражданской правоспособностью) с момента самого зачатия или с момента рождения, как и другие субъекты гражданских правоотношений.

Целью данной статьи является исследование сущности охраняемых законом интересов ребенка, зачатого при жизни наследодателя (правопредшественника) и родившегося живым после его смерти, определение особенностей его правового статуса как правопреемника после рождения, выявление пробелов в его законодательном регулировании и высказывание предложений по их устранению.

Общие положения о месте института зачатого ребенка в системе правовых понятий. Действующее законодательство Украины не содержит определения зачатого ребенка. Вместе с тем в нормативных актах содержатся понятия эмбриона (эмбриона человека), которым является «зародыш человека на стадии развития до восьми недель» (ст. 2 Закона Украины «О запрете репродуктивного клонирования человека» от 14 декабря 2004 г. № 2231-IV²), и плода, которым считается «внутриутробный продукт зачатия, начиная с полного 12-й недели беременности (с 84-х суток от первого дня последнего нормального менструального цикла) до изгнания/извлечения из организма матери» (Приказ Министерства охраны здоровья Украины «Об утверждении Инструкции по определению критериев перинатального периода, живорождения и мертворождения, Порядка регистрации живорожденных и мертворожденных» от 29 марта 2006 г. № 179³). В юридической литературе неродившегося ребенка предлагается понимать, как «человеческий индивидуум с момента зачатия (оплодотворения яйцеклетки сперматозоидом) до момента рождения»⁴.

Поскольку нынешним участником правоотношений зачатый, но нерожденный ребенок, быть, естественно, не может, источники права, в том числе и международно-правовые, акцентируют внимание на определении правового статуса живого,

² Про заборону репродуктивного клонування людини. Закон України від 14 грудня 2004 р. № 2231-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. - № 5. – С. 111.

³ Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, Порядок реєстрації живонароджених і мертвонароджених. Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29 березня 2006 р. № 179 // Офіційний вісник України. – 2006. - № 15. – Ст. 1150.

⁴ Любич Л. Д. Правовий статус ненародженої дитини у правовідносинах щодо реалізації репродуктивних прав людини // Адміністративне право і процес. – 2015.- № 2. – С. 265.

родившегося ребенка как субъекта правоотношений. Ст. 1 Конвенции ООН «О правах ребенка» от 20 ноября 1989 г.⁵, ратифицированная Украиной 27 февраля 1991 г., определяет, что ребенком является «каждое человеческое существо до достижения 18-летнего возраста, если по закону, применяемому к данному лицу, оно не достигает совершеннолетия ранее». Установив граничный предел, когда ребенок утрачивает соответствующий особый правовой статус, Конвенция в то же время прямо не определила какой-либо привязки к моменту начала жизни ребенка, оставив его интерпретацию на усмотрение внутренних законодательств. Характерно, что подавляющее большинство государств из числа присоединившихся к Конвенции сделали оговорку, указав на то, что Конвенция применяется к человеческому существу с момента рождения⁶.

В преамбуле Декларации прав ребенка, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1959 г.⁷, отмечалась необходимость специальной охраны и заботы над ребенком, включая надлежащую правовую защиту как до, так и после рождения. Однако толкование данного положения вряд ли убеждает в том, что она связывает правовой статус ребенка с моментом зачатия, а не с моментом рождения. Скорее здесь речь идет о так называемой «условной правоспособности» ребенка, которая превращается в «реальную правоспособность» только если ребенок рождается живым. До этого момента можно утверждать о существовании правовых рычагов, которые охраняют и защищают права матери будущего ребенка, частью организма которой он является, и о потенциальных правах (интересах) зачатого ребенка, которые получают правовое признание лишь в случае рождения живым.

Ссылки в отдельных международных актах на якобы существование «правового статуса (защиты) зачатого ребенка» не следует воспринимать буквально, делая из этого вывод о возникновении права на жизнь с момента зачатия. Известный исследователь института личных неимущественных прав физического лица Р.А. Стефанчук при освещении положений ст. 4 Американской конвенции о правах человека от 22 ноября

⁵ Конвенція ООН «Про права дитини» від 20 листопада 1989 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. - № 1. – Ст. 205.

⁶ Le Blanc L.J. The Convention on the Rights of the Child: United Nations Lawmaking on Human Rights. University of Nebraska Press-Lincoln, 1995. – P. 72-73.

⁷ Декларація прав дитини, схвалена Генеральною Асамблеєю ООН 20 листопада 1959 р. // Офіційний сайт Верховної Ради України [електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_384.

1969 г.⁸, согласно которой «каждый имеет право на уважение его жизни. Это право защищается законом и, как правило, с момента зачатия», справедливо замечает, что данная норма не устанавливает момента возникновения права на жизнь, а скорее говорит об уважении к жизни, что является разными правовыми категориями⁹. Поддерживает такие взгляды и Е.В. Кохановская, уточняя, что «уместно вести речь об уважении к жизни зачатого ребенка, учитывая современные тенденции исследований в области генетики и проблемы, связанные с трансплантацией органов, клонированием и т.д.»¹⁰.

Четкую позицию относительно непризнания прав за нерожденным ребенком занял и Европейский Суд по правам человека, отметив в деле Во (Vo) против Франции, в частности, следующее: «...при отсутствии определенного правового статуса еще не рожденного ребенка... принимая во внимание обстоятельства дела, жизнь плода тесно связана с жизнью его матери, и его защита осуществляется путем защиты матери» (§ 86 постановления Европейского суда по правам человека по делу Во (Vo) против Франции 2004 г.)¹¹. Положения ст. 2 и других статей Конвенции о правах ребенка в части «уважения и обеспечения государствами-участниками всех прав за каждым ребенком» в основном понимаются как нормы, касающиеся только рожденных лиц, которые не могут распространяться на ребенка, находящегося в утробе матери. В частности, и в практике Европейской комиссии по правам человека, рассматривавшей жалобы на нарушения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод до 1998 г., и в решениях Европейского Суда господствует позиция относительно правового преимущества решения матери о проведении искусственного прерывания беременности над эвентуальными правами нерожденного ребенка, при условии, что внутреннее законодательство конкретного государства не запрещает проведение аборта

⁸ Американская конвенция о правах человека от 22 ноября 1969 года // Международные акты о правах человека: Сборник документов / Сост. В.А. Карташкин, Е.А. Лукашева. – М.: НОРМА, 2002. – С. 867-886.

⁹ Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): Монографія / Відп. ред. Я.М. Шевченко. – Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. – С. 280.

¹⁰ Кохановська О.В. Цивільно-правові норми у сфері трансплантології // Еколого-правові проблеми у сфері трансплантології: Навчальний посібник / Балюк Г.І., Ковальчук Т.Г., Козьяков І.М., Кохановська О.В., Погрібний О.О.; за заг. ред. Г.І. Балюк. – К.: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2011. – С. 48.

¹¹ Постановление Европейского Суда по правам человека от 08 июля 2004 г. по делу Во (Vo) против Франции: Жалоба № 53924/00 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.lawmix.ru/abrolaw/5792>.

при данных обстоятельствах¹². Не высказывается возражений против подобного подхода и среди специалистов-интерпретаторов Конвенции¹³.

Не существует оснований для утверждения о существовании правового статуса нерожденного ребенка и из анализа внутреннего законодательства Украины. Ч. 1 ст. 6 Семейного кодекса (СК) Украины регламентирует, что правовой статус ребенка имеет лицо до достижения им совершеннолетия. Учитывая то, что Гражданский кодекс (ГК) Украины связывает возникновение гражданской правоспособности с рождением человека, – фактом, с наступлением которого человек становится физическим лицом и приобретает возможность иметь не запрещенные законом гражданские права и обязанности (абзац первый ч. 2 ст. 25), равно как и приобретать и реализовывать их в лице законных представителей (ст. ст. 30, 31 ГК Украины), очевидным является вывод **о наделении ребенка правовым статусом лишь с момента рождения.**

Следует подчеркнуть, что ребенок признается субъектом гражданских правоотношений независимо от того промежутка времени, в течение которого он является живым. Последующая смерть новорожденного ребенка, наступившая вскоре после рождения, не может нивелировать факт рождения и перечеркнуть обусловленные им правовые последствия. Реализация этих положений прослеживается при оформлении актов гражданского состояния. Согласно пункта 28 подраздела 1 раздела III Правил государственной регистрации актов гражданского состояния в Украине, действующих в редакции Приказа Министерства юстиции Украины от 24 декабря 2010 г. № 3307/5¹⁴, в тех случаях, когда смерть ребенка наступила на первой неделе жизни (даже если он прожил хотя бы несколько минут), составляются две записи: о рождении и о смерти и выдается свидетельство о смерти и выписка из Государственного реестра актов гражданского состояния граждан о государственной регистрации рождения с указанием, что ребенок умер. Основанием для регистрации рождения является медицинское свидетельство о рождении, а для регистрации смерти – врачебное свидетельство о перинатальной смерти.

¹² Puppinc G., de la Hougue C., Popescu A. Written observations submitted to the European Court of human rights in the case Anita Kruzmane against Latvia no. 33011/08. Strasbourg: the EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE. – 2012. – P. 6-7.

¹³ Червяцова А.О. Право на життя та заборона катувань у рішеннях Європейського суду з прав людини: аналіз судової практики за статтею 2 і 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: Навчальний посібник / А.О. Червяцова. – Х.: ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2012. – С. 21-23.

¹⁴ Про внесення змін до наказу Міністерства юстиції України від 18.10.2000 № 52/5 «Про затвердження Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні». Наказ Міністерства юстиції України від 24 грудня 2010 № 3307/5 // Офіційний вісник України. – 2010. - № 101. – Ст. 3649.

Указанные положения дают возможность заинтересованным лицам (прежде всего, родителям ребенка) требовать юридической фиксации фактов рождения и смерти ребенка независимо от продолжительности жизни такого ребенка. Единственным условием возникновения правоспособности ребенка признается факт рождения его живым.

На этом фоне странным выглядит ссылка в Законе Украины «Об охране детства»¹⁵ на то, что каждый ребенок имеет право на жизнь с момента определения его живорожденным и жизнеспособным по критериям Всемирной организации здравоохранения» (ч. 1 ст. 6 Закона). Между тем, в иных отечественных законодательных актах указание на требование о жизнеспособности новорожденного ребенка, как основание приобретения им прав и обязанностей, не содержится. Наоборот, приведенная императивная норма ст. 25 ГК Украины, признающая правоспособным каждого человека с момента его рождения, имеет практическое воплощение в виде возможности фиксации этого факта даже в случаях, когда ребенок оказался нежизнеспособным. Именно критерий живорожденности, а не жизнеспособности лица, учитывается правом как момент возникновения правоспособности, с которым связывается появление человека как биологического существа, что подтверждается содержанием Инструкции по определению критериев перинатального периода, живорожденности и мертворожденности, Порядка регистрации живорожденных и мертворожденных.

Отметим, что в зарубежном законодательстве иногда встречаются требования относительно жизнеспособности родившегося ребенка. Так, ст. 725 Французского гражданского кодекса (ФГК)¹⁶ условием наследования наряду с физическим существованием наследника на момент открытия наследства называет также факт зачатия, если ребенок родится жизнеспособным. Восприятие подобного правового опыта представляется нежелательным из-за того, что оговорка законодателем зависимости возникновения правоспособности ребенка от определенного количества времени, которое он должен прожить с момента рождения, создаст правовой вакуум, оставив без регулирования определение правового статуса ребенка в течение определенного периода и непременно породит проблемы, вызванные, в частности,

¹⁵ Про охорону дитинства. Закон України від 26 квітня 2001 р. № 2402-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.

¹⁶ Французский гражданский кодекс: Учебно-практический комментарий / Авт. и пер. Ю. Гонгало, А. Грядов, К. Криеф-Семитко и др. – М.: Проспект, 2008. – 742 с.

формальной невозможностью привлечения виновного лица к ответственности за правонарушение против новорожденного ребенка.

Вместе с тем, подобные нормы в зарубежном праве – скорее исключение, чем общее правило, поэтому явным преувеличением является утверждение одного из соавторов учебника «Гражданское и торговое право капиталистических государств», Е.А. Васильева, о том, что «требование жизнеспособности ребенка прямо зафиксировано в гражданских кодексах всех стран, которые изучаются»¹⁷. Обоснование авторской позиции осуществляется с помощью ссылки на ст. 31 Гражданского кодекса (ГК) Швейцарии, устанавливающей, что до своего рождения ребенок правоспособен только при условии, что родился живым, и на ст. 30 Гражданского кодекса (ГК) Италии, по которой жизнеспособным признается ребенок, проживший хотя бы сутки после своего рождения. Использование ГК Швейцарии¹⁸ представляется неубедительным, поскольку приведенной нормой скорее подтверждается концепция условной гражданской правоспособности, нежели утверждается требование жизнеспособности. Не подтверждает, а, наоборот, опровергает вывод о тенденциозности приобретения ребенком правоспособности при условии его жизнеспособности в зарубежных правовых системах и ссылка на ГК Италии,¹⁹ которая неточна, поскольку вопросы момента возникновения правоспособности регулируются не ст. 30, а ст. 1, по которой правоспособности возникает непосредственно с момента рождения ребенка.

Несмотря на наличие правовых оснований признания правоспособности за рожденным, а не за зачатым ребенком, в научной литературе широкую поддержку получила эмбриональная концепция, сторонники которой обосновывают необходимость признания зародыша (плода) субъектом правоотношений положениями биологической науки²⁰, которой доказано формирование нервной, дыхательной

¹⁷ Васильев Е.А. Физические лица // Гражданское и торговое право капиталистических государств / Е.А. Васильев, В.В. Зайцева, А.А. Костин, Р.Л. Нарышкина, Ю.И. Свядосц, А.И. Яфаев / Отв. ред. Е.А. Васильев. - 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Международные отношения, 1993. – С. 65.

¹⁸ Swiss Civil Code of 10 December 1907 [электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html#a31>.

¹⁹ Codice Civile Italiano (approvato con Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 262) [электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

²⁰ Беседкина Н.И. Конституционно-правовая защита прав неродившегося ребенка в Российской Федерации. Дисс. ... к.ю.н.: 12.00.02: конституционное право; муниципальное право. – М., 2005. – С. 67; Бойко І. Ідентичність і статус ембріона у сучасних біотичних дискусіях // Наукові записки Національного університету «Острозька академія». – Серія «Філософія». – 2011. – Вип. 8. – С. 226; Майфат А.В. «Суррогатное материнство» и иные формы репродуктивной деятельности в новом Семейном кодексе Российской Федерации // Юридический мир. – 2000. – № 2. – С. 29; Селихова О.Г. Конституционно-

системы, сердечно-сосудистой системы, системы кровообращения, внутренних органов и основных элементов внешнего облика будущего человека именно во время нахождения в организме матери, а также религиозными соображениями²¹, объясняющими зарождение жизни человека появлением души эмбриона в теле будущей матери.

Не ставя под сомнение справедливость рассуждений с точки зрения медицинских и теологических исследований, следует акцентировать внимание на том, что предметом подобных дискуссий должно стать не только рассмотрение признаков зачатого ребенка с точки зрения естественных наук или религиозных убеждений, но и института зачатого ребенка как правовой категории, который может наделяться правоспособностью, как неотъемлемым признаком субъекта права. Поэтому в специальных работах сторонников эмбриональной теории должны были бы приводиться соответствующие юридические аргументы, свидетельствующие как о наличии определенных правовых предпосылок, так и о целесообразности признания за нерожденным ребенком отдельных прав или правового статуса в целом.

Обобщение трудов авторов, поддерживающих эмбриональную концепцию, свидетельствует о том, что правовая аргументация представленных ими заключений имеет значительные резервы. Некоторые из них, категорически утверждая о появлении права на жизнь с момента зачатия, не приводят обоснования собственной позиции²², другие ссылаются на якобы наличие предпосылок для переноса момента возникновения правоспособности ребенка (в аспекте отдельных прав) с момента рождения на более ранний момент в зарубежном законодательстве²³ или в судебных прецедентах, по которым «человеческая жизнь начинается с момента зачатия, а зачатый ребенок не признается объектом права собственности»²⁴, третьи выводят наличие правоспособности зачатого ребенка из буквального толкования норм, которые

правовые формы осуществления права индивидов на свободу и личную неприкосновенность. Дисс. ... к.ю.н.: 12.00.02: конституционное право; муниципальное право. – Екатеринбург, 2002. – С. 73.

²¹ Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту). – С. 276-277.

²² Ромовська З.В. Особисті немайнові права фізичних осіб // Українське право. – 1997. – Число 1. – С. 50.

²³ Лоренц Д.В., Шотт Е.К. Правоспособность наституруса: наследственно-правовой аспект // Наследственное право. - 2015. - № 3. – С. 25-26; Тарусина Н.Н. Ребенок как юридическая фигура семейно-правового пространства // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. Серия «Гуманитарные науки». – 2011. - № 1. – С. 54-56; Тарусина Н.Н., Исаева Е.А., Миролюбова О.Г., Сочнева О.И. Ребенок как субъект права: актуальные цивилистические аспекты: монография. – Ярославль: Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова, 2013. – С. 45.

²⁴ Пестрикова А.А. Наследственные права и правовой статус эмбриона // Наследственное право. – 2009. - № 4. – С. 21.

называют последнего «лицом»²⁵, «направлены на охрану его интересов, а следовательно, и субъективных гражданских прав»²⁶.

Комплексность исследуемой проблематики, обусловленность ее морально-этическими, религиозными, биологическими и другими факторами приводят к отстаиванию эмбриональной концепции аргументами эмоционального характера, которые по сути не содержат в себе юридической составляющей. Так, Л.Д. Любич пишет: «По нашему мнению, момент возникновения жизни (зачатия) и момент возникновения права на жизнь, а также других личных неимущественных прав (права на уважение достоинства, право на защиту жизни и здоровья) должны совпадать. Отсюда нерожденный ребенок обладает правоспособностью с момента зачатия, а соответственно должен быть признан человеческим лицом, субъектом права, то есть физическим лицом в гражданско-правовых и семейно-правовых отношениях»²⁷. Откровенная слабость такого объяснения с точки зрения канонов ведения юридической дискуссии не помешала автору сформулировать достаточно смелый вывод о включении в структуру гражданско-правового статуса нерожденного ребенка следующих элементов: а) гражданской правоспособности с момента зачатия; б) личных неимущественных и имущественных прав – на жизнь, на охрану жизни, на личную неприкосновенность, на охрану здоровья, на наследование, на уважение своего достоинства, на имя, на содержание, на социальную защиту и тому подобное; в) гражданской недееспособности и потребности в личном попечении матери и отца; г) непосредственной и опосредованной (через мать) охраны прав и интересов неродившегося ребенка²⁸.

Несоответствие между спорностью обоснования и весомостью вывода о признании зачатого ребенка субъектом правоотношений наблюдается и в других работах. Следует подчеркнуть и существующую несогласованность между названием и текстом многих трудов, содержание которых зачастую не подтверждает, а, наоборот, опровергает мнение о признании эмбриона носителем прав и обязанностей²⁹.

²⁵ Беседкина Н.И. Права неродившегося ребенка // Государство и право. – 2006. - № 4. – С. – 60.

²⁶ Пунда О.О. Поняття та проблеми здійснення особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини: Монографія. – Хмельницький-Київ: Видавництво Сергія Пантюка, 2005. – С. 57.

²⁷ Любич Л.Д. Правовий статус ненародженої дитини у правовідносинах щодо реалізації репродуктивних прав людини. – С. 265-266.

²⁸ Любич Л.Д. Правовий статус ненародженої дитини у правовідносинах щодо реалізації репродуктивних прав людини. – С. 270.

²⁹ Бахмуткина К.Ю. Понятие правового статуса наследника как субъекта наследственного права и субъекта наследственного правоотношения // Наследственное право. – 2007. - № 2. – 5. – С. 6; Головащук А.П. Цивільно-правові аспекти статусу ембріона людини при застосуванні програм допоміжних

Недостаточно убедительной представляется также аргументация, о том, что закон, регламентируя охрану интересов зачатого ребенка, тем самым *de jure* закрепляет за ним субъективные права. В современной доктрине категория интереса в ее соотношении с субъективным гражданским правом рассматривается лишь как предпосылка возникновения, развития и прекращения субъективного права, а последнее – как средство реализации интереса. «Путем реализации субъективных прав интересы воплощаются в правоотношениях, урегулированных нормами частного права», – пишет И.В. Венедиктова³⁰. Мысль о том, что интерес – категория, связанная, однако не тождественная субъективному гражданскому праву, утвердилась как среди представителей общей теории гражданского права³¹, так и у авторов-исследователей отдельных его подотраслей³². Следовательно, отождествление субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов является упрощенным подходом и вряд ли может быть положено в основу вывода о наделении зачатого ребенка правами, на что обращается внимание в юридической литературе³³.

Вместе с тем интерес является родственным с субъективным правом в том, что наряду с ним является самостоятельным объектом правовой защиты, что подчеркивает и Конституционный Суд Украины в решении от 1 декабря 2004 г.³⁴ Поэтому норма абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины относительно охраны интересов нерожденного ребенка, по сути, является таким же преувеличением, как и гипотетическое наделение его субъективными правами. Как права, так и интересы не могут существовать отдельно от лица – субъекта правоотношений. Следовательно, словосочетание «охраняются интересы зачатого, но еще не рожденного ребенка» в контексте данной нормы следует понимать не как закрепление интересов за зачатым ребенком, а как

репродуктивних технологій // Часопис Київського університету права. – 2013. - № 1. – С. 192-195; Куліш А., Фашук Т. Право ненародженої дитини на життя // Юридичний журнал. – 2012. - № 5. – С. 87-90; Митрякова Е.С. Эмбрион как субъект правоотношений // Вестник Тюменского государственного университета. – 2006. - № 6. – С. 16-19; Слободян С.А. О начале существования физического лица (в контексте прав наследования зачатых лиц) // Наследственное право. – 2009. - № 1. – С. 9-12.

³⁰ Венедиктова И.В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве: монография / И.В. Венедиктова. – Х: Точка, 2012. – С. 117.

³¹ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Интерес в гражданском праве. – изд. 2-е, стереотип. – М.: Статут, 2001. – С. 241.

³² Остапюк Н.И. Нотариальная защита прав граждан на имущество, переходящее в порядке наследования. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 138.

³³ Спасибо-Фатеева І.В. Поняття фізичної особи. Цивільна правоздатність фізичної особи // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців.). – Т. 2: Фізична особа / І.В. Спасибо-Фатеева. – Х.: Страйд., 2009. – С. 22.

³⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України від 01 грудня 2004 р. // Офіційний вісник України. – 2004. - № 50. – Ст. 3288.

установление лишь гипотетической возможности правового регулирования **потенциальных, будущих интересов ребенка**, возникающих с момента рождения наряду с субъективными правами. В связи с изложенным было бы целесообразно уточнить редакцию нормы абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины путем указания на охрану будущих прав (интересов) нерожденного ребенка.

Анализ судебной практики убеждает в преимущественном применении судами понятия «интересов» зачатого, но не рожденного ребенка. Довольно часто «интересы зачатого ребенка» берутся судом за основу в решениях об удовлетворении заявлений о предоставлении права на брак лицам, не достигшим брачного возраста³⁵. Отдельные решения, в которых встречается утверждение о «правах зачатого ребенка»³⁶, не должны восприниматься буквально, поскольку из их содержания не наблюдается признания судом правосубъектности зачатого ребенка, а использование такой формулировки должно восприниматься лишь как неудачный текстуальный прием.

Определенный фундамент современных воззрений относительно правоспособности зачатого ребенка был заложен в римском праве. Если сначала существовал запрет назначения наследниками так называемых «*incertae personae*», т.е. лиц, которые не являются вполне определенными, то под влиянием потребностей оборота он ослабляется, а затем исчезает вообще. В Дигестах Юстиниана³⁷ содержится общий принцип, который основывается на юридической фикции признания субъектом

³⁵ Рішення Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 11 липня 2012 р. – Справа № 2218/12873/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28023396>; рішення Великоновосілківського районного суду Донецької області від 04 липня 2013 р. – Справа № 220/948/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32179427>; рішення Волноваського районного суду Донецької області від 23 вересня 2013 р. – Справа № 221/4311/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33622698>; рішення Київського районного суду м. Одеси від 05 листопада 2013 р. – Справа № 520/13479/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35211577>; рішення Малиновського районного суду м. Одеси від 14 листопада 2013 р. – Справа № 521/17534/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35819468>; рішення Волноваського районного суду Донецької області від 14 квітня 2014 р. – Справа № 221/1022/14-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38248690>; рішення Кобеляцького районного суду Полтавської області від 24 квітня 2014 р. – Провадження № 2-о/532/55/2014 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38558688>; рішення Романівського районного суду Житомирської області від 15 вересня 2015 р. – Справа № 290/868/15-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/50299696>.

³⁶ Рішення Новоушицького районного суду Хмельницької області від 17 вересня 2012 р. – Справа № 2212/1270/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25994666>.

³⁷ Дигесты Юстиниана [електронний ресурс]. Режим доступа: <http://digestaiust.narod.ru>.

права зачатого, но еще не рожденного ребенка, сформулированный Павлом: «тот, кто находится во чреве, охраняется так, будто он находится среди людей, в случае, если дело идет о выгоде самого плода, однако до его рождения никому другому никакой выгоды не принадлежит» (D. 1.5.7). В процессе интерпретации норм Дигест глосаторами и постглосаторами указанный фрагмент был лаконизирован со следующей формулировкой: «тот, кто должен родиться, рассматривается как уже рожденный, поскольку дело идет о его выгодах». В сфере наследования указанный принцип нашел свое проявление в признании зачатого ребенка (*postum'a*) наследственным правопреемником отца, умершего во время беременности матери ребенка (D. 38.16.3.9).

Практическая реализация таких взглядов осуществлялась при внедрении института *bonorum possessio ventris nomine*, в соответствии с которым нерожденный наследник мог быть введен претором во владение наследственным имуществом. От имени эвентуального наследника выступала его будущая мать, которая могла требовать от отца зачатого ребенка выплаты алиментов даже до момента его рождения³⁸.

Сказанное, тем не менее, не позволяет утверждать о наделении в римском праве нерожденного лица правоспособностью (*caput*); напротив, содержание приведенных источников свидетельствует о реальном появлении прав у субъекта только с момента его рождения. Как отмечает С.А. Слободян, «в таком случае право на наследование оставалось в замороженном состоянии до рождения наследника, поскольку невозможно заранее предсказать, родится ли ребенок живым или мертвым, и соответственно определить, начал он свое существование как физическое лицо или нет, возможно только после родов»³⁹.

На сегодняшний день не существует ни теоретического обоснования, ни практической необходимости для наделения несуществующего пока субъекта – будущего ребенка – правовым (гражданско-правовым) статусом. Наоборот, подобное правонаделение непременно породило бы проблемы в применении правовых норм, существенно осложнив реализацию субъективных прав участников. Так, искусственное прерывание беременности вполне могло бы толковаться как лишение жизни другого человека (убийство) и влечь за собой уголовную ответственность; родители еще не родившегося ребенка рассматривались бы как его законные

³⁸ Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. – Изд-е 6-е. – К.: Советская типография, 1919. – С. 271.

³⁹ Слободян С.А. О начале существования физического лица (в контексте прав наследования зачатых лиц) // Наследственное право. – 2009. - № 1. – С. 12.

представители и могли бы заключать сделки от его имени; для пересечения границы беременной замужней женщине требовалось бы согласие мужа о «вывозе» нерожденного ребенка и тому подобное. Поэтому вряд ли существуют убедительные основания присоединиться к выводу тех исследователей, которые отстаивают необходимость введения в законодательство понятия «потенциального nascитуруса» (*nasciturus*) с наделением его особым правовым статусом. «Потенциальность», по мнению автора такого предложения, обуславливается неизвестностью на протяжении определенного времени, родится ли человек живым, то есть станет ли субъектом права⁴⁰. Введение понятия потенциального nascитуруса в научный оборот и законодательство существенно усложнит понимание и без того непростой категории зачатого ребенка и приведет к размыванию понятия nascитуруса, который в любом случае является потенциальным субъектом правоотношений.

Вывод о невозможности закрепления отдельных гражданских прав за ненарожденным лицом не может быть поставлен под сомнение даже с учетом содержания единичных судебных решений, в которых содержится ссылка на якобы возникновения прав заинтересованного лица еще до ее рождения. Так, по материалам дела родители заявительницы в 1949 г. были принудительно высланы на спецпоселение в Хабаровский край, РСФСР. Основываясь на том, что в день выселения (13 декабря 1949 года) мать заявительницы была беременной, а сама заявительница родилась уже на спецпоселении и подверглась политическим репрессиям, а также заболела хронической болезнью, суд установил юридические факты принудительного выселения заявительницы, применение против нее политических репрессий и факт заболевания, начиная с 13 декабря 1949 года⁴¹, то есть еще до рождения заявительницы.

Принятие такого решения, тем не менее, *de jure* не может повлечь за собой никаких правовых последствий ранее момента рождения заявительницы, поскольку специальное законодательство не устанавливает и не может устанавливать приобретение лицом правового статуса политически репрессированного, либо права на пенсию до самого возникновения правосубъектности, то есть до рождения. Привязка момента возникновения перечисленных в решении юридических фактов к моменту

⁴⁰ Журавлева Е.М. Статус nascитуруса в гражданском праве Российской Федерации. Автореф. дисс... к.ю.н. 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право. - М., 2014. – С. 10.

⁴¹ Рішення Жидачівського районного суду Львівської області від 27 грудня 2013 р. – Справа № 443/1355/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36740722>.

зачатия, а не к моменту рождения лица является юридическим нонсенсом, а решение суда принято с грубым нарушением норм материального права.

Охрана интересов зачатого ребенка как потенциального правопреемника наследодателя. Исследуемая норма абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины является общей и сама по себе не устанавливает юридических фактов, наступление которых трансформировало бы интересы зачатого ребенка в реально существующие права. Потенциально она рассчитана на неограниченные случаи применения. Вместе с тем анализ действующего законодательства Украины свидетельствует о достаточно узкой плоскости ее реализации, проявляющейся лишь в сфере недоговорных обязательств и наследственного правопреемства. В недоговорных обязательствах охрана интересов зачатого ребенка находит свое выражение в норме ч. 4 ст. 1200 ГК Украины, которой факты зачатия ребенка при жизни кормильца и рождение его живым после его смерти признаются основанием для изменения размера возмещения вреда, причиненного смертью кормильца. Однако преимущественно гарантии потенциальных прав зачатого ребенка воплощаются в наследственном законодательстве, которое не позволяет наследникам осуществлять раздел наследства, а нотариусу – выдавать свидетельство о праве на наследство до рождения ребенка. Указанные ограничения применяются в отношении охраны прав зачатого ребенка, независимо от того, является он наследником по завещанию или по закону (ч. 2 ст. 1298 ГК Украины). Других норм, в которых воплощался бы принцип охраны будущих прав нерожденного ребенка, отечественный закон не предусматривает, в отличие от законодательств зарубежных государств, где могут закрепляться и другие формы потенциального участия ребенка в гражданском обороте, в частности, при заключении договоров в пользу зачатого ребенка (в первую очередь, дарения), заключаемого под условием рождения ребенка живым (например, по ст. 906 ФГК).

Наследником в понимании абзаца второго ч. 2 ст. 25, ч. 1 ст. 1222 ГК Украины признается только тот человек, который был зачат при жизни наследодателя. Если зачатие, обусловленное применением репродуктивных технологий криоконсервации половых клеток, эмбрионов, имело место после открытия наследства, право на наследование у такого ребенка не возникает, даже несмотря на наличие намерения наследодателя составить завещание в пользу зачатого в будущем ребенка. Если завещание с таким распоряжением было составлено (нотариально удостоверено и зарегистрировано в Наследственном реестре), оно должно быть признано недействительным, причем не на основании специальной нормы ст. 1257, из-за

отсутствия нарушений, регламентированных ею в качестве оснований недействительности (ничтожности) завещания, а по ч. 1 ст. 203 ГК Украины, которая среди общих условий действительности сделки называет непротиворечие содержания сделки ГК, иным актам гражданского законодательства.

Правовых предпосылок присоединиться к противоположной позиции на сегодняшний день не существует. Считаем, что не существует и каких бы то ни было убедительных аргументов для предоставления права на наследования лицам, зачатым после открытия наследства, поскольку принятие такой нормы⁴² обязательно породит многочисленные недоразумения в правоприменении, в частности, вопрос определения времени открытия наследства и срока для принятия наследства рожденным ребенком и оставит неопределенным правовой режим наследства до рождения ребенка, которое может никогда и не произойти.

Отметим изменение подходов законодателя относительно понимания места института зачатого ребенка среди круга наследников. Если ГК УССР⁴³ в ст. 527 среди наследников, наряду с лицами, живыми ко времени открытия наследства, называл только детей умершего лица, которые были зачаты при его жизни и родившиеся после его смерти (так называемых *postumi*), ГК Украины указанное ограничение снял, наделив правом на наследование как по завещанию, так и по закону *nasciturus* вообще, т. е. любых лиц, зачатых при жизни наследодателя и родившихся живыми после открытия наследства (ч. 1 ст. 1222). Такая новелла соответствует современным тенденциям по расширению круга наследников по закону и должна обязательно учитываться при толковании соответствующих норм наследственного законодательства.

Прежде всего, следует обратить внимание на то, что в ст. ст. 1261-1265 ГК Украины, определяющих очереди наследников по закону, о зачатом ребенке наследодателя, родившемся после его смерти, как о наследнике первой очереди, указывается только в ст. 1261. Вместе с тем не исключаются случаи призвания к наследованию и некоторых других родственников наследодателя, зачатых при его жизни и родившихся после открытия наследства (братьев, сестер, племянников и т.д.).

Зачатый ребенок может быть наследником по завещанию и (или) по закону в любых модификациях данных видов наследования. Так, нет оснований для

⁴² Малкин О.Ю. Лица, призываемые к наследованию по закону // Наследственное право. – 2014. – № 4. – С. 20.

⁴³ Цивільний кодекс Української РСР (втратив чинність). Затверджений Законом Української РСР від 18 липня 1963 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1963. - №30. – Ст. 463.

ограничения его (естественно, при условии живорождения) в праве наследования по обязательной доле (ст. 1241 ГК Украины), по завещанию с условием (ст. 1242 ГК Украины), по правилам наследственной трансмиссии (ст. 1276 ГК Украины), или в порядке подназначения (ст. 1244 ГК Украины). Главное, чтобы ребенок был зачат и имел потенциальную способность быть наследником. Поэтому назначение в завещании наследником ребенка на случай «отпадения» первого назначенного наследника (подназначение) является невозможным, если на момент составления завещания отсутствуют доказательства зачатия такого ребенка. Противоположное правило, предусматривающее возможность подназначения в завещании ребенка, который еще не зачат, установленное § 2101 Германского гражданского уложения (ГГУ)⁴⁴, не является пригодным для его воспроизведения в украинском законодательстве.

Во-вторых, в контексте надления перспективным правовым статусом любого nasciturуса следует рассматривать и нормы института наследования по праву представления (ст. 1266 ГК Украины). Наследование по праву представления является специальной разновидностью наследования по закону; поэтому признание наследниками по праву представления детей, зачатых при жизни наследодателя и родившихся живыми после открытия наследства, вполне согласуется с правилом ч. 1 ст. 1222 ГК Украины. В конкретных ситуациях наследниками по праву представления могут быть внуки наследодателя, зачатые при его жизни и рожденные после смерти, если тот из их родителей, который имел бы право на наследование, умер до открытия наследства; правнуки наследодателя, зачатые при его жизни и рожденные после смерти, если их дед или бабка, которые имели бы право на наследование, умерли до открытия наследства; племянники наследодателя, зачатые при его жизни и рожденные после смерти, если их мать или отец, которые имели бы право на наследование (сестра, брат наследодателя) умерли до открытия наследства; двоюродные братья и сестры наследодателя, зачатые при его жизни и рожденные после смерти, если их мать или отец, которые имели бы право на наследование (тетя, дядя наследодателя) умерли до открытия наследства.

В-третьих, юридический факт зачатия ребенка должно учитываться также при признании наследства выморочным (ст. 1277 ГК Украины).

⁴⁴ Германское Гражданское уложение 1896 г. // Германское право. Часть 1. Гражданское уложение / Перев. А.А. Лизунова, Н.Б. Шеленковой, Н.Г. Елисеева. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – 552 с.

Основания выморочности, приведенные в ст. 1277 ГК Украины, могут быть обобщены с помощью единого понятия «отсутствия наследников», возникающего вследствие их физического отсутствия на момент открытия наследства, отстранения их от права на наследование, непринятия или отказа от принятия наследства. Наличие у суда при рассмотрении вопроса выморочности доказательств зачатия ребенка, являющегося потенциальным наследником на время открытия наследства, исключает возможность удовлетворения заявления органа местного самоуправления. Если суд выясняет, что такой ребенок не родился или родился мертвым, то факт его зачатия юридического значения не имеет, поскольку не считается актом гражданского состояния⁴⁵, и не является препятствием для признания наследства выморочным.

Будучи отнесенными к числу наследников, лица, зачатые при жизни наследодателя, но не родившиеся к моменту его смерти, не определяются законом как отказополучатели. Вместе с тем немало авторов убеждены в том, что завещатель может установить легат в пользу лица, зачатого при его жизни и родившегося после его смерти⁴⁶. Вероятно, указанные авторы приходят к такому выводу, применяя аналогию между статусом отказополучателя и наследника. Однако возможность назначения зачатого ребенка наследником, закрепленная в ч. 1 ст. 1222 ГК Украины, не может автоматически порождать аналогичной возможности и в отношении отказополучателя. Отказополучатель – наследник, ведь он является сингулярным правопреемником наследодателя в отношении заранее определенного права (прав), поэтому аналогия в данном случае не усматривается корректной. Не случайно ч. 4 ст. 1238 ГК Украины связывает момент возникновения права требования отказополучателя со временем открытия наследства. Эта норма не может быть реализована в случае назначения легатарием зачатого ребенка, если только он не родится в один день с открытием наследства. Кроме того, если бы наследодатель действительно мог обязать наследника легатом в пользу зачатого ребенка, это непременно нашло бы продолжение

⁴⁵ С учетом изложенного следует воспринимать и вывод о том, что «если ребенок родится мертвым, то все права, предусмотренные законом для будущего человека, аннулируются» (Шкрум Т.С. Загальні положення про фізичну особу // Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах. Частина 1 / Керівники авторського колективу та відповідальні редактори проф. А.С. Довгерт, проф. Н.С. Кузнецова, - К.: Юстініан, 2005. – 680 с. – С. 34-64. – С. 36.). Об аннулировании прав в данном случае утверждать не совсем корректно, поскольку закон предусматривает лишь гипотетическую возможность их возникновения, которая как раз и опровергается фактом мертворождения.

⁴⁶ Баранник Н.М., Синельник А.П. Наследство. Наследники. Наследование: Учебно-практическое пособие / Н. М. Баранник, А.П. Синельник. – Х. : Эспада, 2004. – С. 192; ; Спасибо-Фатеева І.В., Чуйкова В.Ю. Поняття заповідального відказу // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, міністерства юстиції, науковців, фахівців.). – Т. 12: Спадкове право / За ред. І.В. Спасибо-Фатеевої / І.В. Спасибо-Фатеева, В.Ю. Чуйкова. – Х.: ФО-П Колісник А.А., 2009. – С. 188.

в других нормах, призванных гарантировать осуществление прав такого лица. Так, будущие правовые интересы nascитуруса-наследника гарантированы установленным законодательно запретом осуществлять раздел наследства и выдавать свидетельство о праве на наследство до рождения ребенка. Относительно же nascитуруса как потенциального отказополучателя законодательство не содержит ни одной нормы, что может означать только отсутствие у него соответствующего потенциального статуса. Да и сама потребность в предоставлении завещателю права назначать отказополучателем зачатого ребенка вряд ли существует, ведь в немногочисленных случаях совершения легата этим лицом назначается, преимущественно, тот, кого с завещателем связывают семейные, родственные, товарищеские отношения, то есть лицо, чьи привычки, характер, потребности и т.д. хорошо известны завещателю.

Нормаи ч. 1 ст. 1222, ст. 1261 и ч. 3 ст. 1298 ГК Украины исчерпывается правовое регулирование особенностей охраны будущих интересов зачатого ребенка в наследственных правоотношениях. Во всех остальных вопросах следует исходить из общих принципов наследственного законодательства, учитывая необходимость защиты прав потенциально нового субъекта правоотношений.

Для зачатого ребенка законом не установлено особенностей в отношении **срока и способов принятия наследства**. Это является определенным пробелом, поскольку не позволяет учесть все возможные интересы будущего наследника. Если ребенок родится живым, на него распространяется срок для принятия наследства, установленный ст. 1270 ГК Украины и исчисляемый, начиная со времени открытия наследства. Вместе с тем вполне возможны случаи, когда ребенок, зачатый при жизни наследодателя, будет рожден после истечения срока для принятия наследства. Например, ребенок наследодателя, зачатый незадолго до наступления его смерти, родился за пределами шестимесячного срока, установленного законом для наследников первой очереди (ч. 1 ст. 1270 ГК Украины). По смыслу ч. 2 ст. 122 Семейного кодекса (СК) Украины относительно такого ребенка существует презумпция отцовства умершего лица, если ребенок родился до истечения десяти месяцев со дня наступления его смерти.

Отсутствие специальных правил, устанавливающих превентивно-охранительные меры в отношении зачатого ребенка, приводит к тому, что в указанных случаях его правовой статус будет аналогичным статусу других наследников, пропустивших срок для принятия наследства. Для реализации прав новорожденных наследников их законные представители смогут принять наследство или по согласию всех других наследников, или путем подачи иска о предоставлении дополнительного срока для

принятия наследства (ч. 2, 3 ст. 1272 ГК Украины). Решение данной проблемы требует внесения соответствующих изменений в ст. 1270 ГК Украины, часть третью которой предлагается изложить в следующей редакции: **«3. В случае, когда наследником является ребенок, зачатый при жизни наследодателя, но не родившийся к моменту открытия наследства, срок для принятия наследства устанавливается согласно правил, изложенных в частях первой и второй настоящей статьи. Если срок для принятия наследства для такого ребенка на момент его рождения закончился, или является меньшим, чем три месяца, он продлевается до трех месяцев»**. Внедрение такой новеллы даст возможность наследникам, родившимся после открытия наследства, принять его вовремя или без применения к ним правовых последствий истечения законных сроков, не изменяя при этом императивной нормы об открытии наследства, которая должна оставаться незыблемой. Даже в случае рождения ребенка-наследника после истечения срока, установленного для принятия им наследства, такой срок для него будет восстановлен, а наследство к этому времени не утрачивается, поскольку соблюдение прав nascитуруса обеспечивается действием нормы ч. 3 ст. 1298 ГК Украины, парализующей права иных наследников в отношении раздела наследства и оформления свидетельства. Важность расширения временных рамок принятия наследства такими наследниками дополнительно обуславливается тем, что заявление о принятии наследства может быть подано законными представителями ребенка нотариусу только после регистрации ребенка и представления свидетельства о рождении.

На зачатого ребенка распространяется и действие общей нормы ч. 4 ст. 1268 ГК Украины, устанавливающей автоматическое принятие наследства малолетними и несовершеннолетними детьми. Учитывая постоянное усложнение гражданского оборота и вызванные этим случаи включения в состав наследства большого количества долгов (пассива), у законных представителей ребенка может возникнуть потребность в заявлении отказа от принятия наследства. На сегодняшний день реализация такого права может быть осложненной, если ребенок родился незадолго до завершения срока для принятия наследства и законный представитель не успевает подать заявление об отказе, или вообще невозможной, если ребенок родится после истечения этого срока, а дополнительный срок для принятия наследства определяется судебным решением, поскольку в последнем случае наследник может либо принять наследство, либо не принять его, однако лишен права отказа. Такие пробелы являются лишним свидетельством полезности предложенных изменений, ведь при условии их внедрения

у законного представителя будет достаточно времени для защиты прав рожденного ребенка путем отказа от принятия наследства, переобремененного долгами.

Следует также учитывать, что анализируемая норма условием действительности сделки об отказе от принятия наследства называет предварительное согласие органов опеки и попечительства, получение которого также требует определенного времени. Согласно абзаца первого пункта 67 Порядка осуществления органами опеки и попечительства деятельности, связанной с защитой прав ребенка⁴⁷, разрешение на совершение сделок относительно недвижимого имущества, право собственности на которое или право пользования которым имеет ребенок, предоставляется только после проведения проверки необходимых документов в течение одного месяца со дня поступления заявления на совершение сделок. Кроме того, Порядком установлен десятидневный срок для рассмотрения поданных документов и выяснения наличия или отсутствия обстоятельств, которые могут быть основанием для отказа в предоставлении разрешения на совершение сделок. Учитывая отсутствие в Порядке сроков для совершения иных сделок, затрагивающих имущественное положение ребенка, в том числе и относительно сроков предоставления согласия на отказ от принятия наследства, открывшегося на имя ребенка, указанные сроки целесообразно распространять и на другие сделки. Поэтому родители или другие законные представители ребенка могут получить разрешение органов опеки и попечительства на отказ от принятия наследства в течение сорока дней с момента обращения за получением соответствующего разрешения.

Представление заявления о принятии наследства законными представителями от имени ребенка должно осуществляться лишь при условии надления его правоспособностью, то есть после рождения такого субъекта. Случаи заявления о принятии наследства до рождения ребенка, известные судебной практике⁴⁸, безусловно, не могут рассматриваться как законное основание приобретения ребенком статуса правопреемника наследодателя.

Лицо, зачатое при жизни наследодателя, может быть назначено **наследником в завещании** (ч. 1 ст. 1222 ГК Украины). Обобщение практики совершения

⁴⁷ Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 2008 р. № 866 «Питання діяльності органів опіки та піклування, пов'язаної із захистом прав дитини» // Офіційний вісник України. – 2008. - № 76. – Ст. 2561.

⁴⁸ Рішення Ленінського районного суду м. Запоріжжя від 10 грудня 2014 р. – Справа № 334/8509/14-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42098858>.

нотариальных действий по удостоверению завещаний свидетельствует о том, что назначение наследником зачатого ребенка имеет место достаточно нечасто. Связывается это с тем, что нотариальное законодательство требует четкой идентификации всех сторон сделки и лиц, являющихся приобретателями имущественных прав от сделки, в том числе и потенциальных наследников, которая достигается с помощью указания фамилии, имени и отчества участников, даты рождения, гражданства, в определенных случаях – места рождения и семейных (родственных) связей с наследодателем и т.п. В случае составления завещания в пользу несуществующего пока что субъекта, имя которому будет предоставлено только с момента рождения, полная его идентификация, естественно, невозможна. Можно предположить, что в таких завещаниях формулировки распоряжений должны привязываться к факту зачатия, пребывания ребенка в утробе матери. Примерно распоряжение в пользу зачатого, но не родившегося на момент составления завещания наследника, должно выглядеть следующим образом: «Назначаю своим наследником ребенка, зачатого от такой-то женщины (родителей)». При этом необходимым условием унаследования имущества родившимся ребенком будет считаться соответствие информации о ее матери или матери и отце в свидетельстве о рождении и в завещании.

При удостоверении завещания нотариус не вправе требовать от завещателя, матери или отца будущего ребенка, родственников или других лиц подтверждения факта зачатия. В то же время, если зачатый ребенок, назначенный наследником в завещании, родился после открытия наследства, нотариусу должны быть представлены доказательства зачатия ребенка на время составления и удостоверения завещания. Как правило, такими доказательствами являются справки, выданные родильными домами⁴⁹, врачами женской консультации, выписки из индивидуальной карты беременной и роженицы.

На наш взгляд, нотариальное законодательство должно развиваться по пути смягчения требований к содержанию завещания в пользу зачатого ребенка. Учитывая отсутствие специального нормативного регулирования порядка удостоверения таких завещаний, предлагаем дополнить Порядок совершения нотариальных действий

⁴⁹ Рішення Кременчуцького районного суду Полтавської області від 14 серпня 2013 р. – Справа № 536/280/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень України [електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33027716>.

нотариусами Украины⁵⁰ подпунктом 1.12 пункта 1 главы 3 раздела II следующего содержания: **«Наследником по завещанию может быть назначено лицо, зачатое при жизни наследодателя. В тексте такого завещания должна быть указана мать или родители будущего ребенка. При удостоверении завещания запрещается требовать доказательства зачатия ребенка.»**. Закрепление даже таких кратких требований к тексту завещаний в пользу nasciturусов будет иметь полезный эффект и, бесспорно, будет способствовать увеличению количества завещаний, составленных в пользу зачатых детей.

Если завещание было составлено в пользу зачатого ребенка, который родился при жизни завещателя, то есть до открытия наследства, такое завещание не порождает права на наследование, поскольку на время открытия наследства наследником является уже не зачатый, а рожденный ребенок – субъект правоотношений, призвание которого к наследованию по завещанию может состояться лишь при условии внесения изменений в завещательные распоряжения в части назначенного наследника.

Проведенное исследование особенностей охраны интересов (прав) зачатого ребенка, как потенциального правопреемника в наследственных отношениях, дает возможность сформулировать следующие выводы:

1) анализ источников международного права, обязательных для Украины, практики Европейского Суда по правам человека и внутреннего законодательства Украины дает убедительные основания утверждать о наделении ребенка правовым статусом лишь с момента рождения. При этом ребенок признается субъектом гражданских правоотношений независимо от того промежутка времени, в течение которого он является живым. Последующая смерть новорожденного ребенка, наступившая вскоре после рождения, не может нивелировать факт рождения и перечеркнуть обусловленные им правовые последствия.

Условием приобретения гражданской правоспособности является юридический факт рождения ребенка живым (критерий живорожденности). Критерий жизнеспособности не учитывается украинским законодательством как основание возникновения гражданской правоспособности физического лица и наделение его субъективными гражданскими правами;

2) положения абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины, которыми устанавливается «охрана интересов зачатого, но не рожденного ребенка в случаях, предусмотренных

⁵⁰ Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5 // Офіційний вісник України. – 2012. - № 17. – Ст. 632.

законом», должно пониматься не как закрепление интересов за зачатым ребенком, а как установление лишь гипотетической возможности правового регулирования потенциальных, будущих интересов ребенка, возникающих с момента рождения наряду с субъективными правами;

3) рассмотрение особенностей перспективного правового статуса зачатого ребенка в наследственных правоотношениях – фактически единственной сфере гражданско-правового регулирования, в которой воплощаются предписания абзаца второго ч. 2 ст. 25 ГК Украины – дает возможность сделать общий вывод относительно способности зачатого ребенка быть наследником по завещанию и (или) по закону в любых модификациях данных видов наследования. Такой ребенок, при условии его живорождения, может выступать наследником по обязательной доле (ст. 1241 ГК Украины), по завещанию с условием (ст. 1242 ГК Украины), по правилам наследственной трансмиссии (ст. 1276 ГК Украины) или в порядке подназначения (ст. 1244 ГК Украины). Данное лицо признается наследником по праву представления (ст. 1266 ГК Украины); юридический факт зачатия ребенка должен учитываться также при признании наследства выморочным (ст. 1277 ГК Украины);

4) отсутствие в законодательстве Украины особенностей в отношении срока принятия наследства обуславливает применение нормы ст. 1270 ГК Украины, устанавливающей общий срок в шесть месяцев и связывающей начало его исчисления со временем открытия наследства. В конкретных случаях это приводит к тому, что ребенок, зачатый при жизни наследодателя, рождается уже после истечения срока для принятия наследства и автоматически пропускает срок для принятия наследства.

Решение данной проблемы требует внесения соответствующих изменений в ст. 1270 ГК Украины, часть третью которой предлагается изложить в следующей редакции: «3. В случае, когда наследником является ребенок, зачатый при жизни наследодателя, но не родившийся к моменту открытия наследства, срок для принятия наследства устанавливается согласно правил, изложенных в частях первой и второй настоящей статьи. Если срок для принятия наследства для такого ребенка на момент его рождения закончился, или является меньшим, чем три месяца, он продлевается до трех месяцев». Внедрение такой новеллы даст возможность наследникам, родившимся после открытия наследства, принять его вовремя или без применения к ним правовых последствий истечения законных сроков, не изменяя при этом императивной нормы об открытии наследства, которая должна оставаться незыблемой, а также даст

возможность законным представителям ребенка отказаться (при необходимости) от принятия наследства, переобремененного долгами;

5) составление завещаний в пользу зачатого ребенка не является распространенной практикой в Украине. Связывается это с тем, что нотариальное законодательство требует четкой идентификации всех сторон сделки и лиц, являющихся приобретателями имущественных прав от сделки, в том числе и потенциальных наследников, которая достигается, прежде всего, посредством указания фамилии, имени и отчества участников, что невозможно в отношении зачатого ребенка.

На наш взгляд, нотариальное законодательство должно развиваться по пути смягчения требований к содержанию завещания в пользу зачатого ребенка. Можно предположить, что в таких завещаниях формулировки распоряжений должны привязываться к факту зачатия, пребывания ребенка в утробе матери. Учитывая отсутствие специального нормативного регулирования порядка удостоверения таких завещаний, предлагаем дополнить Порядок совершения нотариальных действий нотариусами Украины подпунктом 1.12 пункта 1 главы 3 раздела II следующего содержания: «Наследником по завещанию может быть назначено лицо, зачатое при жизни наследодателя. В тексте такого завещания должна быть указана мать или родители будущего ребенка. При удостоверении завещания запрещается требовать доказательства зачатия ребенка.». Закрепление даже таких кратких требований к тексту завещаний в пользу nasciturusов будет иметь полезный эффект и, бесспорно, будет способствовать увеличению количества завещаний, составленных в пользу зачатых детей.