

Трибуна молодых учёных

УДК 347.67:[340.111.52-053.31]

ПАССИВНАЯ ЗАВЕЩАТЕЛЬНАЯ ПРАВОСПОСОБНОСТЬ ЗАЧАТОГО, НО НЕ РОДИВШЕГОСЯ РЕБЕНКА В РФ И ГОСУДАРСТВАХ – УЧАСТНИКАХ СНГ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

Р.А. Барков

Московская академия экономики и права

Рассматриваются вопросы содержания завещательной правоспособности плода, зачатого при жизни наследодателя и родившегося живым после открытия наследства. На основе сравнительно-правовой характеристики законодательства РФ и государств – участников СНГ делаются рекомендации по совершенствованию действующего законодательства.

***Ключевые слова:** nasciturus, постум, пассивная завещательная правоспособность.*

Определение особенностей правового положения лиц, обладающих пассивной завещательной правосубъектностью, в настоящее время является одной из дискуссионных проблем. Если существовал период в истории наследственного права, когда российским гражданам такие возможности не предоставлялись вообще или предоставлялись со значительными ограничениями, то в настоящее время в законодательстве России и стран СНГ принцип свободы завещания отражен на совершенно новом уровне, предоставляющем гражданам практически неограниченные возможности в определении своих наследников. В связи с этим особый интерес приобретает определение содержания пассивной завещательной правосубъектности плода, зачатого при жизни наследодателя и родившегося живым после открытия наследства.

Следуя Модельному Гражданскому кодексу СНГ, п. 1 ст. 1116 ГК РФ определяет, что «к наследованию могут призываться граждане, находящиеся в живых в день открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства», тем самым повторяя правовую конструкцию, пришедшую из римского права, имеющую название «институт nasciturуса (от лат. nasciturus – ребенок в утробе матери)». В России права на наследство зачатого, но еще не родившегося ребенка охраняются по закону, используя данную правовую модель. Однако в законодательстве зарубежных стран проблема защиты прав не родившегося ребенка решается по-разному. По свидетельству О. Е. Блинкова, в современном наследственном праве возможность призвания к наследованию в

некоторых странах получают только постумы, в иных – все наследники, относящиеся к категории nascитурусов. В других странах разделение производится в зависимости от основания наследования, поэтому по завещанию правом наследования наделяются nascитурусы, по закону – только постумы¹.

В связи с этим, на наш взгляд, существует необходимость уточнить, в чем правовое различие между постумом и nascитурусом. Известно, что институт правовой охраны зачатых, но еще не рожденных детей известен с древних времен². В римском праве плод, находящийся в утробе матери до начала физиологических родов, не признавался физическим лицом, т. к. самостоятельное существование человека начинается только с момента его рождения. С этого же момента, по мнению римских юристов, лицо становилось правоспособным. Тем не менее считалось, что в качестве зародыша будущего человека он не мог быть оставлен без охраны со стороны закона, который должен был гарантировать ему возможность вступить в жизнь и сделаться лицом. С этой целью римским правом было установлено, что «имеющий родиться считается уже родившимся, поскольку дело идет об его выгодах»³. Ребенок, родившийся в течение 10 лунных месяцев после смерти отца-наследодателя, уже со времени действия Закона и XII таблиц считался наследником (D. 38, 16, 3, 9, 6). Формула «Postumus pro nato habetur» (ребенок, родившийся после смерти отца, считается родившимся до его смерти) дала начало именованию указанных лиц постумами (от лат. *postumus* – последыш, постум)⁴.

В последующем к постумам стали приравниваться те подвластные более отдаленных, чем сыновья, степеней, которые вследствие смерти своих восходящих становились наследниками по отношению к

¹ Например, в англосаксонском (общем) праве ребенок, зачатый при жизни отца, но родившийся после его смерти (*posthumous child*), является его наследником (например, § 2–3 Наследственного закона Иллинойса). Законодательство отдельных штатов США и судебная практика охраняет наследственные интересы преимущественно постумов, однако эволюция наследственного права требует расширения круга зачатых лиц, поэтому Единообразный Наследственный кодекс США, являющийся модельным и рекомендательным актом для штатов, предлагает всех лиц, зачатых до дня смерти наследодателя, считать такими же наследниками, как если бы они родились при его жизни (§ 2–108), т. е. устанавливает правовую охрану интересов nascитурусов. См.: Блинков О. Е. Общие тенденции развития наследственного права государств – участников Содружества Независимых Государств и Балтии: дис. ... д-ра. юр. наук. М., 2009. С. 143.

² См.: Валах В. В. Проблемы наследственно-правового статуса nascитуруса. Перші юридичні диспути закульних проблем приватного права, присвячені пам'яті Е. В. Васьковського: матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф.. Одесса, 15–16 квітня 2011 р. / відповід. ред. І. С. Канзафарова; ред. кол. І. С. Канзафарова; В. В. Валах; О. О. Нігреєва; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечнікова. Одесса, 2011. С. 121.

³ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 89.

⁴ Дождев Д. В. Римское частное право. М., 1999. С. 658.

наследодателю (Gai., 2, 133). В Дигестах Юстиниана отмечалось, что «подобны постумам и те, кто, вступая на место наследников из подвластных, как бы через приращение становятся "своими наследниками" восходящим. Как, например, если я имею сына и от него внука или внучку, то, так как сын предшествует степени, он один имеет права "своего наследника", хотя бы внук и внучка от него пребывали в той же власти; но если мой сын умрет при моей жизни или по какой-либо причине выйдет из-под моей власти, внук или внучка начинает преемствовать его место и таким образом приобретают права "своих наследников" как бы через приращение» (D., 28, 3, 13).

Таких постумов первоначально именовали *postumi Aquiliani*, по имени Аквиллия Галла, который ввел в употребление формулу для лишения наследственных прав подвластных отдаленных степеней на случай, если они займут в семейной иерархии место непосредственных нисходящих (D., 28, 2, 29, 13)⁵. В последующем они получили именование *насцитурусов*⁶.

Следует отметить, что в научной литературе в советское время проблеме охраны будущих прав зачатого ребенка достаточного внимания не уделялось. Среди заметных работ этого периода можно выделить лишь монографию Я. Веберса, где этому вопросу посвящено лишь несколько страниц⁷. На постсоветском пространстве в настоящее время мнения о правовом статусе *насцитурусов* в рамках наследственного правоотношения можно найти в работах В. В. Валах⁸, Ю. А. Заики⁹, Г. С. Лиманского¹⁰, А. В. Мельцова¹¹, Н. В. Щербины¹².

В Модельном Гражданском кодексе СНГ предложено считать наследниками как по завещанию, так и по закону граждан, зачатых при жизни наследодателя и рожденных живыми после открытия наследства (ч. 1 ст. 1152), т. е. в круг наследников включены как постумы, так и *насцитурусы*. Данная рекомендательная норма полностью реализована в России (ч. 1 ст. 1116 ГК РФ), Армении (ч. 1 ст. 1190 ГК РА), Беларуси (ч. 1 ст. 1037 ГК РБ) и на Украине (ч. 1 ст. 1222 ГК Украины). Однако в

⁵ Там же. С. 659.

⁶ См.: Блинков О. Е. Указ. соч. С. 143.

⁷ См.: Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976. С. 7–9.

⁸ См.: Валах В. В. Указ. соч. С. 222.

⁹ См.: Заика Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток. 2-е вид. Киев, 2007. С. 201.

¹⁰ См.: Лиманский Г. С. Наследственное правоотношение: общие теоретико-методологические проблемы учения // Наследственное право. 2007. № 1. С. 5.

¹¹ См.: Мельцов А. В. Наследственное правопреемство в современном российском праве: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. М., 2006. С. 160.

¹² См.: Щербина Н. В. Субъекты наследственного правопреемства по российскому законодательству: автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. МГУ им. М. В. Ломоносова. М., 2004. С. 35.

законодательстве других стран Содружества данная норма получила иное содержание. К примеру, в Казахстане определено, что наследниками по завещанию и закону могут быть граждане, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства (ст. 1144 ГК РК). В последующем при определении наследников по закону дается уточнение по зачатым, которое касается только детей наследодателя (ст. 1061 ГК РК). Далее при определении последующих очередей законодатель не упоминает о nascитурасах помимо постумов.

Дальнейший анализ наследственного законодательства стран Содружества позволяет сделать вывод, что в законодательстве Азербайджана, Грузии, Молдовы, Туркменистана при наследовании по закону призываются дети наследодателя, зачатые при его жизни и родившиеся живыми после его смерти (т. е. только постумы), при наследовании по завещанию – лица, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после его смерти, независимо от того, являются они его детьми или нет, т. е. любые nascитурасы (ст. 1134 ГК Азербайджанской Республики, ст. 1336 ГК Грузии, ч. 1 ст. 1433 ГК Республики Молдова, ст. 1129 ГК Туркменистана). В отличие от этих стран, в Киргизии, Таджикистане и Узбекистане правом наследования по закону и по завещанию наделены только дети наследодателя, родившиеся после его смерти (ст. 1118 ГК РУ, ст. 1144 ГК РТ, ст. 1142 ГК КР), т. е. только постумы.

На наш взгляд, применяемая в России и ряде других стран правовая конструкция nascитураса более эффективна, чем постума, и должна быть взята за основу при совершенствовании законодательства других странах СНГ, не разделяющих или не в полной мере разделяющих данную позицию. Достоинство института nascитураса заключается в том, что по своему смыслу он препятствует тому, чтобы уже зачатый ребенок, чей отец умер до его рождения, был отстранен от наследования. И особенно актуальным это право становится в случае, когда мать ребенка также умирает при родах¹³.

Обращая внимание на возможность включения в круг граждан, которые могут призываться к наследственному правопреемству, лиц, зачатых при жизни наследодателя и родившихся живыми после открытия наследства, К. Ю. Егоренкова отмечает: «Это предполагает, что ребенок, еще не появившийся на свет, уже выступает обладателем права наследования, например, по завещанию, а значит, является

¹³ Пылаева Я. Е. Категория завещательной правосубъектности и основные аспекты ее отражения в наследственном законодательстве России // Закон. 2009. № 3. С. 233.

субъектом права наследования»¹⁴. На наш взгляд, данное высказывание нуждается в уточнении.

Полагаем, что, признавая nasciturus потенциальным наследником, законодатель исходит из того, что субъективное наследственное право у него возникнет лишь в случае его рождения живым. В данном случае следует учесть мнение профессора С. Н. Братуся, считающего, что ребенок в утробе матери не является субъектом права наследования, так как закон охраняет его права как будущего возможного субъекта права¹⁵. Данная позиция позволила сформулировать в науке гражданского права теорию «условной правоспособности человеческого плода»¹⁶. Таким образом, представляется, что nasciturus не является субъектом права и не наделяется гражданской правоспособностью, которая возникает в момент его рождения, а не зачатия. В данном случае закон гарантирует охрану будущих прав человека, возникновение которых у него возможно лишь в случае рождения живым.

В связи с этим более корректно говорить о возникновении пассивной завещательной правосубъектности зачатого ребенка лишь в случае его рождения после смерти наследодателя. Вместе с тем представляется возможным детей, еще не родившихся к моменту наследования, считать обладающими пассивной завещательной способностью.

В то же время следует обратить внимание на диспозитивность содержания норм в ст. 1116 и 1166 ГК РФ, не в полной мере способствующих охране интересов лиц, родившихся после смерти завещателя. В ст. 1116 установлено, что к наследованию могут призываться также граждане, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Вопросам охраны интересов ребенка при разделе наследства посвящена ст. 1146 ГК РФ, в которой определяется, что «при наличии зачатого, но еще не родившегося наследника раздел наследства может быть осуществлен только после рождения такого наследника». На наш взгляд, диспозитивность норм, содержащаяся в положениях «могут призываться», «может быть осуществлено», не обеспечивает правовые гарантии интересов новорожденных наследников, что требует императивного корректирования.

Вместе с тем в законодательстве стран СНГ не решен вопрос о том, сможет ли быть наследником в будущем лицо, которое еще не

¹⁴ Егоренкова К. Ю. Наследственная правосубъектность и наследственно-правовой статус // Частноправовые проблемы взаимодействия материального и процессуального права: материалы II Междунар. науч.-практ. конф. (г. Ульяновск, 7–8 октября, 2011 г.) / науч. ред. Н. А. Баринов, отв. ред. С. Ю. Морозов. Ульяновск, 2011. С. 178.

¹⁵ См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 51.

¹⁶ Валах В. В. Указ. соч. С. 177.

зачато, поскольку в научной литературе сложилось мнение о том, что ребенок наследодателя не может быть зачат не при его жизни¹⁷. Однако сегодня существует возможность искусственного оплодотворения даже после смерти наследодателя, что нашло свое закрепление, в частности, в семейных законодательствах Украины (ст. 123 Семейного кодекса Украины) и Российской Федерации (ст. 51 Семейного кодекса РФ). По мнению В. В. Валах, в целях обеспечения (охраны) интересов биологического потомка наследодателя следует применить норму ст. 1259 ГКУ, предусматривающую возможность составления нотариально удостоверенного договора об изменении очередности получения наследниками наследства с учетом возможного рождения биологического потомка наследодателя¹⁸.

На наш взгляд, также выходом из создавшейся ситуации может стать применение опыта регламентации данных отношений в Германии и Швейцарии. К примеру, в Германии параграфами 2100–2146 Германского Гражданского уложения завещание может предусматривать переход наследственного имущества при определенных в завещании условиях к любым лицам в пределах 30-летнего срока после смерти наследодателя.

Н. Ф. Гасанов обращает внимание на то, что если у дочери наследодателя в течение 30 лет после смерти наследодателя не родится ребенок, «зарезервированное» для такого ребенка имущество может быть распределено между остальными наследниками согласно завещанию или при отсутствии специальных указаний в завещании – на основании общих положений закона. До истечения этого срока, определенного завещанием, но не превышающего 30 лет, имущество может находиться в доверительном управлении¹⁹, что может быть также учтено в ходе унификации наследственного законодательства России и стран СНГ.

Таким образом, считаем обоснованным полагать, что наиболее широкий круг наследников по завещанию, обладающих пассивной завещательной правосубъектностью, содержится в наследственном законодательстве России и Армении, где в дополнение к другим субъектам наследственных прав наследовать по завещанию могут иностранные государства и международные организации. В связи с тем, что данное нормативное правило создает дополнительную возможность вывода имущества за пределы Отечества, рекомендовано ввести императивный запрет на предоставление пассивной завещательной

¹⁷ См.: Барщевский М. Ю. Наследственное право. М., 1996. С. 182.

¹⁸ См.: Валах В. В. Указ. соч. С. 180.

¹⁹ Гасанов Н. Ф. Наследование по завещанию: сравнительно-правовой анализ на примере Российской Федерации и Азербайджанской Республики. М., 2011. С. 90.

правосубъектности иностранным государствам и международным организациям.

В целях совершенствования доктринальных взглядов на правовое положение детей, еще не родившихся к моменту наследования, предлагаем считать их обладающими пассивной завещательной способностью. Пассивную правосубъектность субъект наследственных прав получит лишь при наличии юридического факта – рождения. Также следует обратить внимание на диспозитивность содержания норм в ст. 1116 и 1166 ГК РФ, не в полной мере способствующих охране интересов лиц, родившихся после смерти завещателя. Диспозитивность норм, содержащаяся в положениях «могут призываться», «может быть осуществлено», не обеспечивает правовые гарантии интересов новорожденных наследников, что требует императивного корректирования.

Список литературы

1. Барщевский М. Ю. Наследственное право. М., 1996.
2. Блинков О. Е. Общие тенденции развития наследственного права государств – участников Содружества Независимых Государств и Балтии: дис. ... д-ра. юр. наук. М., 2009.
3. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. М., 1950.
4. Валах В. В. Проблемы наследственно-правового статуса nasciturus. Перші юридичні диспути закульних проблем приватного права, присвячені пам'яті Е. В. Васьковського: матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф. Одеса, 15–16 квітня 2011 р. / відповід. ред. І. С. Канзафарова; ред. кол. І. С. Канзафарова; В. В. Валах; О. О. Нігреєва; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечнікова. Одеса, 2011.
5. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. М., 2003.
6. Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976.
7. Гасанов Н. Ф. Наследование по завещанию: сравнительно-правовой анализ на примере Российской Федерации и Азербайджанской Республики. М., 2011.
8. Дождев Д. В. Римское частное право. М., 1999.
9. Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення и розвіток. 2-е вид. К., 2007.
10. Егоренкова К. Ю. Наследственная правосубъектность и наследственно-правовой статус // Частноправовые проблемы взаимодействия материального и процессуального права: материалы II Международ. науч.-практ. конф. (г. Ульяновск, 7–8 октября 2011 г.) / науч. ред. Н. А. Баринов, отв. ред. С. Ю. Морозов. Ульяновск, 2011.

11. Лиманский Г. С. Наследственное правоотношение: общие теоретико-методологические проблемы учения // Наследственное право. 2007. № 1.
12. Мельцов А. В. Наследственное правопреемство в современном российском праве: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.03. М., 2006.
13. Пылаева Я. Е. Категория завещательной правосубъектности и основные аспекты ее отражения в наследственном законодательстве России // Закон. 2009. № 3.
14. Щербина Н. В. Субъекты наследственного правопреемства по российскому законодательству: автореф. дис. ... канд. юр. наук. МГУ им. М. В. Ломоносова. М., 2004.

PASSIVE LEGAL PERSONALITY OF NASCITURUS IN RUSSIAN FEDERATION AND STATES-MEMBERS OF CIS: COMPARATIVE- LEGAL CHARACTERISTICS

R.A. Barkov

The Moscow Academy of Economics and Law

In this article they are considered issues of keeping of testamentary legal personality of fetus conceived during the lifetime of the testator and born alive after the opening of the inheritance. On the base of comparative-legal characteristics of legislation of Russia and the states – members of CIS they are given recommendations for the improvements of the applicable legislation.

Keywords: *nasciturus, postumus, passive legal personality.*

Об авторе:

БАРКОВ Роман Алексеевич – аспирант Московской академии экономики и права (117105, г. Москва, Варшавское шоссе, д. 23), e-mail: jurfaktver_nauka@mail.ru.