ГРАЖДАНСКОЕ, ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ, СЕМЕЙНОЕ ПРАВО, МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

ДЕТИ, ЗАЧАТЫЕ ПОСЛЕ СМЕРТИ РОДИТЕЛЯ: УСТАНОВЛЕНИЕ ПРОИСХОЖДЕНИЯ И НАСЛЕДСТВЕННЫЕ ПРАВА

ШЕЛЮТТО Марина Львовна, ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: civil@izak.ru

Возможность криоконсервации спермы, яйцеклеток и создания эмбрионов *in vitro* сделали достижимым зачатие ребенка после смерти одного или даже обоих его родителей, и количество зачатий детей после смерти родителей в последние десятилетия растет по всему миру. Посмертная репродукция породила сложные юридические вопросы: существует ли право на извлечение спермы из тела умершего мужчины и посмертное использование замороженных спермы, эмбрионов или яйцеклеток в целях зачатия ребенка, может ли быть установлена правовая связь между посмертно зачатым ребенком и его умершим генетическим родителем и вправе ли посмертно зачатый ребенок наследовать после такого родителя? Эти вопросы затрагивают одновременно права человека в сфере репродукции и права посмертно зачатого ребенка. Ключевыми моментами при установлении происхождения посмертно зачатого ребенка от умершего родителя согласно зарубежному законодательству выступает согласие умершего на посмертную репродукцию и его согласие быть родителем такого ребенка. Традиционно для того, чтобы наследовать, необходимо находиться в живых в день смерти наследодателя или быть зачатым до его смерти, но это правило уже изменено в 21 штате США и канадской провинции Британская Колумбия, где посмертно зачатые дети вправе наследовать. Однако, помимо установления их происхождения от наследодателя, определены нескольких дополнительных условий возникновения их наследственных прав.

Ключевые слова: вспомогательные репродуктивные технологии, посмертное зачатие, установление происхождения детей, наследственные права.

POSTHUMOUSLY CONCEIVED CHILDREN: DETERMINATION OF PARENTAGE AND INHERITANCE RIGHTS

M. L. SHELYUTTO, leading research fellow of civil law and process department of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, candidate of legal sciences

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

E-mail: civil@izak.ru

The possibility to store sperm and to produce embryos *in vitro* has made it possible for a child to be conceived after the death of one or even both of the child's parents and the number of posthumous conceptions has increased in recent decades around the world. Posthumous reproduction raises a complex of legal issues: has someone the right to harvest sperm from a dead man body and to use cryopreserved sperm, embryos or eggs to conceive a child after the death of his (her) genetic parent, can posthumously conceived child have legal tie with such a parent and inherit from his (her) parent? These issues have direct relevance to human rights in the sphere of reproduction and the rights of posthumously conceived child simultaneously. According to foreign law the key questions in determination of parentage are the consent of the deceased person to use postmortem reproduction and his or her consent to be a parent of posthumously conceived child. Traditionally to inherit, a person must be alive at the death of the testator or to be conceived before the death, but this rule has been already changed in 21 states of the USA and the Canadian province of British Columbia, where posthumously conceived children can inherit. However, besides the determination of parentage, there are several other additional conditions of their inheritance rights.

Keywords: assisted reproductive technology, posthumous conception, parentage, inheritance rights.

DOI: 10.12737/21253

Благодаря вспомогательным репродуктивным технологиям (далее — ВРТ), включающим использование криоконсервированных гамет (по-

ловых клеток), тканей репродуктивных органов или эмбрионов, в конце XX в. стало возможным зачатие ребенка после смерти его генетического родителя

(посмертная репродукция). Оговорим с самого начала, что дата зачатия в случае рождения ребенка в результате применения ВРТ определяется датой (временем) проведения процедуры инсеминации женщины или переноса эмбриона в полость матки (о дате зачатия еще будет сказано). В отдельных государствах (Германии, Дании, Франции, Швейцарии, Швеции) посмертная репродукция была запрещена¹, а в ряде государств (Бельгии, Великобритании, Израиле, Нидерландах, США и др.) она осуществляется легально. Возможности для посмертной репродукции имеются и в России². Первое сообщение о рождении ребенка через 9 лет после смерти его отца поступило из Екатеринбурга в 2005 г.³

Принципиальная позиция государства по вопросу о допустимости посмертной репродукции зависит от разнообразных обстоятельств, в том числе исторического характера. Так, Израиль является первопроходцем в сфере посмертной репродукции, кульминацией которой стало рождение в 2011 г. ребенка, зачатого после смерти его генетической матери. Положительное отношение Израиля к посмертной репродукции объясняют травмой, нанесенной еврейскому народу трагедией Холокоста, и настойчивым проведением благоприятной для деторождения (пронаталистской) демографической политики⁴. Противоположную (отрицательную) позицию занимает Германия⁵. Такая позиция порождена бескомпромиссным пре-

одолением нацистского прошлого с его концепцией «расовой гигиены» (Rassenhygiene) и бесчеловечными медико-биологическими опытами над людьми, охватившими и сферу репродукции.

Посмертная репродукция поставила серьезные и ранее неизвестные проблемы, среди них и юридические. Из последних рассмотрим порядок установления происхождения ребенка, зачатого после смерти родителя, и возможность наследования таким ребенком имущества этого родителя.

Установление происхождения ребенка от умершего до его зачатия родителя. В соответствии с законодательством тех государств, в которых посмертная репродукция не только практикуется, но и тщательно урегулирована, ключевое условие ее осуществления и последующего установления происхождения ребенка от лица, предоставившего свой генетический материал, но умершего ранее зачатия ребенка, состоит в согласии этого лица на посмертное использование ВРТ. Форма такого согласия, как правило, должна быть письменной. В отсутствие письменного волеизъявления согласие, например в Израиле, может быть установлено судом. Дело в том, что прижизненная криоконсервация генетического материала (гамет, эмбрионов) сама по себе совсем не обязательно свидетельствует о намерении прибегнуть к посмертной репродукции: в одних случаях при сдаче генетического материала и создании эмбрионов планируется только их прижизненное использование в целях рождения ребенка, в других — имеются в виду оба варианта репродукции (прижизненная, а в случае ее неудачи — посмертная) или прямо ставится задача посмертного зачатия с учетом ожидаемого или вероятного ухода из жизни лица, которое стремится к рождению у него ребенка.

Особая ситуация складывается, если сперма не была сдана, а мужчина уже скончался⁶ или, находясь в предсмертной коме, не в состоянии выразить своего согласия на извлечение у него спермы. В таких случаях, к примеру, в Новой Зеландии⁷ и Израиле суд может дать необходимое разрешение пережившему супругу или партнеру, исходя из предполагаемого желания больного или только что умершего мужчины, зачать ребенка после своей смерти. Его желание согласно Руководству Генерального прокурора Израиля 2003 г. по посмертной репродукции может устанавливаться судом на основании поведения или сви-

¹ См.: Deirdre Madden, *Medicine, Ethics and the Law*. 2nd ed. 2011. P. 454; *Sabatello M.* Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective. 27 *J. L. & Health*. 29 (2014). P. 36. URL: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1426&context=jlh>.

² См. ч. 5 ст. 55 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан» (далее — Закон об основах охраны здоровья); приказ Минздрава России от 30 августа 2012 г. № 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказаниях и ограничениях к их применению» (далее — приказ Минздрава России № 107н).

³ Об этом и других случаях посмертного зачатия детей в России см.: *Свитнев К. А.* Правовые и этические аспекты посмертной репродукции // Правовые вопросы в здравоохранении. 2011. № 6. С. 30—43.

⁴ См.: *Ravitsky V.* Posthumous Reproduction Guidelines in Israel. *Hastings Center Report*. Vol. 34. Iss. 2, March 2004. P. 7. URL: http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=bioethics_papers. В то же время для каждого случая посмертного использования ВРТ, включая извлечение генетического материала (чаще спермы) из тела недавно умершего человека, в Израиле требуется решение суда.

⁵ См.: *Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz — EschG) vom 13. Dezember 1990, § 4.* URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>. Стоит отметить, что и прижизненное применение ВРТ в Германии допускается с определенными ограничениями. Напри-

мер, только в 2011 г. стала допустимой преимплантационная диагностика эмбриона (§ 3а названного Закона).

⁶ Сперма может быть извлечена в течение 72 ч после смерти, яйцеклетки — в течение нескольких часов.

⁷ О положительном решении суда в Новой Зеландии (2014 г.) по требованию жены, муж которой находился в предсмертной коме, см.: *Pearl N.* Life beyond Death: Regulating Posthumous Reproduction in New Zealand. *Victoria University of Wellington*. 2015. Vol. 46. No. 3. P. 725.

детельств членов семьи и друзей. Если же мужчина явно возражал против того, чтобы иметь ребенка или использовать ВРТ, судам рекомендуется отказывать в подобных требованиях⁸. Такие требования, разумеется, рассматриваются судами незамедлительно.

Для большей определенности при посмертном установлении воли человека в отношении посмертной репродукции (согласия или его отсутствия, выявления лица, уполномоченного распоряжаться генетическим материалом умершего) израильский адвокат Ирит Розенблюм предложил так называемое биологическое завещание⁹, которое могут составить израильские военнослужащие с учетом риска их гибели или ранения, исключающего возможность иметь детей. Автор этой идеи исходит в том числе из того, что замороженные гаметы и эмбрионы являются объектами права собственности, но этот важный и непростоый вопрос здесь придется опустить.

Часть 1 ст. 68 российского Закона об основах охраны здоровья допускает использование тела, органов и тканей умершего в медицинских, научных и учебных целях при наличии его письменного прижизненного волеизъявления о возможности такого использования, удостоверенного нотариально. Однако прижизненно предоставленные гаметы и уже существующие ко дню смерти эмбрионы этой формулировкой не охватываются. Форма информированного добровольного согласия на применение ВРТ, утвержденная приказом Минздрава России № 107н, случай смерти участника программы не выделяет. В порядке же проведения ВРТ оговаривается только, что после проведении экстракорпорального оплодотворения (далее — ЭКО) решение о дальнейшей тактике (донорство, криоконсервация, утилизация) в отношении лишних половых клеток (эмбрионов) принимает лицо, которому принадлежат данные половые клетки (эмбрионы), с оформлением письменного согласия и договора о донорстве и криоконсервации с указанием срока их хранения. Таким образом, в России согласие лиц, уже предоставивших свой генетический материал, именно на посмертную репродукцию как ее необходимое условие прямо не предусмотрено, нет указаний и на судебный порядок его установления и разрешения посмертной репродукции.

Установление происхождения детей, рожденных в результате посмертного использования ВРТ, за рубежом регулируется особо. Запись умершего в качестве родителя ребенка в случае посмертного зачатия, помимо согласия умершего на посмертное использование его генетического материала, обусловлена его письменным согласием быть родителем такого ребенка. Такое условие содержат, например, одоб-

ренный в большинстве штатов США Единообразный закон об установлении происхождения детей (Uniform Parentage Act)¹⁰ (отметим, что он касается случаев рождения посмертно зачатых детей только у супругов) и Закон Великобритании об оплодотворении и эмбриологии человека (Human fertilization and Embriology Act 2008)¹¹. Последний предусматривает запись умершего мужчины отцом ребенка даже тогда, когда женщине после смерти указанного мужчины, но с его согласия (причем письменного) быть записанным отцом ребенка был имплантирован эмбрион, созданный с использованием донорской спермы, т. е. когда умерший генетическим родителем ребенка не является. Запись об отцовстве умершего мужчины в обоих случаях (и при генетическом происхождении ребенка от умершего, и при использовании при указанных условиях спермы донора) производится, если мать ребенка укажет на него в письменном виде не позднее 42 дней (не позднее 21 дня в Шотландии) с даты рождения ребенка. Супружеский статус родителей при этом значения не имеет.

Такой подход соответствует теории намерения (intention), лежащей в основании возникновения родительских прав в случаях применения ВРТ¹². В отсутствие письменного согласия на запись отцом ребенка намерение умершего быть его родителем, как указывается в комментарии к Единообразному наследственному кодексу США (Uniform Probate Code), включающему положения об установлении происхождения детей, может быть подтверждено иными убедительными доказательствами¹³.

В России, если генетические родители в браке между собой не состоят, происхождение ребенка от умершего до его зачатия отца (если только он не был просто донором спермы) может быть установлено в судебном порядке по модели, применяемой в случае рождения ребенка женщиной, не состоящей в браке, на основании генетической связи между ребенком и его умершим родителем (ст. 48 СК РФ). Что касается супругов, то на основании п. 4 ст. 51 СК РФ один из специалистов высказал следующее мнение: письменного согласия лиц, состоящих в браке, на применение метода искусственного оплодотворения или на имплантацию эмбриона и прижизненного начала

¹⁰ См. § 707. URL: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf.

¹¹ См. § 39, 40. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf.

¹² Об этой теории подробнее см.: Кириченко К. А. Современные теории оснований возникновения родительских прав // Семейное и жилищное право. 2008. № 6. С. 3.

¹³ См.: Uniform Probate Code (1969) Drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and by it Approved and Recommended for Enactment in all the States with Comments. § 2—120. URL: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/probate%20code/upc%202010.pdf>.

⁸ См.: Ravitsky V. Op. cit. P. 6—7.

⁹ См.: Rosenblum I. The Biological Will™ — a New Paradigm in ART? URL: <http://www.newfamily.org.il/en/4905/the-biological-will%E2%84%A2-%E2%80%93a-new-paradigm-in-art/>.

репродуктивной программы достаточно для записи супругов родителями ребенка, зачатого после смерти родителя¹⁴. Это суждение представляется ошибочным. Дело в том, что к моменту рождения ребенка брак супругов, давших согласие на применение ВРТ, уже прекращен. Срок рождения ребенка после смерти отца для записи об отцовстве на основании документа, подтверждающего супружеские отношения родителей, ограничен в СК РФ во всех случаях 300 днями со дня смерти отца, а запись о матери, умершей ранее зачатия ребенка, с учетом порядка совершения такой записи не может быть произведена, на наш взгляд, иначе, как на основании решения суда¹⁵.

Хотя установление происхождения ребенка от его умершей ранее зачатия генетической матери, причем как состоявшей, так и не состоявшей в браке с отцом, в случае применения метода сурrogатного материнства в судебном порядке возможно, в России широко известны иные варианты установления материнства при этом методе вспомогательной репродукции: на запись в качестве матери детей, зачатых с использованием донорских яйцеклеток и спермы умершего мужчины, претендуют с переменным успехом инициаторы посмертного зачатия — матери умерших, т. е. бабушки детей по отцовской линии¹⁶.

В Израиле родителями, потерявшими сына, было найдено гораздо более мудрое решение: они подыскали одинокую женщину, желавшую иметь ребенка и согласную его зачать с использованием спермы не анонимного донора, а их умершего сына¹⁷. В результате ребенок будет воспитываться своей родной (генетической) матерью, причем находящейся в возрасте, естественном для материнства, и знать ее родственников, а также знать своего умершего отца и его родственный круг, включая дедушку и бабушку. Все это создает более благоприятную для развития ребенка эмоциональную обстановку, обеспечивает ему поддержку родственников и по материнской, и по отцовской линии и сближает условия его жизни с обычными условиями жизни ребенка, зачатого при жизни родителя. К настоящему моменту имеются сведения о трех таких знаменательных случаях¹⁸.

Таким образом, в России установление происхождения ребенка в случае его посмертного зачатия независимо от того, кто участвует в программе ВРТ — супруги или лица, не состоящие в браке, пока надле-

жаще не урегулировано, необходимость специального прижизненного согласия лица, предоставившего свой генетический материал (сперму, яйцеклетки) для оплодотворения, быть записанным родителем зачатого после его смерти ребенка не предусмотрена.

Законодательные условия призвания детей к наследованию после родителя в случаях посмертной репродукции, предусмотренные за рубежом. С распространением посмертной репродукции возник вопрос о корректировке применительно к случаю наследования детьми после смерти родителя существовавшего еще в Древнем Риме и воспринятого затем практически повсеместно правила, согласно которому к наследованию призываются только живые к моменту открытия наследства или родившиеся впоследствии живыми, но зачатые при жизни наследодателя (крайне редкие исключения из этого правила, встречающиеся за рубежом, относятся к наследованию по завещанию). Именно так по существу сформулировано и действующее правило п. 1 ст. 1116 ГК РФ, которое не позволяет ребенку, зачатому после смерти своего генетического родителя — наследодателя и родившемуся живым после открытия наследства, наследовать ни по закону, ни по завещанию несмотря на установление его происхождения от наследодателя.

В еще недавнем прошлом вопрос о толковании термина «зачатие» с точки зрения наследственного права практически не вставал, но распространение ЭКО заставило задуматься о том, не могут ли инсеминация ооцитов (проводимая вне организма женщины) и создание эмбрионов *in vitro* быть квалифицированы в качестве зачатия. Если согласиться с такой возможностью, то в случае получения эмбриона *in vitro* при жизни лиц, предоставивших генетический материал, независимо от того, что он имплантирован женщине после смерти одного из указанных лиц, родившийся ребенок мог бы считаться зачатым при жизни своего родителя-наследодателя и соответственно призываться к наследованию без внесения каких-либо изменений в наследственные правила о круге лиц, которые подлежат призванию к наследованию. Это было бы неверно и с медицинской, и с правовой точек зрения.

Во-первых, зачатие по-прежнему во всех ситуациях, включая использование ЭКО, завершается внутри материнского организма. С учетом этого обстоятельства в новом Законе о семье (Family Law Act) 2011 г. канадской провинции Британская Колумбия установлено, что ребенок, родившийся в результате вспомогательной репродукции (прижизненной или посмертной — значения в данном случае не имеет), считается зачатым в день, когда репродуктивный материал или эмбрион был имплантирован женщине, родившей ребенка (ст. 20)¹⁹. Во-вторых, в случае инсеми-

¹⁴ См.: Свитнев К. А. Указ. соч. С. 35.

¹⁵ Помимо п. 4 ст. 51, см. ст. 48 СК РФ и ст. 14, 16, 17 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния».

¹⁶ См.: Право позади науки // Новая адвокатская газета. URL: <http://advgazeta.livejournal.com/5215.html>.

¹⁷ См.: Rosenblum I. Op. cit.

¹⁸ См.: Rimon-Greenspan H., Ravitsky V. New Frontiers in Posthumous Reproduction. URL: http://www.bionews.org.uk/page_313450.asp.

¹⁹ URL: [http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20\[SBC%202011\]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml](http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20[SBC%202011]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml).

нации ооцитов и культивирования эмбрионов до открытия наследства, а переноса эмбрионов в организм женщины после открытия наследства едва ли можно было бы допустить безусловное (без соблюдения специально установленных условий) призвание к наследованию рожденных в результате указанных ВРТ детей наследодателя: их появление на свет может произойти через много лет после открытия наследства²⁰.

Для снятия всяких сомнений в ответе на вопрос об акте зачатия в случае ВРТ и правовой определенности в современном наследственном законодательстве, разрабатываемом с учетом возможности ЭКО, вместо указания на зачатие ребенка ко времени открытия наследства стало актуальным уточнение, что лица, родившиеся после открытия наследства и призываемые к наследованию в общем порядке (без каких-либо дополнительных законодательных условий), должны ко времени открытия наследства находиться в материнской утробе (от лат. *in utero*²¹).

С одной стороны, отвечало бы интересам ребенка, зачатого после смерти своего родителя-наследодателя, и было бы справедливым предоставление ему возможности наследовать на равных с другими детьми наследодателя. С другой стороны, появление наследника через неопределенно продолжительное время после открытия наследства способно подорвать стабильность права собственности, возникшего у ординарных наследников, и совершенных ими сделок с унаследованным имуществом. К решению вопроса о предоставлении права наследования зачатым после смерти родителя детям, происхождение которых от умершего установлено, имеются два подхода.

Один из них состоит в отрицании наследственных прав посмертно зачатых детей и отражен не только в российском наследственном праве, но и, например, в тщательно разработанном в части правовых аспектов вспомогательной репродукции законодательстве Великобритании, где запись об отце в свидетельстве о рождении не предоставляет ребенку, зачатому после смерти отца, права наследования. Не призываются указанные дети к наследованию после своего умершего до зачатия родителя и в Израиле, Нидерландах.

Противоположным образом вопрос стал решаться в части штатов США (в их числе Алабама, Делавер, Калифорния, Колорадо, Луизиана, Северная Дакота, Техас и др.²²; на данный момент таких штатов

уже 21²³) и канадской провинции Британская Колумбия²⁴. Идея обсуждалась комиссиями по законодательным реформам и в ряде других канадских провинций, в частности, провинциях Альберта²⁵ (в случае с этой провинцией Институтом законодательных реформ), Манитоба²⁶, но их наследственное законодательство остается пока традиционным.

К положительному решению вопроса о возможности наследования имущества родителя его посмертно зачатыми детьми привела судебная практика. Начиная с 1990-х гг. в США получили распространение судебные дела по требованиям матерей детей, зачатых после смерти их отцов, о получении такими детьми социальных выплат в связи с потерей кормильца (*Social Security Survivors Benefits*). Согласно федеральному законодательству, регулирующему такие выплаты, при решении вопроса о том, является ли заявитель ребенком застрахованного, подлежит применению тот же закон, что применялся бы судом при определении права на наследство по закону после умершего²⁷. Поэтому право посмертно зачатых детей на ежемесячные страховые выплаты стало связываться судами с тем, могут ли дети считаться наследниками умершего по закону, руководствуясь законом того штата, в котором умерший имел место жительства.

Основной подход, воспринятый впоследствии наследственным законодательством, был выработан Верховным судом Массачусетса по делу *Woodward v. Commissioner of Social Security* (2002 г.). Он обозначил несколько условий, соблюдение которых позволяет посмертно зачатым детям наследовать после своего генетического родителя и удовлетворять требования матерей детей, поскольку в соответствии с законодательством этого штата к наследованию по за-

413 (2012). P. 433—435. URL: <http://www.stmaryslawjournal.org/pdfs/Stewart.pdf>.

²³ См.: *Radigan C. R., Schoenhaar D. R.* Statutory Inheritance Rights of a Posthumously Conceived Child // *New York Law Journal*. January 12. 2015. URL: http://rmfpc.com/wp-content/uploads/2015/01/Statutory-Inheritance-Rights-of-a-Posthumously-Conceived-Child_-New-York-Law-Journal.pdf.

²⁴ См.: *Wills, Estates and Succession Act [SBC 2009]*. Ch. 13. S. 8.1. URL: http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/09013_01.

²⁵ См.: *Alberta Law Reform Institute. Succession and Posthumously Conceived Children. Report for Discussion*. 23. January 2012.

²⁶ *Manitoba. Law Reform Commission. Posthumously Conceived Children: Intestate Succession and Dependents Relief: The Intestate Succession Act: sections 1(3), 6(1), 4(5), 4(6) and 5. Report # 118. November 2008*. URL: http://www.manitobalawreform.ca/pubs/pdf/additional/assisted_reproduction_legal_parentage_and_birth_registration.pdf.

²⁷ См.: 42 U. S. Code, § 416 (h) (2) (A). URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/416>.

²⁰ Известны случаи рождения детей с использованием спермы, хранившейся в замороженном виде 21 год, и имплантации эмбрионов, хранившихся 10 лет (см.: *Alberta Law Reform Institute. Succession and Posthumously Conceived Children. Report for Discussion*. 23. January 2012. P. 61. URL: <https://www.alri.ualberta.ca/docs/rfd023.pdf>).

²¹ В литературе используется также французское выражение *en ventre sa mère* (или кратко *en ventre*).

²² См.: *Allison Stewart Ellis, Comment, Inheritance Rights of Posthumously Conceived Children in Texas* 43 *St. Mary's L. J.*

кону призываются «посмертные дети» наследодателя без какого-либо ограничения срока их рождения после открытия наследства. Указанной логики придерживался в 2012 г. и Верховный суд США, не признавший прав двух посмертно зачатых близнецов на социальные выплаты по случаю потери кормильца в деле *Astrue v. Capato ex rel. B. N.C.*, исходя из законодательства Флориды о наследовании по закону²⁸.

Чтобы уравнивать, насколько это возможно, имущественные права посмертно зачатых детей и детей, зачатых при жизни родителя, в законодательство стали вноситься изменения, предоставляющие посмертно зачатым детям право наследовать имущество родителя, умершего ранее их зачатия, и получать социальные выплаты по случаю потери кормильца. При этом согласно законодательству, признающему наследственные права посмертно зачатых детей, включая Единый наследственный кодекс США, происхождение посмертно зачатого ребенка от наследодателя, установленное в предусмотренном законом порядке, является необходимым, но вовсе не единственным условием предоставления такому ребенку права наследования. Так, во Флориде возможность наследования предоставлена только тем посмертно зачатым детям, которые были назначены наследниками в завещании²⁹, а в Луизиане — детям, родители которых состояли в браке между собой. В последнем штате срок рождения посмертно зачатого ребенка в целях его призвания к наследованию ограничен тремя годами со дня смерти мужа матери ребенка, а заинтересованным наследникам предоставлено право оспорить отцовство в отношении посмертно зачатого ребенка в пределах одного года со дня его рождения³⁰.

Как наиболее продвинутый, современный в подходе к решению вопроса о возможности призвания к наследованию посмертно зачатых детей наследодателя благодаря внесенным в 2005 г. изменениям характеризовался сразу же после его принятия Наследственный кодекс Калифорнии³¹. В нем в качестве условий

наследования посмертно зачатым ребенком наследодателя оговариваются:

письменное согласие наследодателя на посмертное зачатие ребенка с использованием его генетического материала (которое может быть отозвано или изменено наследодателем также в письменной форме);

ограничение срока зачатия (*in utero*) двухлетним периодом со дня выдачи свидетельства о смерти или вынесения решения суда об установлении факта смерти, если оно предшествовало выдаче свидетельства;

назначение наследодателем лица для осуществления контроля за использованием своего генетического материала;

уведомление после открытия наследства таким лицом (заказным письмом с уведомлением о вручении) о наличии генетического материала наследодателя для целей посмертного зачатия. Уведомление должно быть направлено лицу, полномочному контролировать распределение имущества умершего или выплат в связи с его смертью, не позднее четырех месяцев с даты выдачи свидетельства о смерти или вынесения решения суда об установлении факта смерти, если оно предшествовало выдаче свидетельства³².

Реализация ребенком права наследования в таких случаях гарантируется в Калифорнии тем, что после получения соответствующего уведомления лицо, уполномоченное контролировать распределение имущества умершего или социальные выплаты в связи с его смертью, не вправе распределять это имущество или давать распоряжения о таких выплатах до истечения двухлетнего срока (начало которого определяется указанным выше образом), за исключением случаев, когда рождение посмертно зачатого ребенка не повлияло бы на такие распределение и выплаты или же было получено письменное уведомление за личной подписью, а также подписанное свидетелем, о том, что лицо не желает, чтобы его генетический материал был использован после его смерти для зачатия его ребенка³³. В этот период вопрос о распределении имущества умершего или получении социальных выплат в связи с его смертью может быть по требованию заинтересованного лица решен в судебном порядке при условии, что это не нанесет имущественного вреда посмертно зачатому ребенку умершего³⁴.

В 2008 г. Единый наследственный кодекс США был дополнен положениями, предусматривающими следующие условия наследования посмертно зачатым ребенком имущества наследодателя:

1) согласие на посмертное зачатие ребенка с намерением быть его родителем;

³² См.: California Probate Code, § 249.5. URL: http://www.leginfo.ca.gov/html/prob_table_of_contents.html.

³³ Там же. § 249.6.

³⁴ Там же. § 249.8.

²⁸ Подробнее см.: *Peebles A. T. Challenges and Inconsistencies Facing the Posthumously Conceived Child*, 79 Mo. L. Rev. (2013). URL: <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4085&context=mlr>; *Minor K. Posthumously Conceived Children and Social Security Survivor's Benefits: Implications of the Ninth Circuit's Novel Approach For Determining Eligibility in Gilett-Netting v. Barnhart*, 35 Golden Gate U. L. Rev. (2005). URL: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1897&context=gglurev>.

²⁹ См.: Fla. Stat. Ann. § 742.17 (4). URL: http://www.leg.state.fl.us/STATUTES/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.17.html.

³⁰ См.: La. Rev. Stat. Ann. § 9:391.1. URL: <https://legis.la.gov/Legis/Law.aspx?d=107871>.

³¹ См.: *Kindregan C. P., McBrien M. Assisted Reproductive Technology: A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*. American Bar Association, 2006. P. 233—234.

2) зачатие не позднее 36 месяцев со дня смерти или рождение ребенка не позднее 45 месяцев после смерти³⁵.

Период продолжительностью 36 месяцев был определен, чтобы позволить пережившему супругу или партнеру оправиться от горя и принять осознанное решение об использовании ВРТ, а также исходя из серьезной вероятности неудачных попыток добиться беременности. Кроме того, такой срок соответствует сроку (три года со дня смерти или один год после распределения имущества), в течение которого наследник вправе истребовать неправомерно распределенное имущество или его стоимость. Альтернативный срок (срок рождения ребенка в пределах 45 месяцев со дня смерти) был установлен посредством добавления к 36-месячному периоду 9 месяцев, составляющих обычный срок беременности, для тех случаев, когда отсутствует медицинская документация о точной дате зачатия (*in utero*)³⁶.

В штате Нью-Йорк в 2014 г. было предусмотрено наследование посмертно зачатыми детьми как по завещанию, так и по закону сходным с Калифорнией образом, однако срок уведомления о существовании генетического материала, исчисляемый со дня смерти наследодателя, составляет семь месяцев, и установлено дополнительное условие о том, что согласие умершего и полномочие на использование его генетического материала после его смерти должно быть выражено в письменной форме не ранее, чем за семь лет до смерти. Оговаривается, кроме того, что, если полномочие принимать решения об использовании генетического материала было дано супругу, то расторжение брака или признание его недействительным аннулирует это полномочие³⁷.

В Британской Колумбии (Канада), ограничившей в целях наследования срок рождения ребенка двумя годами после смерти родителя-наследодателя, суду с учетом обстоятельств дела предоставляется право признать наследственные права посмертно зачатого ребенка и в том случае, когда он родился по истечении указанного срока³⁸.

Обусловить призвание к наследованию по российскому законодательству детей, зачатых после смерти наследодателя в результате ВРТ, во-первых, дачей

наследодателем при жизни согласия на применение указанных технологий после его смерти и, во-вторых, их применением в течение шести месяцев со дня открытия наследства предлагает О. Ю. Малкин. По его мнению, «предложенный срок соотносится со сроком принятия наследства и позволит исключить ситуации, когда необходимо будет осуществлять повторный раздел наследства, что имело бы место при рождении ребенка по истечении года, двух и более лет после открытия наследства»³⁹.

Согласие наследодателя на посмертную репродукцию и ограничение срока зачатия ребенка, как было показано, признаются за рубежом необходимыми условиями призвания к наследованию его посмертно зачатых детей, но для того, чтобы регулирование не разбалансировалось и не были нарушены интересы всех вовлеченных лиц, срок, ограничивающий период зачатия или время рождения ребенка-наследника, определяется более продуманно и гуманно, а также устанавливаются дополнительные правила, обеспечивающие определенность отношений и сохранение наследственного имущества.

Е. Ю. Петров полагает, что лица, зачатые и родившиеся живыми после открытия наследства, «вполне могут быть признаны наследниками по завещанию. Проблема бессрочной неопределенности появления наследника (отлагательное условие) имеет механизм решения, применяемый в ряде случаев немецким правом. Наследниками считаются наследники по закону. Рождение наследника по завещанию и принятие им наследства может рассматриваться в качестве отменительного условия»⁴⁰.

Речь идет о предусмотренной в Германском гражданском уложении специфической возможности назначения наследодателем последующего наследника (*Nacherbschaft*), в том числе такого, который еще не зачат ко дню открытия наследства. Пока последующий наследник не родился (или не наступило иное событие, с которым завещатель связал призвание к наследованию последующего наследника), имущество наследуется первоначальным наследником, назначенным в завещании, а если первоначальный наследник в завещании не назначен, то первоначальными наследниками выступают наследники по закону. Первоначальные наследники ограничены в праве распоряжения унаследованным имуществом, а их затраты на содержание и сохранение наследства должны быть компенсированы последующим наследником. Назначение последующего наследника считается недействительным по истечении 30 лет со дня открытия наследства, если за это время последующий наследник не был призван к наследованию (это правило

³⁵ Uniform Probate Code, § 2-120. Кодекс одновременно определяет условия установления происхождения посмертно зачатого ребенка.

³⁶ Ibid. Comment. P. 64, 70.

³⁷ См.: The New-York Estates, Powers and Trusts Law (EPTL), § 4-1.3, 11-1.5 C. Raymond Radigan and David R. Schoenhaar // New York Law Journal. URL: http://rmfpc.com/wp-content/uploads/2015/01/Statutory-Inheritance-Rights-of-a-Posthumously-Conceived-Child_-New-York-Law-Journal.pdf.

³⁸ См.: Wills, Estates and Succession Act [SBC 2009], section 8.1. URL: http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/09013_01#section8.1.

³⁹ Малкин О. Ю. Лица, призываемые к наследованию по закону // Наследственное право. 2014. № 4. С. 15, 20.

⁴⁰ Основы наследственного права России, Германии, Франции / под общ. ред. Е. Ю. Петрова. М., 2015. С. 257.

не касается случая назначения последующим наследником брата или сестры первоначального наследника, который может появиться на свет в будущем)⁴¹.

Рассматриваемое предложение, таким образом, заключается в том, чтобы ввести в российское наследственное право немецкую конструкцию наследования первоначальным и последующим наследником применительно к случаю назначения в завещании наследником ребенка, еще не зачатого ко дню открытия наследства; до его рождения унаследованное имущество будет находиться в собственности первоначального наследника, назначенного в завещании, или наследника (наследников) по закону. Такая конструкция чревата неустойчивым положением первоначального наследника и ограничена только наследованием по завещанию.

Предусмотренные в зарубежном законодательстве меры, обеспечивающие баланс интересов посмертно зачатого ребенка, его второго родителя, наследников, кредиторов наследодателя, иных участников гражданского оборота: необходимость согласия генетического родителя на использование его гене-

тического материала после его смерти и согласия быть родителем ребенка, который может родиться, назначения «контролера» за использованием генетического материала, уведомления о наличии генетического материала в определенный срок, установления предельного разумного (исходя гуманных соображений) срока зачатия ребенка или его рождения и дискреция суда в части расширения срока зачатия (рождения) ребенка, сохранения наследственного имущества в течение указанного срока, возможность оспаривания наследниками отцовства наследодателя в отношении ребенка в случае посмертной репродукции заслуживают внимания и обсуждения. При этом следует, конечно, учитывать кардинальное различие наследования в странах континентальной системы права и странах общего права: в последних к наследникам переходит уже «очищенное» от долгов наследство⁴², в связи с чем не затрагиваются интересы кредиторов наследодателя приведенными выше новыми правилами о наследовании посмертно зачатыми детьми.

⁴¹ См. раздел 3 «Назначение последующего наследника» книги 5 ГГУ (§ 2100—2146). Еще раз отметим, что в Германии посмертная репродукция находится под запретом.

⁴² См.: Сравнительное право. Частноправовое регулирование имущественного оборота в разнотипных правовых системах / под ред. В. В. Безбаха, В. П. Серегина, Т. П. Данько. М., 2009. С. 277 (автор гл. 29 — М. Г. Масевич).

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Deirdre Madden, *Medicine, Ethics and the Law*. 2nd ed. 2011.
- Kindregan C. P., McBrien M. *Assisted Reproductive Technology: A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*. American Bar Association, 2006.
- Minor K. Posthumously Conceived Children and Social Security Survivor's Benefits: Implications of the Ninth Circuit's Novel Approach For Determining Eligibility in *Gilett-Netting v. Barnhart*, 35 *Golden Gate U. L. Rev.* (2005). URL: <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1897&context=ggulrev>.
- Pearl N. Life beyond Death: Regulating Posthumous Reproduction in New Zealand. *Victoria University of Wellington*. 2015. Vol. 46. No. 3.
- Peebles A. T. Challenges and Inconsistencies Facing the Posthumously Conceived Child, 79 *Mo. L. Rev.* (2013). URL: <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4085&context=mlr>.
- Radigan C. R., Schoenhaar D. R. Statutory Inheritance Rights of a Posthumously Conceived Child // *New York Law Journal*, January 12. 2015. URL: http://rmfpc.com/wp-content/uploads/2015/01/Statutory-Inheritance-Rights-of-a-Posthumously-Conceived-Child_-New-York-Law-Journal.pdf.
- Ravitsky V. Posthumous Reproduction Guidelines in Israel. *Hastings Center Report*. Vol. 34. Iss. 2, March 2004. URL: http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=bioethics_papers.
- Rimon-Greenspan H., Ravitsky V. *New Frontiers in Posthumous Reproduction*. URL: http://www.bionews.org.uk/page_313450.asp.
- Rosenblum I. The Biological Will™ — a New Paradigm in ART? URL: <http://www.newfamily.org.il/en/4905/the-biological-will%E2%84%A2-%E2%80%93-a-new-paradigm-in-art/>.
- Sabatello M. Posthumously Conceived Children: An International and Human Rights Perspective. 27 *J. L. & Health*. 29 (2014). URL: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1426&context=jlh>.
- Кириченко К. А. Современные теории оснований возникновения родительских прав // *Семейное и жилищное право*. 2008. № 6.
- Малкин О. Ю. Лица, призываемые к наследованию по закону // *Наследственное право*. 2014. № 4.
- Основы наследственного права России, Германии, Франции / под общ. ред. Е. Ю. Петрова. М., 2015.
- Право позади науки // *Новая адвокатская газета*. URL: <http://advgazeta.livejournal.com/5215.html>.
- Свитнев К. А. Правовые и этические аспекты посмертной репродукции // *Правовые вопросы в здравоохранении*. 2011. № 6.
- Сравнительное право. Частноправовое регулирование имущественного оборота в разнотипных правовых системах / под ред. В. В. Безбаха, В. П. Серегина, Т. П. Данько. М., 2009.