**УДК 347.155:340.5:342:72**

**Nasciturus в немецком праве**

**Кравченко Екатерина Викторовна**

Юрист I категории, Институт права, Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко; г. Киев, Украина; e-mail: legal\_l@i.ua

**Шлоер Бернгард**

Долгосрочный доцент ДААД (Немецкой службы академических обменов), доцент кафедры служебного и медицинского права, Институт права, Киевский национальный университет имени Тараса Шевченко, доктор юридических наук (нем); г. Киев, Украина; e-mail: vewrmuc@gmail.com

**Аннотация**. Статья посвящена правовому регулированию nasciturus в немецком праве. Статья сфокусирована на праве Германии, тем не менее, представлен краткий сравнительный анализ с правом Украины и Республики Казахстан. Целью статьи является исследование правового статуса nasciturus, в особенности определения момента начала его права на жизнь и правоспособности.

Анализируется правовое регулирование правоспособности в немецком гражданском праве. Согласно Гражданскому кодексу Германии, правоспособность начинается с момента завершения рождения. Авторами на основании анализа доктрины немецкого права, законодательства, а также судебной практики установлено, что несмотря на то, что в Гражданском кодексе Германии момент возникновения правоспособности четко определен, на сегодняшний день правоспособностью наделяется также нерождённый ребенок, т.е. nasciturus.

Кроме того, особенное внимание уделено вопросу человеческого достоинства нерождённой жизни и его связи с правоспособностью. В немецком праве правоспособность и человеческое достоинство тесно взаимосвязаны.

Авторами анализируется доктрина немецкого права на предмет момента начала жизни человека с юридической точки зрения. На основании проведенного анализа делается вывод, что в доктрине немецкого права существует множество мнений касательно этого вопроса. Также авторы анализируют судебную практику Германии, в частности, решения Федерального Конституционного Суда Германии.

Кроме того, в статье рассматриваются вопросы предоставления nasciturus статуса субъекта права. К тому же авторы анализируют Закон Германии о защите прав эмбрионов, целью которого является гарантия защиты государством человеческой жизни, которая находится на стадии возникновения.

**Ключевые слова**: nasciturus, право на жизнь, начало права на жизнь, правоспособность, немецкое право.

**НЕМІС ҚҰҚЫҒЫНДАҒЫ NASCITURUS**

**Екатерина Викторовна Кравченко**

I санатты заңгер, Құқық институты, Тарас Шевченко атындағы Киев ұлттық университеті; Киев қ., Украина; e-mail: legal\_l@i.ua

**Бернгард Шлоер**

ААНҚ (Академиялық алмасулардың неміс қызметі) ұзақ мерзімді доценті, қызметтік және медициналық құқық кафедрасының доценті, Құқық институты, Тарас Шевченко атындағы Киев ұлттық университеті, заң ғылымдарының докторы (нем); Киев қ., Украина; e-mail: vewrmuc@gmail.com

**Аннотация**. Мақала неміс құқығындағы nasciturus-тің құқықтық реттелуіне арналған. Мақала Германия құқығына бағытталған, дегенмен Украина мен Қазақстан Республикасының құқығына қысқаша салыстырмалы талдау ұсынылған. Мақаланың мақсаты - nasciturus-тің құқықтық мәртебесін зерттеу, әсіресе оның өмір сүру құқығы мен құқықтық қабілетінің басталу сәтін анықтау.

Неміс азаматтық құқығындағы құқықтық қабілеттіліктің құқықтық реттелуі талданады. Германияның Азаматтық кодексіне сәйкес, құқықтық қабілеттілік туылған сәттен басталады. Авторлар неміс құқығы доктринасын, заңнаманы, сондай-ақ сот практикасын талдау негізінде Германияның Азаматтық кодексінде құқықтық қабілеттіліктің пайда болу сәті нақты анықталғанына қарамастан, бүгінгі күні туылмаған балаға, яғни nasciturus-қа да құқықтық қабілет берілетіні анықталды.

Сонымен қатар, туылмаған өмірдің адамдық қадір-қасиеті мен оның құқықтық қабілетімен байланысы мәселесіне ерекше назар аударылады. Неміс құқығында құқықтық қабілеттілік пен адамның қадір-қасиеті бір-бірімен тығыз байланысты.

Авторлар неміс құқығы доктринасын адам өмірінің басталу сәтіне заңды тұрғыдан талдайды. Талдау негізінде неміс құқығы доктринасында бұл мәселеге қатысты көптеген пікірлер бар деген қорытынды жасалған. Сондай-ақ, авторлар Германияның сот практикасын, атап айтқанда Германияның Федералды Конституциялық сотының шешімдерін талдайды.

Сонымен қатар, мақалада nasciturus-қа құқық субъектісінің мәртебесін беру мәселелері қарастырылады. Сонымен қатар, авторлар Германияның эмбриондар құқығын қорғау туралы Заңын талдайды, оның мақсаты мемлекеттің адам өмірін қорғауға кепілдік беру болып табылады.

**Түйін сөздер**: nasciturus, өмір сүру құқығы, өмір сүру құқығының басталуы, құқықтық қабілеттілік, неміс құқығы.

**Nasciturus in german law**

**Ekaterina Kravchenko**

Lawyer of the first rank, Law Institute, Kiev National Taras Shevchenko University; Kiev, Ukraine; e-mail: legal\_l@i.ua

**Dr. iur. Bernhard Schloer**

Long-term DAAD lecturer, associate professor, Chair on Service and Medical Law, Law Institute, Kiev National Taras Shevchenko University, Doctor of Law (Germany); Kiev, Ukraine; e-mail: vewrmuc@gmail.com

**Abstract**. This article is devoted to the nasciturus in German law. The study is primarily focused on German Law. Nevertheless, comparative analysis is provided.

The aim of the article is to study a legal status of nasciturus. First of all, a legal capacity of nasciturus is analysed. In Germany, according to the German Civil Code the beginning of a legal capacity is connected with the birth of the child. It means that an unborn child has no legal personality. However, despite that fact, an analysis of the German literature as well as the legislation, and the court practice shows that the unborn child actually has the legal capacity.

Second, special attention is addressed to the dignity of the unborn life and its connection to the legal capacity. Under German Law, the dignity is closely connected with the legal capacity.

Third, German Embryo Protection Act is also analysed. This Act clearly indicates that the State provides protection to the unborn life, i.e. embryo.

Last but not least, the issue of the beginning of life is studied. It is suggested that the life begins from the moment of fertilization. The same moment could be considered as the beginning of both the legal protection of nasciturus and partial legal capacity.

**Keywords**: nasciturus, right to life, beginning of right to life, legal capacity, German Law.

**Введение.** Право на жизнь, которое гарантируется, как правило, всеми правопорядками, является естественным и неотчуждаемым правом каждого человека. Важным аспектом права на жизнь является определение момента его начала. Не вызывает сомнений, что с момента появления на свет ребёнок является субъектом прав. Однако, вопрос правового регулирования нерождённого ребенка является дискуссионным. В доктрине немецкого права существует множество мнений касательно защиты нерождённой жизни, в особенности, момента с которого нерождённая жизнь имеет право на защиту.

**Основные положения**

1. *Понятие и момент возникновения правоспособности*

В контексте начала человеческой жизни весьма дискуссионным является вопрос о защите нерождённой жизни. Необходимо отметить, что использование термина «ungeborenes Leben»[[1]](#footnote-1) (нерождённая жизнь) в немецком праве не случайно. Этот термин означает будущий ребенок, неродившийся ребенок, ребенок в утробе матери. Выбор термина «нерождённая жизнь» уже предрасполагает к тому, что жизнь начинается ещё до рождения, в отличие от правоспособности, которая согласно §1 Гражданского кодекса Германии[[2]](#footnote-2) (далее – BGB) возникает с момента завершения рождения [1].

Правоспособность выражает признание лица субъектом права и делает возможным его участие в правоотношениях с правами и обязанностями. Гражданский кодекс Германии не содержит понятие правоспособности. В доктрине немецкого гражданского права под правоспособностью понимают способность лица быть субъектом правовых отношений и отсюда приобретателем прав и адресатом правовых обязанностей [2, S. 100]. Следовательно, согласно господствующему мнению, правоспособность – это способность быть носителем прав и обязанностей [3, S. 77]. Правоспособен каждый, т.е. каждый является субъектом права. Иными словами, каждый способен быть адресатом правовых последствий, в особенности носителем прав [4, S. 48]. Несмотря на то, что правоспособность регулируется частным правом, она распространяется на все права и обязанности, как частноправового, так и публично-правового характера [2, S. 100].

Гражданский кодекс Германии, принятый в 1896 году, связывает начало правоспособности человека с окончанием рождения. За этим стоит соображение, что человек может жить независимо от матери как самостоятельный организм лишь с момента рождения. Согласно §1 BGB правоспособность человека возникает с момента окончания рождения. Как отмечается в доктрине немецкого гражданского права, это предполагает следующее:

* Полное отделение от утробы матери (перерезание пуповины не требуется) [3, S. 79].
* Жизнь, даже на один миг. Медицинская наука придает решающее значение началу дыхательной активности (так называемый тест легких) [3, S. 79]. Авторы комментария BGB также обращают внимание на то, что как доказательство достаточно установление достоверной жизненной функции [5, Rn. 16], это может быть также сердцебиение, пульсация пуповины и т.д. Причем одного из перечисленных признаков достаточно. Продолжение жизни не требуется.
* Рождение человека. Человеческий облик, в отличие от предыдущих правопорядков, не является требованием. Решающим является происхождение [3, S. 79].

Отмечают, что с точки зрения гражданского права рождение считается оконченным с момента естественного либо искусственного отделения ребёнка от утробы матери, а не сразу с момента начала выхода [6, §1, Rn. 1]. Подобное сравнение касательно момента окончания рождения не случайно, так как в немецком уголовном праве окончанием рождения как раз считается момент начала выхода ребёнка из организма матери.

Если ребёнок родился живым и прожил хотя бы миг, то, согласно BGB, он приобретает правоспособность, даже в том случае, если он немедленно умер. Это может иметь значение для вопросов, касающихся наследования. Жизнеспособность ребёнка при этом не требуется [7; 8, S. 2062 f.]**.**

1. *Содержание и объем правоспособности, правовое положение плода*

Объём правоспособности одинаков для всех людей с рождения в сфере частного права в рамках формального и материального равенства. В некоторых случаях у зачатых, но ещё нерождённых детей существует частичная правоспособность [5], также именуемая относительной [2, S. 102] либо ограниченной правоспособностью [9].

Только живой человек правоспособен. Ребёнок же в утробе матери (nasciturus) не рассматривается, как правоспособный [4, S. 48], так как §1 BGB не применяется к ребенку до рождения. Законодатель исходил из того, что полная правоспособность будущего ребёнка не могла быть принята, а ограничения правоспособности сложно сформулировать [10, §1, Rn. 26].

Исполнение этого принципа без исключения привело бы к несправедливым последствиям. Например, ребёнок, зачатый, но ещё нерождённый до открытия наследства, не наследовал бы. Поэтому, ещё римское право сохраняло часть наследства для nasciturus, поскольку считала nasciturus субъектом права, но только в случае его рождения (nasciturus pro iam nato habetur quities de commodies eius agitur)[[3]](#footnote-3). Также сегодня плод пользуется особенной защитой.

Ещё нерождённый, но уже зачатый ребёнок, не может выступать в правовом обороте как носитель всех прав и обязанностей, и, поэтому, не нуждается в правоспособности в полном объёме. Однако, уже зачатый ребёнок не может оставаться не защищённым с точки зрения права. Более того, вопрос о том, обладает ли сам будущий ребенок правоспособностью, менее решающий, нежели вопрос о том, пользуется ли он правовой защитой, потому что родители могут использовать эту защиту как свое собственное право, а не как представители ещё неродившегося ребенка. BGB в большинстве случаев перемещает правоспособность уже зачатого, но ещё нерожденного ребенка на момент зачатия, против принципа §1 BGB, однако устанавливает условие последующего живорождения [2, S. 102].

В частности, различают защиту nasciturus независимо от последующего рождения и защиту nasciturus в зависимости от последующего рождения.

а) Защита nasciturus независимо от позднего рождения.

В отдельных отношениях, во имя человеческого достоинства, необходимо предоставить эмбриону правовую защиту как будущему человеку, независимо от последующего живорождения и независимо от того находится эмбрион в утробе матери или вне ее. Это относится, в частности, к конституционно-правовой защите жизни и здоровья плода на основании ст. 2 абз. 2 Основного Закона Германии (далее – GG) и, в принципе, должно применяться к гражданско-правовой защите, вытекающей из этого, в той мере, насколько это касается требования воздержания от вмешательства и ущерба. Так как защита эмбриона не может быть осуществлена им самостоятельно, к этому, как правило, призваны родители. При этом целесообразно предоставить родителям их право на защиту nasciturus, а не действовать как представители ребенка, который возможно никогда не родиться живым.

b) Защита nasciturus в зависимости от последующего рождения живого ребенка.

В некоторых случаях, урегулированных BGB, нерожденный ребенок рассматривается как правоспособный. Однако приобретение права зависит от последующего рождения живого ребенка. Речь идет об обусловленной правоспособности, т.е. правоспособности, обусловленной последующим живорождением.

Интересы плода учитываются частным правом путем специальных положений. Некоторые права сохраняются за ним и возникают в случае последующего рождения. А до тех пор существует правовая связанность, которая становится полноценным правом, когда ребенок появляется на свет.

Если бы уже зачатый, но еще нерожденный ребенок был бы не правоспособным, то он не мог бы наследовать после своего отца, в случае если последний умрет до рождения ребенка, а ребенок потом родится живым. Так как §1923 абз. 1 BGB рассматривает только живых лиц, как способных наследовать. Вместо этого родители отца наряду с матерью позднее рожденного ребенка согласно §1925 и §1930 BGB отстраняли бы ребенка от наследства. Для того, чтобы избежать такого нежелательного результата, закон использует фикцию. Согласно §1923 абз. 2 BGB лицо, еще не родившееся на момент открытия наследства, однако уже зачатое, считается родившимся до открытия наследства. Это означает, что тогда наследство согласно §1923 абз. 2 BGB уже с момента открытия переходит к nasciturus, т.е. на тот момент еще нерожденному, но уже зачатому ребенку. А именно, nasciturus принадлежит наследование, субституция и завещательный отказ; они действительны, если потом он рождается как носитель права, как если бы он родился до открытия наследства (§§1923 абз. 2, 2108, 2178 BGB) [3, S. 81].

Подобным образом действуют и другие положения. Так, например, §§844 абз.2, 1615 абз. 1 BGB (для требований содержания), §2178 BGB (переход завещательного отказа), а также §331 абз. 2 BGB (договор в пользу третьего лица). Также nasciturus может быть включен в договор возмещения вреда в пользу третьих лиц. Однако условием всегда является то, что ребенок позднее родиться живым. Это также справедливо, так как мертворожденному ребенку не нужно ни содержание, ни наследство.

Аналогичным образом ребенку принадлежит право требования возмещения вреда в соответствии с §823 абз. 1 BGB, причиненного здоровью в пренатальный период. В этом контексте различают влияние на развивающийся плод после зачатия и вред, причиненный матери, который отразится на позднее зачатом ребенке [3, S. 81].

Немецкое право пошло даже дальше и подобные положения, относящиеся к нерожденному ребенку, лишь менее выраженные, распространяются на еще не зачатого человека (nondum conceptus) [10, §1, Rn. 40]. Это касается и права на наследство, и даже договора в пользу третьего лица [5, Rn. 46]. Принципиальным отличием в этом случае является то, что в отличии от зачатого, но еще нерожденного ребенка, в данном случае не существует субъекта права. Судебной практикой для таких случаев разработано понятие “фиктивного субъекта права” [11]. По сути, здесь речь должно быть идет о предварительных действиях последующей частичной правоспособности нерожденного и полной правоспособности рожденного человека [10, §1, Rn. 40]. Права уже четко сформулированы, однако их действие обусловлено последующим зачатием и живорождением.

1. *Правоспособность и человеческое достоинство*

В немецком праве правоспособность и человеческое достоинство тесно взаимосвязаны. Правоспособность человека – часть его достоинства [10, §1, Rn. 3]. Указывается, что конституционно-правовое местоположение первой нормы гражданского Кодекса - первая статья Основного Закона [10, §1, Rn. 3]. Поскольку основные права без правоспособного лица, как субъекта права, не имеют никакого смысла, то правоспособность лиц являются неотъемлемой частью отдельных основных прав [2, S. 100].

Каждый человек правоспособен, согласно основной идеи человеческого достоинства. Следовательно, §1 BGB справедливо определяет, что правоспособность начинается уже с рождения. Это касается каждого человека независимо от его качеств и способностей. Каждый человек в равной степени способен быть носителем прав и обязанностей [10, §1, Rn. 3-6], отсюда следует равенство правоспособностей. Таким образом, существует формальное равенство в том смысле, что все люди, как правило, могут иметь все возможные права и обязанности. Это не гарантирует, что человек действительно будет иметь эти права, но лишь предусматривает возможность их иметь. Будет ли он на самом деле их иметь, зависит от того, приобретет ли человек своими действиями эти права.

Результатом происхождения правоспособности физического лица от человеческого достоинства является к тому же материальное равенство, которое ограничивается теми правами, которые являются результатом человеческого достоинства каждого лица, и, поэтому, принадлежат каждому человеку с рождения и одинаково. К ним принадлежат, например, неприкосновенность жизни, здоровья и т.д. [2, S. 100].

1. *Право на достоинство у эмбриона и момент начала его защиты*

Сложным представляется вопрос о наличии права на достоинство у эмбриона. В доктрине немецкого права указывается, что человеческая жизнь начинается с момента слияния яйцеклетки и сперматозоидов [12, S. 20 ff.; 13] – с момента создания тотипотентной человеческой клетки, то есть такой клетки, которая имеет свойство преобразовываться в человека. Человеческая жизнь имеет достоинство уже с самого начала своего существования, а объективно-правовая обязанность государства - это его защита, что закреплено в ст. 2 абз. 2 и ст. 1 абз. 1 GG [13, S. 1057].

Период от зачатия до рождения ребенка требует защиты. В этом контексте возникают вопросы: при каких условиях и на какой стадии нерожденная человеческая жизнь приобретает способность быть субъектом индивидуальных прав. Федеральный Конституционный Суд Германии до этих пор оставлял эти важные вопросы открытыми [14]. В тоже время в немецкой правовой литературе дискутируются разные моменты, с которых эмбрион приобретает способность быть субъектом индивидуальных прав, а именно: слияние яйцеклетки и сперматозоида (конъюгация) [13, S. 1057], нидация, формирование отдельного живого организма [15, S. 517 ff.], начало функционирования головного мозга [16, S. 59], жизнеспособность вне организма матери, рождение [17, S. 180 ff.]. Учитывая медико-технический прогресс и возможности репродуктивной медицины могут быть рассмотрены даже более ранние этапы [18, S. 122 ff.].

Сегодня в науке не вызывает сомнений, что человеческая жизнь начинается со слияния яйцеклетки и сперматозоидов, индивидуальная человеческая жизнь начинается с нидации. Существуют две основные точки зрения касательно упомянутого аспекта. С одной стороны, считается, что до момента нидации благодаря тотипотентности оплодотворенной яйцеклетки могут образовываться множественные формы, и поэтому человеческого индивида еще не существует. Тем не менее, человеческая жизнь даже до нидации требует защиты. Необходимо различать объективно-правовую обязанность государства защищать предпосылки человеческой жизни и индивидуального субъекта основных прав. Признание основного права предусматривает определенные правоотношения, а поэтому и наличие индивидуально определенных участников или по крайней мере таких, которые могут быть определены. Важным критерием в этом аспекте представляется неизменная индивидуальность человеческой жизни.

Федеральный Конституционный Суд (далее – ФКС) Германии на основании ст. 1 абз.1 и ст. 2 абз. 2 GG определяет момент признания эмбриона как самостоятельного субъекта прав как такой, с которого он более не развивается в человека, а развивается как человек [19]. Насколько глубоко ФКС подходит к определению момента признания эмбриона субъектом основных прав, указывая именно момент, с которого эмбрион может развиваться как человек, а не период развития эмбриона в человека. Это предусматривает, что эмбрион имеет достаточный потенциал для развития в человека и его индивидуальность и сингулярность не вызывают сомнений.

С другой стороны, часть правовой литературы ориентируется все же на момент слияния ядер клеток [10, §1, Rn. 30]. Вместе с тем, в литературе обращается внимание на то, что различие между индивидуальной человеческой жизнью (после нидации) и человеческой жизнью до этого момента времени является искусственным в соответствии с целью части 2 статьи 2 предложения 1 GG [10, §1, Rn. 30]. В соответствии с этим многое говорит за то, чтобы действие защиты основных прав и, следовательно, частичная правоспособность начинались с момента слияния половых клеток [10, §1, Rn. 30].

Полагаем, что речь идет все же о субъекте права с частичной правоспособностью основных прав. Причем процесс его непрерывного биологического развития, в котором развивается существующий генетический материал, начинается с оплодотворения. Этот процесс заканчивается только смертью, поэтому какие-либо временные границы не могут быть установлены.

1. *Закон о защите эмбриона*

В контексте данной статьи необходимо упомянуть о Законе Германии о защите эмбрионов, который воплощает конституционно-правовые основы объективно-правовой обязанности защиты государством. Целью этого закона является гарантия защиты государства и соответственное отношение к человеческой жизни, которая находится на стадии возникновения и предупреждения неправомерного использования эмбрионов в какой-либо форме. § 8 Закона «О защите эмбрионов» содержит определение эмбриона, а именно, «эмбрионом признается оплодотворенная человеческая яйцеклетка, которая способна к развитию с момента слияния мужской и женской половых клеток»[[4]](#footnote-4).

1. *Сравнительный аспект*

В законодательстве Украины, так же, как и в законодательстве Республики Казахстан, четко не урегулирован вопрос правового положения нерожденной жизни. В ст. 15 Конституции Республики Казахстан[[5]](#footnote-5) указано, что каждый имеет право на жизнь, без указания момента, с которого начинает действовать это право. Казахстанские ученые утверждают, что Конституция связывает возникновение прав и свобод с фактом рождения и право на жизнь принадлежит только рожденному лицу [20, C. 7].

Что касается правоспособности, то ч. 2 ст. 13 Гражданского кодекса (далее – ГК) Республики Казахстан[[6]](#footnote-6) содержит положение, что правоспособность гражданина возникает в момент его рождения без каких либо оговорок. Однако, ст. 1044 ГК Республики Казахстан все же содержит положение, что наследниками по завещанию и закону могут быть граждане, находящиеся в живых в момент открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства.

Несмотря на то, что законодательство Республики Казахстан четко не предоставляет защиту и правосубъектность нерожденной жизни, в доктрине высказываются различные мнения по этому вопросу. Некоторые ученые утверждают, что право на жизнь возникает с момента рождения [21, С. 78]. Однако не все согласны с такой трактовкой законодательства. Например, Муканова М.Ж. полагает, что целесообразно говорить о необходимости охраны эмбриона как начала человеческой жизни, а не о признании его субъектом права [22, С. 74]. Ибраева А.С. и Утегенов Ч. К. полагают, что в соответствии с принципами естественного права необходимо признание человеческого статуса у эмбриона, и предлагают закрепить эту идею на конституционном уровне [20, С. 8]. Также высказываются мнения о предоставлении правоспособности нерожденному человеку [23, С. 95; 24].

Анализ ст. 21 Конституции Украины позволяет утверждать, что нерожденная жизнь также защищается Конституцией [25]. В статье 25 ГК Украины, которая посвящена гражданской правоспособности физического лица, содержится оговорка, что в случаях, установленных законом, охраняются интересы зачатого, но еще нерожденного ребенка. Подобная оговорка, конечно же, полностью не решает проблемы предоставления правоспособности нерожденному ребенку, но является весьма позитивным шагом вперед на пути решения этой проблемы.

В юридической литературе до сих пор существует две основные точки зрения по этому поводу: эмбрион – субъект права, эмбрион – объект права [26, С. 131; 27]. Не можем согласиться с последним мнением, в особенности, принимая во внимание немецкий подход, согласно которому нерожденная жизнь имеет достоинство.

**Заключение.** Подводя итоги, мы приходим к следующим выводам.

Во-первых, выбор термина нерожденная жизнь в немецком праве показывает, что жизнь начинается раньше, нежели правоспособность согласно BGB, т.е. на более раннем этапе, чем с рождения.

Во-вторых, в доктрине немецкого права присутствует идея, происхождения правоспособности физического лица от человеческого достоинства. Более того, в немецком праве носителем достоинства также является нерожденная жизнь.

В-третьих, установлено, что несмотря на то, что согласно BGB правоспособность начинается с момента окончания рождения, фактически немецкое гражданское право наделяет nasciturus частичной правоспособностью, использую при этом специальные положения либо фикцию. Необходимо также отметить, что со времени принятия BGB наука в этом вопросе продвинулась достаточно далеко. Именно поэтому, доктриной и судебной практикой находятся способы использования норм гражданского кодекса с учетом современных взглядов и достижений науки.

В-четвертых, принимая во внимание тот факт, что процесс непрерывного биологического развития человека, в котором развивается существующий генетический материал, начинается с оплодотворения и заканчивается только смертью, какие-либо временные границы не могут быть установлены. Полагаем, что речь можно вести все же о субъекте права с частичной правоспособностью основных прав с момента оплодотворения.

В-пятых, законодательство Украины и Республики Казахстан фактически не регулируют правовое положение нерожденного ребенка. Предлагаем, используя богатый опыт немецкого права в этом вопросе, пересматривать и усовершенствовать законодательство упомянутых стран. Для начала, необходимо четко законодательно предусмотреть правовую защиту нерожденной жизни, а также возможность предоставление nasciturus частичной правоспособности.

**ЛИТЕРАТУРА**

Di Fabio in: Maunz, Th/Dürig, G.(Begr.), Grundgesetz, Kommentar, 88. Aufl., C.H. Beck, München 2019, Art. 2 GG.

1. Larenz, K., Wolf, M., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2004.

Hübner, H., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York 1996.

1. Schwab, D., Löhnig, M., Einführung in das Zivilrecht. 18. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg München 2010.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch- BGB, Hrsg. H. Oetker; R. Rixecker; F. J. Säcker; Bandredaktion: F. J. Säcker, Verlag C.H. Beck, München 2018.

Johansen, K. H., Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, 12. Aufl., Band I. Walter de Gruyter, Berlin 1982.

Lorenz, S. Grundwissen Zivilrecht: Recht- und Geschäftsfähigkeit, JuS 2010, 11.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Gesamtredaktion A. Eser, 30. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2019.

### Enneccerus, L., Nipperdey, H. C., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Tübingen Siebeck 1952.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - BGG, Bamberger/Roth/Hau/Poseck 43. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2017.

RGZ 65, 277 [281].

Höfling, W., Reprogenetik und Verfassungsrecht, Schmidt, Köln 2001.

Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C.H. Beck 1988, Bd. III/1.

Bundesverfassungsgericht - BVerfGE 39, 1 (41).

Heun, W., Embryonenforschung und Verfassung – Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, JZ 2002.

Scholz, R., Instrumentale Beherrschung der Biotechnologie durch die Rechtsordnung, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hg.), 16. Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1986/1 (Biotechnologie und Recht).

Ehmke, Stellungnahme, in: Claus Arndt/Benno Erhard/Liselotte Funcke (Hg.), Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, 1979.

Röger, R., Verfassungsrechtliche Probleme medizinischer Einflussnahme auf das ungeborene menschliche Leben im Lichte des technischen Fortschritts, 2000.

Bundesverfassungsgericht - BVerfGE 88, 203 (251 f.).

Ибраева А.С., Утегенов Ч.К. Некоторые проблемы обеспечения права человека на жизнь: сравнительный анализ положений теории права и теории уголовного права // Вестник КазНУ. Серия юридическая. №4 (64), 2012. – С. 6-10.

Ибраева А.С. Теория государства и права. – Алматы: Жетi Жарғы, 2006. – 487 с.

1. Муканова М. Ж. Проблемы определения статуса эмбриона // Вестник Карагандинского университета. Серия «Право». № 1 (65), 2012. – С. 66-74.
2. Даутбаева-Мухтарова А.Е. Право на жизнь в казахстанском гражданском праве // Вестник КазНУ. Серия Юридическая №3 (67), 2013. – С. 92-98. URL: <https://bulletin-law.kaznu.kz/index.php/journal/article/view/1920/1884> (дата доступа: 03.03.2021).
3. Даутбаева-Мухтарова А.Е. Правовой статус эмбриона //Медицинское право: теория и практика. Том 3. №2 (6), 2017. - С. 44-53.

Шлоер Б., Кравченко К.В. Неповнолітні: конституційно-правові аспекти в німецькому та українському праві // Журнал східноєвропейського права № 80, 2020. – С. 21-32. URL: <http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2020/09/schloer_kravchenko_80.pdf> (дата доступа: 05.10.2020)

1. Дружинина Ю.Ф. Правовой режим эмбриона in vitro // Журнал российского права № 12, 2017. – С. 129-140.
2. Коренга Ю. Визначення правового статусу ембріона // Історико-правовий часопис. Актуальні проблеми цивілістики №2(8), 2016. – С. 99 – 102.

**REFERENCES**

Di Fabio in: Maunz, Th/Dürig, G.(Begr.), Grundgesetz, Kommentar, 88. Aufl., C.H. Beck, München 2019, Art. 2 GG.

1. Larenz, K., Wolf, M., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2004.

Hübner, H., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin New York 1996.

1. Schwab, D., Löhnig, M., Einführung in das Zivilrecht. 18. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg München 2010.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch- BGB, Hrsg. H. Oetker; R. Rixecker; F. J. Säcker; Bandredaktion: F. J. Säcker, Verlag C.H. Beck, München 2018.

Johansen, K. H., Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, 12. Aufl., Band I. Walter de Gruyter, Berlin 1982.

Lorenz, S. Grundwissen Zivilrecht: Recht- und Geschäftsfähigkeit, JuS 2010, 11.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, Gesamtredaktion A. Eser, 30. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2019.

### Enneccerus, L., Nipperdey, H. C., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Tübingen Siebeck 1952.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - BGG, Bamberger/Roth/Hau/Poseck 43. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2017.

RGZ 65, 277 [281].

Höfling, W., Reprogenetik und Verfassungsrecht, Schmidt, Köln 2001.

Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Verlag C.H. Beck 1988, Bd. III/1.

Bundesverfassungsgericht - BVerfGE 39, 1 (41).

Heun, W., Embryonenforschung und Verfassung – Lebensrecht und Menschenwürde des Embryos, JZ 2002.

Scholz, R., Instrumentale Beherrschung der Biotechnologie durch die Rechtsordnung, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hg.), 16. Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1986/1 (Biotechnologie und Recht).

Ehmke, Stellungnahme, in: Claus Arndt/Benno Erhard/Liselotte Funcke (Hg.), Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht, 1979.

Röger, R., Verfassungsrechtliche Probleme medizinischer Einflussnahme auf das ungeborene menschliche Leben im Lichte des technischen Fortschritts, 2000.

Bundesverfassungsgericht - BVerfGE 88, 203 (251 f.).

Ibraeva A.S., Utegenov CH.K. Nekotorye problemy obespecheniya prava cheloveka na zhizn': sravnitel'nyj analiz polozhenij teorii prava i teorii ugolovnogo prava. // Vestnik KazNU. Seriya yuridicheskaya. №4 (64), 2012. – S. 6-10.

Ibraeva A.S. Teoriya gosudarstva i prava. – Almaty: ZHeti ZHarғy, 2006. – 487 s.

Mukanova M. ZH. Problemy opredeleniya statusa embriona // Vestnik Karagandinskogo universiteta. Seriya «Pravo». № 1 (65), 2012. – S. 66-74.

1. Dautbaeva-Mukhtarova A.E. Pravo na zhizn' v kazahstanskom grazhdanskom prave // Vestnik KazNU. Seriya YUridicheskaya №3 (67), 2013. – S. 92-98. URL: <https://bulletin-law.kaznu.kz/index.php/journal/article/view/1920/1884> (data dostupa: 03.03.2021).
2. Dautbaeva-Muhtarova A.E. Pravovoj status embriona // Medicinskoe pravo: teoriya i praktika. Tom 3. №2 (6), 2017. - S. 44-53.

B. Schloer, K.V. Kravchenko. Minors: Constitutional Law Aspects in German and Ukrainian Law. // Journal of Eastern European Law № 80, 2020. – С. 21-32. URL: <http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2020/09/schloer_kravchenko_80.pdf> (access date: 05.10.2020)

1. Druzhinina Ju.F. Pravovoj rezhim jembriona in vitro // Zhurnal rossijskogo prava № 12, 2017. – S. 129-140.
2. Korenga Yu. V. Determination of Legal Status of Embryo // History and Law Chasopis №2 (8), 2016 – С. 99 – 102.
1. В немецком конституционном праве преимущественно используется термин нерожденная жизнь, а в гражданском праве – нерожденный ребёнок. Также используются термины плод, эмбрион, nasciturus, которые в рамках данной статьи рассматриваются синонимично. [↑](#footnote-ref-1)
2. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 18.08.1896. Neugefasst durch Bek. v. 2.1.2002 I 42, 2909; 2003, 738, zuletzt geändert durch Art.7 G v. 12.7.2018 I 54. [↑](#footnote-ref-2)
3. Digesten 50, 16, 231. [↑](#footnote-ref-3)
4. Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz -ESchG) vom 13. Dezember 1990, BGBl. I S. 2746, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011, BGBl. I S. 2228. [↑](#footnote-ref-4)
5. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 года // URL: <https://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution> (дата доступа: 03.03.2021). [↑](#footnote-ref-5)
6. Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года № 268-XIII. // URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000_> (дата доступа: 03.03.2021). [↑](#footnote-ref-6)