

УДК 343.6

ББК 67.408.1

## Уголовно-правовая охрана плода человека: de jure и de facto

*И.Я. Козаченко*

Уральский государственный юридический университет (Екатеринбург, Россия)

## Criminal Law Protection of the Human Fetus: de jure and de facto

*I.Ya. Kozachenko*

Ural State Law University (Ekaterinburg, Russia)

Исследуется проблема определения момента начала жизни человека и включения механизма для ее охраны мерами уголовно-правового воздействия. Анализируются нормы законодательства о здравоохранении, определяющие момент начала жизни человека. Рассматриваются проблемные вопросы квалификации искусственного прерывания беременности. Как и у всего на этом свете, у жизни есть ее начало и есть ее конец. Специалисты многих научных воззрений и особенно специалисты уголовно-правовой сферы много творческих сил и времени отдают научной полемике о начале начала жизни человека и об установлении факта, свидетельствующего о наступлении его смерти. Обусловлено это тем, что действующий Уголовный кодекс Российской Федерации содержит уголовную ответственность за преступления, посягающие на жизнь другого человека. Поддержана позиция о том, что изгнание плода из чрева матери есть убийство плода. И потому уголовный закон de facto и de jure должен охранять жизнь плода с момента его зачатия и до его смерти. Констатирован факт, что между de facto и de jure нет согласия.

**Ключевые слова:** плод, аборт, искусственный аборт, незаконный аборт, эмбрион.

DOI 10.14258/izvasu(2018)3-13

Преступное лишение жизни другого человека, как между Сциллой и Харибдой, зажато между жизнью и смертью, между светом и тьмой, между радостью и горем, между блаженством и скорбью. Смерть одного человека всегда невосполнимое горе для других, и в первую очередь для близких и родственников умершего либо умерщвленного. И тем более трудно объяснить и даже понять истинные причины не только одиночного, но и группового ухода из жизни юных существ, для которых, казалось бы, в будущем доступно все для блаженства души и физического процветания.

This article examines the problem of determining the moment of the beginning of human life and the inclusion of a mechanism for its protection by measures of criminal law. The article analyzes the norms of the legislation on health care, which determine the moment of the beginning of a person's life. Consideration is given to the problem questions of qualification of artificial termination of pregnancy. Like everything in this world, life has its beginning and its end. Specialists of many scientific views and especially specialists of the criminal law sphere give a lot of creative effort and time to the scientific debate about the beginning of human life and about the establishment of the fact, indicating the occurrence of his death. This is due to the fact that the current Criminal Code of the Russian Federation (hereinafter - the criminal code) contains criminal liability for crimes that infringe on the life of another person. Support is given to the position that the expulsion of the fetus from the womb of the mother is the murder of the fetus. Therefore, the criminal law de facto and de jure must protect the life of the fetus from the moment of its conception until its death. It is stated that there is no agreement between de facto and de jure.

**Key words:** fetus, abortion, induced abortion, illegal abortion, embryo.

Однако фактически многие из тех, кто уже никогда не вернется в мир живых, ушли из жизни добровольно, хотя и не без вмешательства соответствующих обстоятельств извне. Парадокс как раз заключается в том, что добровольность, о которой я веду речь, далеко не добровольна. У многих из них перед трагическим жизненным финалом наблюдался психологический надлом и душевный дискомфорт. К подобного рода суицидальной вспышке мы оказались не готовыми, и именно поэтому спонтанно возникающие решения официальных институтов оказываются малопродуктивными и слабоэффектив-

ными. Разовые уголовно-правовые инъекции бес- сильны в своей основе и заранее обречены на про- вал. Обречены именно потому, что законодатель, поступая из благих намерений, ввел в УК РФ не- сколько новелл суицидального характера, т.е. вос- принимает возникшую проблему как факт, хотя и существенный. На мой же взгляд, явление суи- цидального ухода подростков носит системный ха- рактер, и рассматривать вопросы, касающиеся дан- ной проблемы, нужно системно, а потому отступить нужно относительно далеко за пределы уголовно- правовых отношений, чтобы можно было охватить не только социально-правовые результаты (неред- ко печально-трагические), но и причинный комп- лекс, без вскрытия которого невозможно выстраи- вать упредительные редуты на пути того или иного блока криминальных явлений. В этой связи в сво- их творческих рассуждениях целесообразно обна- ружить то самое главное звено, потянув за кото- рое, можно привести в движение всю цепь событий и фактов, которые неизбежно должны привести ис- следователя к намеченной цели.

В нашем случае это касается проблемы началь- но этапа того, что принято называть живой плотью. Жизнь всегда воспринималась важнейшим, есте- ственным, нематериальным, прирожденным, неот- чуждаемым благом человека [1, с. 13]. Опирируя та- кими категориями, как способ бытия, смысл жизни, качество жизни и т.д., представители разных наук во все времена проявляли повышенный интерес к ос- мыслению понятия жизни, ее сущности, условиям ее зарождения, формам проявления. Некоторые из на- правлений исследований этого уникального явле- ния имеют самое непосредственное отношение к за- дачам уголовно-правовой охраны жизненной плоти (жизненного плода), жизни человека, решение кото- рых требует конкретных ответов на многие вопро- сы, в том числе на вопрос о том, с какого момента жизнь должна быть поставлена под уголовно-право- вую охрану: с той или иной стадии внутриутробного развития, начала процесса рождения или с момента самостоятельного внеутробного существования жи- ворожденного ребенка.

После принятия Конституции РФ 1993 г., провоз- гласившей в п. 2 ст. 17, что основные права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, многие исследователи утвердились в выводе, согласно кото- рому жизнь человека должна защищаться с момен- та начала рождения, понимая, как правило, под этим началом прорезывание головки ребенка, выходяще- го из утробы матери. Для подавляющего большин- ства ученых и правоприменительной практики это заключение представляется единственно правиль- ным. Отдавая предпочтение предложенной версии определения момента начала жизни человека, имеет смысл высказать свои суждения, в том числе и кри-

тические. Императивность конституционного от- вета на данный вопрос не есть истина в последней инстанции. Кстати, она (конституция) сама являет- ся плодом творения многих поколений россиян, ко- торые шли к озвученному выводу тернистым путем.

По сути данного вопроса имеет смысл заметить, что разумное человечество и до сих пор прилага- ет немало усилий, чтобы найти идеальный (прием- лемый) вариант ответа на, казалось бы, нехитрый, но скрытый от единодушного признания ответ: с ка- кого же момента человек начинает жить? И хотя это разумное человечество не уподобляется древним схоластам, безуспешно старавшимся найти, в част- ности, ответы на вопросы типа: добавление какого по счету зерна дает понятие «куча» и выпадение ка- кого по счету волоса дает понятие «лысына», оно (это человечество) на свои вопросы приемлемого для всех ответа также еще не получило. Вряд ли найдется на свете мудрец (правда, кроме самого Творца всего им сотворенного), который может ответить на во- прос: с какого мгновения зародившийся человече- ский плод обретает то, что мы называем жизнью, и утрата каких психофизиологических свойств сви- детельствует о прекращении его жизни? Однако бес- спорным является то, что все допустимые средства, в том числе и уголовно-правовые, должны способ- ствовать тому, чтобы все живущее и зарождающееся (что относится в первую очередь к человеку) полу- чило свое полное, относительно автономное и безо- пасное развитие и, естественно, уголовно-правовую охрану. В этой связи можно констатировать, что уго- ловное законодательство Российской Федерации, уверовав в свое всеислие и бросая взор не только в глубину ушедших навсегда веков, но и в неведомое будущее, по мере возможного пытается охранить че- ловека и даже то, что может стать таковым, в част- ности человеческий плод.

Последуем же за логикой отечественного (и не только) законодателя. Самым первым суще- ством, зарождающимся на грани перехода от несущ- ествующего и к нечто существующему, законода- тель (и не только) называет плод человека [2, с. 17]. Именно о нем, этом загадочном для уголовного закона существе, речь идет в интересующем нас аспекте прежде всего при анализе содержания ис- кусственного изгнания плода человека из чрева ма- тери, т.е. при проведении незаконного прерывания беременности.

Аксиоматично, что нарушение требований правового аспекта производства аборт (только в 2013 г. УК РФ отказался от термина «аборт») неиз- бежно влечет за собой принятие репрессивных мер со стороны государства. В советском уголовном пра- ве с первых же дней Октябрьской революции нака- зуемость за аборт фактически была уничтожена. Так, постановлением Декрета СНК России от 18 ноября

1920 г. наказуемость аборта как «пережитка прошлого», да еще при наличии тяжелого экономического положения страны, что не способствовало высокому росту рождаемости, была отменена. Это постановление исходило из того, что законодательная борьба с абортом не приводит к положительным результатам и только загоняет эту операцию в подполье, где ее делают корыстные и часто невежественные абортисты, которые из тайной операции создали промысел, в результате чего большое количество женщин заболевает от заражения крови и многие из них умирают [3 с. 12].

Два соображения по поводу подобного отношения официальной власти применительно к аборту вообще и человеческому плоду в частности. Первое заключается в том, что уголовно-правовая забота о плоде человеческого была подчинена решению задач демографического характера. И это следует признать позитивным (а потому и правильным). Второе соображение нравственного плана наводит на мысль, что человеческий плод рассматривался как придаток женщины-матери, и потому любые манипуляции с ним абортивного характера приравнивались к хирургической операции, как, например, удаление кожного нарыва. Человеческий плод неотривен от материнского ложа, органически включен в организм беременной женщины, и потому аборты влекут за собой как непосредственно после операции, так и в дальнейшем, особенно при их многократном применении, тяжелые последствия для женщины, в том числе полную потерю способности иметь детей [4, с. 32]. Аборт, состоящий в искусственном прерывании беременности, причиняет вред прежде всего здоровью женщины и поэтому вполне объяснимо относится к группе преступлений против здоровья. Казалось бы, все очевидно. Очевидно, да не совсем. Вопрос о том, какие же интересы охраняет законодатель, запрещая аборт и карая за него, остается и сегодня открытым, то есть без ответа.

В разные эпохи и в разном законодательстве аборт рассматривался как преступление, направленное против всевозможных объектов, в том числе как преступление, направленное против охраняемых государством интересов (как в нашем контексте, рост народонаселения и др.). Одно из наиболее распространенных мнений об охраняемом объекте при аборте состоит в том, что таковым является плод, жизнь будущего человека [5, с. 132]. Ряд авторов придерживается мнения, что аборт имеет два объекта — здоровье беременной женщины и сам плод.

Еще в начале XIX в. известный философ Л. Фейербах писал: «Эмбрион также человек, и если государство не обязано его защищать, то оно все

же вправе в нем защищать будущего гражданина». Подобное мнение бытует и в наше время. Так, по словам И. Барча, неродившийся ребенок обладает способностью достаточно многоаспектно воспринимать окружающий будущую роженицу мир [6, с. 13]. Существовали и иные точки зрения в отношении объекта уголовно-правовой охраны. Считалось, например, что им является не плод, не отдельные лица, а общество, и что преступление направлено против роста народонаселения. Очевидно, что большая доля правды в этом тезисе имеет место. При наличии воли высшего «ареопага» человечества названные цели вполне достижимы. Естественно, что с позиции нравственного выбора приоритетов на первое место нужно выдвигать заботу (и, конечно же, охрану) о здоровье нынешнего и последующих поколений, не забывая о том, что только здоровое поколение может обеспечивать рост народонаселения. Конечно, решение названных задач должно сопровождаться заботой в равной степени об охране здоровья и жизни отдельной женщины и каждого отдельного человеческого плода.

С учетом социальной тревоги, нравственной напряженности, вызываемых ростом установленной общественной опасности абортов, уже первый советский Уголовный кодекс РСФСР 1922 г. восстановил уголовную ответственность за незаконное производство аборта. В частности запрещалось производство абортов как в больницах и специальных лечебных заведениях, так и на дому у врачей и на квартирах беременных. Аборт допускался только в тех случаях, когда продолжение беременности представляло угрозу жизни или могло повлечь серьезный ущерб здоровью беременной женщины, а также при наличии передающихся по наследству тяжелых заболеваний родителей и только в обстановке больниц и родильных домов. Одновременно устанавливалась уголовная ответственность не только для третьих лиц, производящих аборт, но и для самой беременной женщины.

Уголовный кодекс РСФСР 1922 г. разграничивал понятия «изгнание плода» и «искусственное прерывание беременности». Думается, что законодатель рассматривал эти понятия как близкие, но не тождественные категории. Действительно, данные понятия близки, но не тождественны. Наличие соединительного союза «и» между первым и вторым понятиями свидетельствуют о том, что оба указанные в законе явления должны были иметь место одновременно. Почему они близки — у них одна и та же цель: произвести аборт, как своеобразную манипуляцию с плодом для прерывания беременности женщины. Нетождественные данные понятия потому, что у них различные функции. «Изгнание плода» функционально сориентировано на результат, окончательное действие — изъятие плода из утробы бере-

менной женщины. В то время как «искусственное прерывание беременности» — это насильственное действие, направленное на прерывание беременности, которое происходит одновременно и автоматически с изъятием плода из чрева беременной женщины. Насилие при аборте — это неоправданная и необъяснимая жестокость, проявленная по отношению к плоду в первую очередь со стороны беременной женщины, предательски лишив его навсегда так нужной ему жизнеутверждающей защиты.

Весь заряд кары УК РСФСР 1922 г. (как равно и последующие УК), особо не утруждая себя заботой о плоде человека, сосредоточил свое внимание на дифференциации уголовной ответственности, либо непрофессионализме исполнителей незаконного аборта, либо на проведении аборта в ненадлежащих условиях. С принятием данного кодекса была перевернута страница истории, на которой еще находилось место для оптимистической большевистской риторики. Вот как объяснялось отсутствие уголовного преследования за незаконное производство аборт: «Народные Комиссариаты Юстиции и Здравоохранения, охраняя здоровье женщины и интересы расы от невежественных и корыстных хищников и считая метод репрессий в этой области абсолютно не достигающим цели, постановляют: 1) допускается бесплатное производство операции по искусственному прерыванию беременности в обстановке советских больниц, где обеспечивается ее максимальная безвредность; 2) абсолютно запрещается производство этой операции кому бы то ни было, кроме врача; 3) виновные в производстве этой операции акушерка или бабка лишаются практики и предаются Народному суду» [7, с. 3].

Сущность преступления, указанного в ст. 140 УК РСФСР 1926 г., заключалась в совершении действий, посредством которых прекращалось нормальное течение беременности и становилось невозможным дальнейшее созревание плода, находящегося в утробе матери. Уголовная ответственность по ст. 140 УК РСФСР 1926 г. наступала независимо от способа изгнания плода и от того, насколько плод успел созреть. Важно, чтобы удаление вполне созревшего плода произведено было до его рождения. Если же лишился жизни уже родившийся ребенок, хотя бы лишение жизни происходило тотчас же по выходе ребенка из утробы матери, то налицо было убийство, влекущее за собой меры социальной защиты по ст. 136 УК РСФСР 1926 г. Вопрос о том, можно ли было считать ребенка уже родившимся, разрешал суд в каждом отдельном случае на основании всех обстоятельств дела и на основании заключения врачей-экспертов. Можно сказать, что УК РСФСР 1926 г. в вопросе защиты интересов беззащитного живого существа, в нашей трактовке плода чело-

века, мало чем отличался своим равнодушием и невниманием от УК РСФСР 1922 г. В этом ничего нет позитивного. Однако в том, что УК РСФСР установил уголовную ответственность за изгнание плода, мы видим большой позитивный шаг на пути создания уголовно-правового механизма защиты плода человека, который находится в условиях внутриутробного развития и существования. Думается, что освобождение от уголовной ответственности лица, искусственно прервавшего свою собственную беременность или изгнавшего свой плод, — позитивный шаг, обращенный к гуманности относительно женщины, совершившей самостоятельно прерывание беременности. По большому счету плоду, находящемуся в утробе своей матери, безразлично, кто и как его изгоняет из природного ложа. Трагизм ситуации заключается в том, что его с этого ложа насильственно выдворяют, обрекая на гибель [8, с. 67].

Как говорят в народе, с паршивой овцы хоть шерсти клок, по случаю того, что имеет место хоть какой-либо знак внимания относительно судьбы плода человека. Народный комиссариат здравоохранения РСФСР разъяснял в качестве руководства к действию, что производство искусственного выкидыша по истечении трех месяцев беременности при отсутствии опасных для жизни показаний (острое воспаление почек, порок сердца, острое кровотечение беременных, острая атрофия печени и т. д.) недопустим. Одним словом, аборт как исключение мог быть разрешен лишь в трех случаях: а) когда продолжение беременности представляло угрозу жизни беременной женщины (заодно и плоду); б) когда продолжение беременности грозило тяжелым ущербом здоровью беременной женщины; в) при наличии передающихся по наследству тяжелых заболеваний родителей. Первое из перечисленных условий специальных разъяснений не требует: всякая угроза жизни беременной женщины достаточна для разрешения аборта. Второе условие имело в виду случаи разрешения аборта, когда продолжение беременности может грозить тяжелым ущербом здоровью женщины, например в случаях сужения таза, туберкулеза и других болезней. Наконец, третье условие, допускающее производство аборта, — наличие таких заболеваний, как идиотизм, эпилепсия, прогрессирующий паралич, наследственная глухонмота и т. п.

Наторенной дорожкой по пути решения вопроса относительно установления уголовной ответственности за незаконное производство аборта пошел и УК РСФСР 1960 г. Важно отметить, что уголовный кодекс под страхом наказания запретил незаконное производство аборта при наличии противопоказаний для аборта или с нарушением сроков, установленных в законе. Рассматриваемое преступление признавалось оконченным с момента плодизгнания. Аналогичным образом обозначил свое от-

ношение к уголовно-правовой судьбе плода УК РФ 1996 г. Однако Федеральным законом РФ от 25 ноября 2013 г. № 317-ФЗ словосочетание «незаконное производство аборта» было заменено на «незаконное проведение искусственного прерывания беременности». Нам данный шаг отечественного законодателя напомнил переложение четкой и доходчивой народной поговорки: «Чем дальше в лес, тем больше дров», в переводе на современный казуистичный язык: «Чем дальше в лесные массивы, тем больше топливных ресурсов». Ознакомление с содержанием прежней редакции и нынешней, действующей, позволяет заключить, что незаконное производство аборта по своей сути было этимологически и содержательно ближе к смысловой модели анализируемого состава преступления, нежели «незаконное проведение искусственного прерывания беременности». Обосновать это можно следующими аргументами. Во-первых, искусственное прерывание беременности есть не что иное, как результат. Результат чего? Результат умерщвления плода, т.е. результат действия — незаконного производства аборта. Во-вторых, конструктивно то, что ранее трактовалось как незаконное производство аборта, есть суть деяния, тогда как искусственное прерывание беременности есть суть результата.

Вопрос о том, что представляет собой действие, наказуемое при аборте, решается по-разному. Те авторы и те законодатели, которые полагают и полагают, что объектом аборта является жизнь плода, естественно, действие при аборте рассматривают как убийство. Казалось бы, все ясно, изгоняется плод, хотя все же правильней говорить — убивается плод. Ведь если нечто есть плод, то в нем уже теплится жизнь. Очевидно, в немалой степени и поэтому действующий УК РФ предусматривает уголовную ответственность за незаконное производство аборта (ст. 123). Правда, уголовная ответственность установлена за производство аборта лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля (хотя так было не всегда) [9, с. 7]. Казалось бы, надо и этому порыву законодателя радоваться, ведь он защищает плод, да еще как, с помощью уголовно-правовой репрессии. Звучит сурово, но это только звучит. Фактически указанное преступление влечет уголовное наказание в виде штрафа в размере до 80 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до шести месяцев, либо обязательных работ на срок от 100 до 240 часов, либо исправительных работ на срок до двух лет. Согласно ч. 2 ст. 15 УК РФ — это преступление подпадает под признаки преступления небольшой тяжести. Если же изгнание плода повлечет по неосторожности смерть потерпевшей либо причинение тяжкого вреда ее здоровью, то это преступление переходит в разряд средней тяжести

и соответственно за него предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет с возможным лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без применения данного дополнительного наказания.

Попытаемся разобраться в логике законодателя. В ч. 1 ст. 123 УК РФ речь идет об уголовной ответственности виновного за незаконное изгнание плода из чрева матери. Состояние здоровья матери, ее возраст и другие ее показатели на уголовную ответственность никакого влияния не оказывают. За отдельными исключениями и возраст плода нейтрален в решении вопроса относительно уголовной ответственности виновного.

В древности, в частности в греческом законодательстве, плод считался частью тела матери [10, с. 92]. Данная точка зрения сегодня является не единственной, но преобладающей. Именно поэтому, если аборт будет осуществлен без согласия беременной матери (если она находится в психической норме), содеянное подлежит наказанию по ст. 111 УК РФ, как за причинение потерпевшей тяжкого вреда здоровью. Справедливости ради следует заметить, что, по мнению подавляющего большинства авторов, объектом преступления при незаконном производстве аборта признается жизнь или здоровье потерпевшей. Обосновывается данное положение тем, что, поскольку современное отечественное законодательство допускает проведение операции по искусственному прерыванию беременности по просьбе или с согласия женщины, то объектом данного преступления принято считать жизнь и здоровье не плода, а женщины (иногда в юридической литературе объектом обозначается только здоровье женщины).

Мы, как и многие авторы, придерживаемся мнения о том, что изгнание плода из чрева матери есть убийство плода. И потому уголовный закон de facto и de jure должен охранять жизнь плода с момента его зачатия и до его смерти. Пока же можно констатировать, что между de facto и de jure нет согласия.

В этой связи было бы обоснованным название и содержание ст. 123 УК РФ изложить в следующей редакции:

**«Статья 123. Убийство плода человека**

1. Умышленное лишение жизни плода человека, — наказывается штрафом в размере до восьмидесяти тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода, осужденного за период до шести месяцев, либо обязательными работами на срок от ста до двухсот сорока часов, либо исправительными работами на срок до двух лет.

2. То же деяние, если оно повлекло по неосторожности смерть потерпевшей либо причинение тяжкого вреда ее здоровью, — наказывается лишением

ем свободы на срок до пяти лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.»

В доктрине уголовного права и практике применения уголовного закона помимо своеобразия уго-

ловно-правовой судьбы плода человека не менее сложной является проблема защиты уголовно-правовыми средствами такой возрастной категории, как новорожденный. Однако речь об этом будет идти в следующей статье.

### Библиографический список

1. Бояров С. Проблемы определения начала жизни человека в уголовном праве // Уголовное право. — 2004. — № 4.
2. Головистикова А.Н. Конституционно-правовая охрана жизни человека в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004.
3. Козаченко И.Я. Энциклопедический словарь уголовно-правовых моделей (Криминальное соло буквы «А»). — Екатеринбург, 2014.
4. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В.И. Радченко; науч. ред. А.С. Михлин. 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2004.
5. Минаева М.М. Уголовно-правовая охрана жизни ребенка до и после рождения по законодательству России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2012.
6. Барч И. 10 тайн неродившегося ребенка // Скандалы. — 1993. — № 24.
7. Венгеров. Наказуемость искусственного аборта по УК // Пролетарский Суд. — 1923. — № 2.
8. Тасаков С., Шумилов А. Искусственное прерывание беременности (аборт). Уголовно-правовые аспекты // Уголовное право. — 2004. — № 2.
9. Волкова Т. Правовая защита права на жизнь новорожденного // Законность. — 2004. — № 4.
10. Беседкина Н.В. Защита прав неродившегося ребенка (конституционный и семейно-правовой аспект). — М., — 2007.