

ПЕРЕКЛАДИ

УДК 347.121.1; 341.231.14

ПРАВО НА ЖИТТЯ ТА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ЗАЧАТОЇ, АЛЕ НЕНАРОДЖЕНОЇ ДИТИНИ («NASCITURUS»)¹

Б. М. Зупанчич

Суддя Європейського суду з прав людини (1998-2016)

Любляна (Словенія)

e-mail: btmz9453@gmail.com

Переклад з англійської:

К. Шуневич

аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики,

Львівський національний університет імені Івана Франка

e-mail: Katja.shunevich@gmail.com

Науковий редактор:

Н. Стецик

доцент кафедри теорії та філософії права,

Львівський національний університет імені Івана Франка,

e-mail: nazariy.stetsyk@lnu.edu.ua

DOI: <http://dx.doi.org/10.30970/vla.2019.69.207>

20.1. Вступ. Розпочнемо з поверхневого огляду правового та історичного розвитку питання про аборти. У стародавніх джерелах можемо знайти відомості, що впродовж більш ніж трьох тисячоліть санкції за добровільне чи примусове припинення вагітності варіювалися від ідеї покарання у вигляді таліону («око за око» тощо) до грошової компенсації за спричинення смерті ембріону або плоду. Лише з приходом Платона та Аристотеля почали розмежовувати поняття «Несформованої» (ембріону) та «сформованої» дитини (плоду) в утробі. Пізніше у працях отців середньовічної церкви критерієм розмежування виступало так зване «вливання душі» між ембріоном, у якого душа ще не «влилася», та плодом, вчинення аборту щодо якого врешті засуджували. На додаток, Гіппократ засуджував проведення абортів на будь-якій стадії вагітності.

Канонічне право, встановлене Гратіанусом, починаючи з часів Папи Сікста V, який визнав аборти вбивством, засуджувало проведення останніх. Лише Папа Григорій XIV скасував такий підхід, вважаючи останній неналежним.

У другій половині XX століття, в 1950-х роках у комуністичних штатах США з'явилася велика кількість законів, які уможливлювали проведення абортів. На підставі такого законодавчого масиву Верховний Суд США розглядав такі справи,

¹ Переклад Розділу 20 «The Right to Life and the Legal Subjectivity of the Nasciturus» з книги Bostjan M. Zupančič. On the European Court of Human Rights. An Insider's Retrospective (1998–2016). Eleven International Publishing. 2019. 344 P. URL: <https://www.boomdenhaag.nl/webshop/on-the-european-court-of-human-rights>

як «Roe v. Wade»¹ (1973) [10] та французьки Loi Veil у 1974 році. Завдяки цим законам було проведено мільйони абортів у Європі та Америці; за деякими даними, щонайменше 20 % поколінь були перервані. Цей факт постає одним із чинників, що спричинили сьогодні демографічну кризу в Європі. Завдяки лібералізації абортів у США розвинулася справжня індустрія абортів.

Однак правосуб'єктність ненародженої дитини є суто юридичним питанням. Повертаючись до римського права та регулюванню завдяки останньому статусу «*nasciturus*», можна побачити, що за римським правом правосуб'єктністю наділялася дитина, яка перебувала в утробі матері. Проте вже в грецьких та пізніших середньовічних джерелах питання правосуб'єктності «*nasciturus*» перестали розглядати в такому контексті.

Сучасна феміністична ідеологія вирішує це питання винятково з погляду права жінки «на її тіло», повністю ігноруючи існування тіла плоду, не кажучи вже про правосуб'єктність плоду.

Рада ООН з прав людини сьогодні перебуває в процесі прийняття проекту пропозиції Івала Шані щодо повної лібералізації абортів незалежно від строку вагітності. Однак абсурдно стверджувати, що дитина набуває свою правосуб'єктність лише, якщо вона пройде через етап народження, оскільки такий підхід веде до легалізації вбивства дитини в останні години до народження та суперечить чинним міжнародним інструментам, зокрема Американській конвенції з прав людини. Цей підхід також є несумісним з позицією Європейського суду з прав людини: незважаючи на те, що ЄСПЛ успішно уникає відповіді на питання, що стосуються абортів, все ж згідно з позицією Суду, як і Верховного Суду США, захист прав ненародженої дитини в 47 державах – членах Ради Європи є легітимною метою.

Зрештою, головним моментом, на якому ми акцентуємо увагу, є нелогічність надання правосуб'єктності неживому тілу Вінсета Ламберта у 2015 році при відмові у визнанні тої ж правосуб'єктності «сформованого плоду» з багатьма зароджуваними неврологічними здатностями до повноцінного функціонування, до прикладу, на дванадцятому тижні його життя в утробі.

20.2. Історія абарту. Закони Хаммурапі (1772–1771 рр. до н. е.). У Законах Хаммурапі містяться шість положень, які мають стосунок до питання абортів:

- Якщо чоловік вдарить вільнонароджену жінку з метою, аби вона втратила свою ненароджену дитину, він заплатить десять шекелів за таку втрату.
- Якщо така жінка помирає, його дочка повинна загинути також.
- Якщо вільна жінка через удар втратить дитину, він заплатить п'ять шекелів.
- Якщо ця жінка помре, він повинен заплатити пів міни.
- Якщо чоловік ударить служницю, внаслідок чого вона втратить дитину, він повинен заплатити два шекелі.
- Якщо внаслідок завданого удару ця служниця помре, він повинен заплатити третину міни.

Закони Хаммурапі, за винятком далекосхідних джерел права, є найдавнішим серед відомих законом і представляє собою кодифікацію 282 казуїстичних положень, що написані переписувачами на 12 таблицях. На відміну від інших давніх законів, останні були написані акадською, щоденною мовою Вавилону, і тому їх могла прочитати будь-яка грамотна людина в місті. Необхідний рівень абстракції, який очікується при системному розгляді юридичних питань, напрочуд високий, але положення про аборт не є логічно послідовними.

¹ «Roe v. Wade», 410 US 113 (1973).

Застосування принципу таліону у більшості випадків є непослідовним: так, за вчинення абортів шляхом удару жінки застосовують покарання у вигляді штрафу, тоді, як за удар вагітної жінки, що спричинив смерть такої жінки, застосовували покарання у вигляді смерті дочки кривдника. Припускаємо, що ст. 211 стосується нанесення удару через недбалість, де як покарання знову визначається матеріальна шкода

В *Ассирійському кодексі Асури (приблизно 1075 р. до н. е.)* містяться три положення:

Якщо чоловік вдарить дружину іншого чоловіка на першому етапі вагітності і це спричинить викидень, – це вважається злочином. Він повинен заплатити два таланти свинцю.

Якщо чоловік вдарить блудницю і це спричинить викидень, передбачається покарання у вигляді удару за удар. Таким способом він зробить реституцію на все життя.

При цьому передбачалася смертна кара за добровільний аборт:

Якщо жінка за власним бажанням зробить аборт, її переслідуватимуть, а згодом засудять до розп'яття без поховання. Якщо вона загине при виконанні цього абортів, то підлягатиме розп'яттю без поховання.

Тут покарання за добровільний аборт самою жінкою карається смертю шляхом розп'яття. Крім того, її труп осквернений тим, що його не поховують.

П'ятикнижжя згідно з Талмудом (Старим Заповітом). Вихід, V століття до н. е., під впливом вавилонського заслання, 21: 22–2. Коли чоловіки б'ються і один із них штовхне вагітну жінку, внаслідок чого станеться викидень, але жодної іншої шкоди не настає, на того, хто несе відповідальність, накладають штраф у розмірі, на який вказує чоловік цієї жінки, при цьому оплата повинна ґрунтуватися на розрахунку. Але якщо завдано іншої шкоди, то покарання має бути життя за життя.

Зрозуміло, що неповне положення у Виході скопійовано з вавилонських джерел. За аборт з необережності, вчинений третьою особою, передбачалося покарання у вигляді простого штрафу, тоді як за «іншу шкоду», яка в тому числі охоплювала і смерть жінки, передбачалося покарання за принципом таліону. Проте не зрозуміло, чому якась інша «шкода» також карається смертю.

Греки. Присяга Гіппократа (460–357 роки до н. е.). «...ніколи не вводитиму отруту нікому на його прохання (евтаназія) і ніколи не рекомендуватиму способу для здійснення подібного задуму. Точно так само не даватиму жінці пессарію («pessary») для викликання абортів»¹.

Присягу складали (і досі складають) усі лікарі, при цьому остання виключає «допомогу та пособництво у вчиненні самогубств», а також надання медичних засобів для самовільного абортів жінками. У всіх інших випадках абортів були поширеними в Древній Греції, однак проведення таких можливе було лише шляхом залучення лікаря.

Платон (428–347 роки до н. е.) та Аристотель (384–322 до н. е.). Обоє мислителів вважали абортів прийнятними у своїх поглядах на індивіда у контексті держави, а не обов'язково з огляду на етичну природу рішення, яке приймає окрема жінка. При цьому вони розрізняли «необхідний» та не «необхідний» види абортів. Концепція Аристотеля про «затримання моменту, коли людина отримує

¹ З грецької «пессарій» – шматочок вовни/ворсинки, змоченої ліками, вставлений у піхву. Дивіться також посилання на Гіппократа в Паулусі, Responsae, 90, в чому полягає непорушна презумпція легітимності: «Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mensae natus est, fillium iustum esse».

душу», глибоко вплинула на християнські вчення, які виникли згодом. У своїх працях про «затримку моменту, коли людина отримує душу» він зазначає, що людська душа потрапляє в тіло, коли плід повністю сформується. «Отримання душі» відбувається за 40 днів для чоловіків та 80 днів для жінок.

Римське право: «nasciturus» як суб'єкт права. У римському праві в перший і чи не єдиний раз «nasciturus», тобто «того, хто ще повинен народитися», без сумніву вважали суб'єктом права. Його «правосуб'єктність» наставала в момент народження, проте була визнана ще на момент, коли він перебував в утробі: nasciturus pro iam nato habetur quomodo de iuris eius agitur. (права того, хто має народитися є такими ж, як і права новонародженого).

Очевидно, що це не стосувалося всієї сукупності прав людини (та обов'язків), які за своєю природою не можуть бути реалізовані в утробі. Однак це стосується, до прикладу, прав суб'єкта на спадщину або права на отримання подарунка (*donatio*), навіть *donatio dotis* (дарунок приданого), якщо в утробі перебувала особа жіночої статті.

На противагу римському закону *praesumptio iuris et de iure* (неспростовна презумпція), це була фікція. Говорячи юридичною мовою, фікція, якщо порівнювати з неспростовною презумпцією, є більш віддаленою від існуючої реальності. Для Паулуса, вочевидь, були серйозні причини, щоб пропонувати фікцію.

Окрім того, ця фікція – загальне положення, а тому є таким, що вводить в оману. Фікцію застосовували у всіх правовідносинах. Отже, «nasciturus» виступав суб'єктом права у всіх вигідних для нього правових ситуаціях, наприклад, у випадках отримання подарунка (*donatio*) на законних підставах тощо.

Що стосується прав на спадщину, вони, природно, охоплювали також зобов'язання, що випливали зі спадщини як такої, або від пожертви, яку можна було б продовжити з тимчасовою умовою, яку особа, яка народилася пізніше, повинна виконати, щоб одержати цю пожертву. Паулул, безумовно, мав на увазі це, коли він говорив «*de iuris*» (його прав), які були переважно вигідними для «nasciturus».

Середньовічне право. Concordia Discordantium Canonum, 4000 неперекладів текстів. Ці тексти є складовою традиційного канонічного права, яке існувало до кодифікації 1917 року. Граціан розрізняв аборти, які робили на ранніх термінах вагітності, та аборти, які проводили на пізніх термінах вагітності, регулювання чого відбувалося чинним протягом 448 років законодавством. Папа Сикст V використав наступний підхід у своїй Енцикліці Ефраенатум до регулювання питання абортів: отже, він встановив різні види покарання для винних за будь-які форми аборту, тобто вбивства, без винятку.

Ті, хто вчиняв аборт плоду, незалежно від того, чи був останній «анімований»/«одухотворений» чи ні; «сформований чи ні», повинні підлягати такому ж покаранню, як і «справжні вбивці та вбивці, які фактично вчинили вбивство». Через 3 роки Григорій XIV під впливом Аристотелевого критерію «затримання моменту, коли людина отримує душу», скасував Ефраенатум і повернувся до розмежування ознак між «несформованим» (ембріоном) та «сформованим» (плодом) в утробі.

20.3. Сучасний розвиток. Правосуб'єктність тварин. Правосуб'єктність фізичної особи полягає у тому, що така особа може бути суб'єктом законних прав (та обов'язків). Неживі речі (рухома та нерухома власність) можуть бути об'єктами таких прав, як володіння та право власності. При цьому останні не можуть бути наділені правами. Згідно з римським правом навіть люди, які належали до рабів, були об'єктами власності. Пізніше, з розвитком римського права, раби отримали право на захист від торгугу, свавільного вбивства тощо.

Тварини (*ferrae naturae*) були об'єктами, які підлягали власності, тобто спочатку були взяті у власність шляхом фактичного володіння, а потім переходили у законну власність (осцирасіо). Якщо вони були *res nullius* (нічийним предметом) або *res derelictae* (покинутим майном), їх можна було отримати, до прикладу, шляхом полювання та подальшого володарювання, адже шляхом фактичного володіння встановлювалося право власності¹.

Надання такого «безправного» статусу донедавна вважалося нормальним для «нелюдських живих істот», деяких тварин, однак станом на зараз вони, наприклад, наділені правом не зазнавати жорстокого поводження з ними² [12].

Однак, оскільки тварини самостійно не можуть вимагати реалізації цих прав, тому такі неживі істоти повинні бути юридично «представлені» людиною, яка, до прикладу, повинна захищати право тварин не зазнавати жорстокого поводження. Проте «бути представленим» не означає, що тварини мають охоронця *at litem*, адже у таких випадках, як у справі «Lambert v. France»³ [4], є необхідною наявність певного рівня правосуб'єктивності, яким тварини не володіють. Так чи інакше, права тварин продовжують залишатися правами у статусі *statu nascendi*, тобто ми не знаємо, що покаже їх просування.

Природа правових змін і джерела таких фундаментальних правових цінностей та принципів, як свобода, рівність, тілесна недоторканість і тілесна свобода, розвивають конкретні юридичні права, які людина набуває з огляду на її правової можливості бути індивідуальністю. Ці правові цінності, принципи та права не є такими, що застосовуються винятково для людських істот, а й також надають права деяким нелюдським істотам, незважаючи на їхню історичну юридичну сутність, однаковою мірою використовувати ці джерела для юридичної персоніфікації, хоча в обмеженій мірі⁴ [1].

20.4. Сучасні національні правові джерела. Федеральна справа Верховного Суду США у справі *Roe v. Wade*, 410 US 113, 114–115 (1973). *Roe v. Wade* є федеральною справою щодо 14-ї поправки Конституції США. У цьому контексті Верховний Суд вирішує, чи є ці питання такими «основоположними», щоб Федеральний Верховний Суд міг би втручатися в законодавство штатів.

¹ Згідно ч. 1 ст. 1 Протоколу 1 ЄКПЛ: «Захист власності: кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. (Курсив додається) Використана термінологія вводить в оману, адже автор не розрізняє терміни «володіння» та «власність». Дивує, що англійські укладачі протоколу не подали належних розмежувань між «майном», що є правом, та «власністю», а що є фактом. Однак французький текст є точним: «*Protection de la propriété: Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international*» (Курсив дано автором).

² Див. ґрунтовно досліджену статтю: Steven M. Wise, The Legal Thinghood of Non-Human Animals, Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol. 23, Issue 3, Article 2, 1996, at <http://lawdigital-commons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=ealr>, last accessed 29 October 2017

³ Lambert v. France [GC], application no. 46043/14, 5 June 2015.

⁴ «Проект захисту прав тварин веде боротьбу за здобуття фактичних законних прав для тварин шляхом проведення довготривалої судової кампанії від держави до держави. Наші новаторські позови *habeas corpus* вимагають визнання правосуб'єктності та права на тілесну свободу окремих великих мавп, слонів, дельфінів та китів, утримуваних у неволі по всіх США. За підтримки всесвітньо відомих науковців ми стверджуємо, що суди держав загального права повинні звільнити цих самосвідомих, автономних істот не піклуючись про їх добробут, а поважаючи їхні права» (Курсив дано автором). Див. <https://www.nonhumanrights.org/litigation/>, востаннє звернувся 27 жовтня 2017 року.

У справі «Roe v. Wade» вагітність розглядають як процес, поділений на три стадії. На першій стадії вагітна жінка зі своїм лікарем може більш-менш вільно приймати рішення про аборт. На другій стадії аборт є можливим лише у випадках наявності медичних показань, а в третьому триместрі проведення абортів є можливе винятково, якщо існує загроза життю чи здоров'ю жінки, якщо це встановив ліцензований лікар. Штати, як правило, можуть встановити загальну заборону на проведення абортів, окрім вищезазначених обставин, якщо існує загроза для життя чи здоров'я жінки.

Потрібно пам'ятати, що це рішення Верховного Федерального суду США стосується «основоположного» питання в контексті 14-ї поправки Конституції США щодо права штатів встановлювати регулювання питання абортів. Закони штатів, що стосуються питання абортів, які декриміналізують вчинення абортів виключно з метою збереження життя матері незалежно від терміну вагітності, порушують встановлення належної процедури Чотирнадцятої поправки, яка захищає право на приватне життя, включаючи кваліфіковане право жінки на припинення вагітності.

Незважаючи на той факт, що держава не може нехтувати цим правом, існують законні інтереси (згідно з практикою ЄСПЛ «легітимна мета») для охорони як здоров'я вагітної жінки, так і «потенціалу людського життя», кожне з яких зростає та досягає «переконливої» точки на різних етапах вагітності:

а) на етапі приблизно до кінця першого триместру прийняття рішення про переривання вагітності та його виконання треба надати лікуючому лікарю вагітної жінки.

б) на етапі приблизно до кінця першого триместру, держава, утверджуючи свій інтерес до здоров'я матері, має право регулювати процедуру переривання вагітності способами, які розумно пов'язані зі здоров'ям матері;

в) на наступних етапах вагітності держава, утверджуючи свій інтерес до «потенційного людського життя», має право регулювати, і навіть забороняти, за виключенням необхідних винятків, згідно з медичними показаннями абортів для збереження життя чи здоров'я матері.

Також під «лікарем» держава може розуміти лише особу, яка має ліцензію на ведення певного виду медичної діяльності, зокрема проведення абортів, а тому може заборонити проведення абортів особі, яка не є лікарем відповідно до законодавства держави¹ [10].

Позиція Конституційного суду Німеччини (1975). Конституційний суд Німеччини у 1975 році постановив, що слово «кожен» у фразі «кожен має право на життя» у відповідному положенні в Основному законі Німеччини (попередник конституції об'єднаної Німеччини) згадується «кожна жива людська істота» – і це право таким чином поширюється на (живих) ненароджених людських істот² [9].

20.5. Міжнародне право. *Загальна декларація прав людини (1948 року).* Стаття 3: Кожна людина має право на життя, на свободу і на особисту недоторканість.

Стаття 30: Ніщо у цій Декларації не може бути витлумачено як надання будь-якій державі, групі осіб або окремим особам права займатися будь-якою діяльністю або вчиняти дії, спрямовані на порушення прав і свобод, викладених у цій Декларації.

Американська конвенція про права людини (1969 року). Стаття 4 – Право на життя: Кожна людина має право на повагу до свого життя. Це право захищається законом, і в цілому з моменту зачаття. Ніхто не може бути свавільно позбавлений свого життя.

¹ Roe v. Wade, 419 US 113 (1973), at 163-164.

²See the dissenting opinion of Judge Georg Ress in *Vo v. France* [GC], application no. 53924/00, 8 July 2004

Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (1953 року). Стаття 2 – Право на життя: 1. Право кожного на життя охороняється законом. 2. Позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком виключно необхідного застосування сили: а) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства; б) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою; с) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

Зрештою, можемо бачити, що питання полягає в тому, чи є «*nasciturus*» суб'єктом права. Ключовим питанням у правових документах постає наступне: чи наділена ненароджена дитина правосуб'єктністю? Наявність другого абзацу у зазначеній вище статті вплинула на питання про право на життя «*nasciturus*». Той факт, що не згадано про допустимість абортів, тобто про право на життя ненародженої дитини, інколи тлумачать як очевидне гарантування права на аборти, або, на противагу, – очевидне заперечення існування такого права.

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 року). Стаття 6: Право на життя є невід'ємним правом кожної людини. Це право охороняється законом. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя.

На етапі розробки Загальної декларації прав людини було розглянуто пропозиції щодо уточнення моменту, коли починається право на захист життя. Тим не менш, підсумковий текст залишив відкритим питання щодо застосування абортів та евтаназії.

Справа «Vo v. France» (2005): Petitio Principii. Факти. 27 листопада 1991 року, перебуваючи на шостому місяці вагітності, заявниця прийшла до загальної лікарні міста Ліона, аби пройти попередньо їй призначений медичний огляд. На той самий день іншій жінці, п. Ті Тхан Ван Во, була призначена операція з видалення спіралі. Коли лікар Г., який мав видати спіраль, назвав ім'я «пані Во» в залі очікування, заявниця відповіла. Після короткого інтерв'ю лікар зрозумів, що у заявниці труднощі з розумінням французької мови. Ознайомившись з медичною картою, лікар прийняв рішення про видалення спіралі. Для цього він проколов навколоплідний мішок, спричинивши втрату значної кількості навколоплідних вод. Після виявлення на клінічному огляді, що матка збільшена, лікар призначив сканування, в результаті якого зрозумів, що трапилася помилка. Так, лікар під час гінекологічного огляду заявниці, помилково прийнявши її за п. Ті Тхан Ван Во, простромив оболонку плоду. Заявниця залишилась у лікарні, а лікар Г. спробував видалити спіраль з місці Тхі Тхань Ван Во. Проте ця операція була невдалою, а тому було призначено ще одну операцію під загальним наркозом на наступний ранок. Однак наступного ранку була допущена чергова помилка: заявниця була доставлена в операційну замість пані Ті Тхань Ван Во, проте уникла операції внаслідок того, що її впізнав анестезіолог. Заявниця покинула лікарню 29 листопада 1991 року, а 4 грудня 1991 року повернулася для подальших аналізів, в результаті проведення яких було встановлено, що вагітність не може продовжуватися. Вагітність була перервана за станом здоров'я 5 грудня 1991 року¹ [9].

Проблема. Ця справа мала кримінальні, цивільні (шкода) та дисциплінарні наслідки. Однак головним питанням було те, чи було життя «*nasciturus*» на двадцятому тижні терміну вагітності «іншим», ніж в розумінні статті 2 ЄКПЛ, тобто, чи володів «*nasciturus*» правосуб'єктністю. Ситуація відрізнялася від ситуацій, коли вагітні жінки погоджувалися на аборт.

¹ *Vo v. France* [GC], application no. 53924/00, 8 July 2004, see §§ 10-12. <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-61887>

Станом на 2004 рік у деяких (не всіх!) національних законодавствах були дозволені добровільні аборти, що, безумовно, свідчить про те, що правосуб'єктність дитини, яка перебувала в утробі, залежала від згоди вагітної жінки. Цей факт за своїм змістом є абсурдним. При цьому в інших випадках, коли дитина не народжувалася внаслідок насильницького діяння щодо вагітних жінок тощо, за аналогією до регулювання у стародавніх джерелах права (від Законів Хамурапі до римського законодавства), діяння кривдника кваліфікувалось як убивство, якщо воно було умисним. Отже, постає питання, чому при добровільному аборті «*masciturus*» є об'єктом, тоді як при мимовільних абортах він несподівано стає предметом правовідносин? ЄСПЛ доцільно вийти з логічного глухого кута, при цьому істина часто впливає з «окремих думок» суддів.

[Суд] зауважує, що відсутність чіткого правового статусу ненародженої дитини не обов'язково позбавляє її усякого захисту відповідно до французького законодавства. Однак, за обставин цієї справи, життя плоду було тісно пов'язане з життям матері і могло бути захищене через неї, особливо зважаючи на той факт [?], що не було конфлікту між правами матері та батька або ж між правами ненародженої дитини та батьків, а втрата плоду була спричинена ненавмисною необережністю третьої сторони.

Суд раніше заявляв, що навіть при припущенні, що плід може мати права, захищені ст. 2 Конвенції, італійський закон про добровільне переривання вагітності встановив справедливий баланс між інтересами жінки та необхідністю забезпечення захисту ненародженої дитини. У цій справі спір стосується необережного вбивства ненародженої дитини проти побажань матері, що спричинило їй особливі страждання. Інтереси матері та дитини чітко збігалися. Тому Суд повинен вивчити, з погляду ефективності існуючих засобів захисту, способи, які використала заявниця, з метою притягнення до відповідальності лікаря, який винен у втраті заявницею дитини, яка перебувала в утробі, а також для отримання відшкодування за аборт, що був вчинений щодо неї.

Заявниця стверджувала, що лише кримінальні способи захисту могли би задовольнити вимоги ст. 2 Конвенції. Суд не поділяє цю думку з таких причин¹ [9].

Рішення. Рішення було ухвалене більшістю у складі чотирнадцяти суддів, трое суддів Ресс, Мулароні та Стражницька не погодилися з рішенням більшості.

У результаті Суд ухилився від центрального питання і вирішив наступне:

«...якщо порушення права на життя чи на фізичну недоторканність не спричинено умисно, позитивний обов'язок, покладений статтею 2 щодо створення ефективної судової системи, не обов'язково вимагає встановлення виключно кримінальних способів захисту у кожному випадку». Зважаючи на специфічну сферу медичної недбалості, «зобов'язання держави, наприклад, може бути виконано шляхом забезпечення можливості для потерпілих звертатися з цивільним позовом у суди як самостійний спосіб захисту або сукупно із кримінальними способами захисту, що надає право особі на отримання цивільно-правових відшкодувань»² [9].

Суд допустив загальну логічну помилку *petitio principii*. Він буквально перестрибнув основну проблему правосуб'єктності ненародженої дитини, помилково передбачаючи, що вона вже вирішена, зосередивши свою увагу на наступному технічному питанні щодо кримінальних, цивільних та дисциплінарних засобів захисту. Припускається, що основне питання правосуб'єктності було вирішено шляхом

¹ Там само, §§ 86–87.

² § 90. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887>

зосередження на засобах захисту. Лише скориставшись логічною помилкою, можна було ухилитися від питання про те, чи дитина, що перебуває в утробі, є людиною.

Очевидно, що надання правосуб'єктності в цьому випадку означало б, що питання того, чи вчинення аборту може вважатися вбивством, залежало б лише від згоди вагітної жінки. Якщо було б встановлено, що такі дії треба кваліфікувати як убивство, то як ЄСПЛ має вчиняти у ситуаціях проведення законних абортів?

Окрема думка судді Георга Ресса. Один із кращих суддів ЄСПЛ Георг Ресс не вважає *petitio principii* нелогічним, однак завдяки власному почуттю справедливості та когнітивній компетентності зазначає, що у цій ситуації виникає неоднозначний нелогічний наслідок уникнення відповіді на «основне» питання. Він доброзичливо виправдовував такий підхід Суду «процесуальною економією».

Історично юристи розуміли поняття «кожна» («toute personne») як таке, що наділяє статусом людини ще до народження, а поняття «життя» як таке, що охоплює все життя людини, що починається зі зачаття, тобто з моменту, коли незалежне «існування» починає розвиватися до моменту смерті. Народження є лише етапом у цьому розвитку¹.

Виглядає необхідним з'ясувати, чи застосовується ст. 2 ЄКПЛ до ненародженої дитини. При цьому я готовий визнати, що можуть існувати прийнятні відмінності в рівні захисту, який надається ембріону та дитині після народження. Тим не менш, це не виправдовує висновок [...] про те, що неможливо відповісти у цій статті на питання, чи ненароджена дитина є людиною для цілей ст. 2 Конвенції. Вся судова практика Суду та рішення Комісії [...] ґрунтуються на аргументі «припускаючи це». Однак відсутність чіткої відповіді не може бути виправдана причинами процесуальної економії. Не можна також вирішити проблему захисту ембріона через Конвенцію винятково через захист життя матері. Як показує цей випадок, ембріон і мати, як дві окремі «людини», кожна з яких потребує окремого захисту². [9] [...] На моє переконання, ст. 2 Конвенції застосовують до людей ще до їх народження. Така позиція, як мені видається, відповідає підходам Хартії основних прав Європейського Союзу, а тому, оскільки Франція не надає достатнього захисту плоду проти халатних дій третіх осіб, я вважаю, що у цьому випадку було порушення ст. 2 Конвенції³ [9].

Lambert v. France (2015) та правосуб'єктність неживої людини. Значення правосуб'єктності не використовувалось для кваліфікації неживих або «одушевлених» предметів, таких як труп мертвої людини, як суб'єктів права, за винятком однієї справи.

Однак у справі «Lambert v. France» ЄСПЛ вирішив проміжне питання про те, чи можливим є у Франції відключення тіла, яке перебуває у повністю вегетативному стані, від зволожуючої та живильної трубки⁴ [4].

Особа перебувала у такому стані впродовж семи років, роки, протягом яких всі спроби реанімації лікарів зазнавали невдачі. Тіло залишилося «живим», але без

¹ Там само, § 4. Суддя Ж.-П. Коста у своїй окремій думці говорить про винятки з п. 2 ст. 2, заперечуючи проти цієї «аргументації». Я прошу вибачення за подвійне заперечення, але оскільки аборт не згадується як виняток у ст. 2, то не можуть застосовуватися до ненародженої дитини: «Так само можна стверджувати, що оскільки стаття 15 Конвенції зазначає, що жоден відступ від статті 2 не може бути допущений, Суд вважає, що стаття 2 не є абсолютною, підлягає неявним виняткам, окрім вичерпно викладених у другому абзаці. Це призводить до того, що стаття 2 не поширюється на ненароджену дитину (оскільки ненароджена дитина не є одним із винятків, викладених у другому пункті). Однак жоден із цих двох аргументів мене не переконує».

² Там само., § 3 окремої думки. <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-61887>

³ Там само., § 9 окремої думки. <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-61887>

⁴ See Lambert v. France [GC], application no. 46043/14, 5 June 2015. <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-155352>

помітної діяльності мозку, який міг б вказувати на те, що воно може відновити свідомість. Єдиною помітною неврологічною функцією було мимовільне ковтання слини.

Французьке законодавство визнає поняття «*achenement thérapeutique*», тобто можливість припинення заходів, що підтримують життя, які були б «зайвими» з огляду на неіснуючий шанс змінити вегетативний стан організму. Колишня дружина наполягала на тому, щоб тіло було від'єднано від трубки, прикріпленої до його шлунку, але мати та брати зверталися до Державної ради з метою продовжити таке «живлення» організму. Державна рада врешті-решт схвалила рішення про припинення гідратації та годування трубкою. Окрім суто біологічного існування, організму бракувало життєвих ознак вищого порядку. Справа надійшла до V Палати ЄСПЛ за клопотанням матері і братів, які наполягають на застосуванні правила 39, стверджуючи те, що рішення Державної ради повинно бути скасовано.

Велика палата належно розглянула питання про те, чи вегетативне тіло, яке не проявляє мозкової активності, може бути від'єднане від обладнання, і чи треба допускати припинення «живлення» організму. Справу розглядали в контексті ст. 2 ЄКПЛ права «на життя», тобто Суд, надав вегетативному тілу, фактично колишньому Вінсенту Ламберту, повну правоздатність. Унаслідок цього постало питання, чи може правоздатність бути припинена медичними працівниками шляхом від'єднання організму, що перебуває у простому соматичному стані, від життєзабезпечення.

Як наслідок, виникло питання, чи має тіло право на життя. Зрештою, Велика палата у кількості дванадцяти голосів проти п'яти визнала, що припинення вегетативного існування у разі виконання рішення Державної ради від 24 червня 2014 року не буде порушенням ст. 2 Конвенції. Однак Суд, мимоволі, вищезгаданим рішенням потрапив у сувору невідповідність зі своїм трактуванням питання про аборт, згідно яким надається правоздатність тілу у вегетативному стані існування¹.

Правоздатність ембріона чи плоду. Наступним питанням є правоздатність «*nascenturus*» (ембріона або плоду). Ігноруючи питання про аборт, передбачені ст. 2 Конвенції, Суд продовжує неявно заперечувати правоздатність ненароджених з усіма вищими неврологічними життєвими ознаками, які є відсутніми у фізичному тілі Вінсента Ламберта. Оскільки питання про те, коли ненароджена дитина здобуде вищевказані життєві ознаки в утробі не є предметом дослідження, ми оминемо це питання. Однак залишається фактом, що на певному етапі розвитку плід починає реагувати на хірургічне вторгнення під час проведення абортів. Частота його серцебиття пришвидшується до 200, і він намагається ухилитися від хірургічного інструменту, яким проводиться аборт². [2] На певному етапі розвитку плоду аборт, по суті, проводять шляхом попереднього вбивства плоду, наприклад, введенням отрути через очну сітківку плоду.

Щоб тілесні рештки плоду були вилучені з матки, тіло дитини потрібно розчленувати, а його голову, як найбільшу частину, – подрібнити, щоб видалити через шийку матки та піхву. Потім особа, яка проводить аборт, повинна порохувати тілесні частини мертвої дитини, щоб переконатися, що всі рештки дитини були

¹ «Суд вважає, що не потрібно визначати, чи може плід отримати право на захист згідно з першим реченням статті 2, як тлумачиться вище. Навіть припускаючи, що за певних обставин, плід може мати права, захищені статтею 2 Конвенції, Суд зазначає, що в цій справі, незважаючи на те, що заявник не вказав кількість тижнів, що минули до проведення абортів, або підстави, на основі яких він був проведений, з доказів випливає, що вагітність його дружини було припинено відповідно до розділу 5 Закону №. 194 від 1978 року». Див. рішення у справі «Boso v. Italy», заява №. 50490/99, 5 вересня 2002 року.

² Щодо життєвих ознак плоду на 12 тижні вагітності див. <https://www.youtube.com/watch?v=4Hb3DFELq4Y>

вилучені. З погляду медицини немає сумнівів, що на певному етапі розвитку плоду в утробі проведення такого аборту є умисним убивством людини.

Конвенція та Суд. Конвенція була розроблена, ратифікована і набула чинності в 1950-х роках. У той час у деяких державах Ради Європи, які підписали Конвенцію, аборт був злочином, кваліфікованою версією вбивства, кримінальна відповідальність за яке наставала як для особи, котра проводила аборт, так і для жінки, яка перервала вагітність.

Лише через двадцять років було надано перевагу праву жінці переривати вагітність над правом на життя ембріону чи плоду. Можна стверджувати, що наступний закон скасовував попередній – *lex posterior derogat legi priori* – однак це відбулося лише на національному рівні, а не загальною на міжнародному. Іншими словами, це питання не надходило до Страсбурга та ЄСПЛ ніколи безпосередньо не займався ним.

Інтерпретації. Європейський регіональний рівень: ЄСПЛ про права дитини. Телеологічна (цільова) інтерпретація. Спочатку наміри американців, як і батьків-засновників були дуже чіткими, хоча й неочевидними. Проходження через шлях народження не повинно було бути відправною точкою правоздатності. Намір полягав у тому, щоб захистити життя людини у всіх його проявах. Такий підхід, як можемо бачити, є явним наслідком справи Ламберта (2015) для ЄСПЛ. Не можна сумніватися, що батьки-засновники ЄКПЛ, розсудливо уникаючи питання про терміни, мали на увазі, що ембріон і плід, будучи ще у внутрішньоутробному періоді, є суб'єктами прав людини, тобто права на життя згідно зі ст. 2 Конвенції. Такий підхід був сприйнятий як належний, а тому перші дослідники навіть не згадують питання про право на життя ще ненародженої дитини. У Франції такий підхід застосовували у справі *Loi Veil* в 1974 році, тобто ще 25 років після набуття чинності Конвенцією¹ [6].

Легітимна мета. Практика ЄСПЛ стосувалася лише прав ненародженої дитини, згідно з якою захист прав ненароджених є законною метою держав-підписантів Конвенції² [7; 8].

Тести на пропорційність та рівний захист. Сама по собі «законна мета» є частиною оцінки пропорційності, схожої на тест щодо «рівного захисту» в США, за винятком того, що пропорційність не диференціюється щодо різних рівнів контролю (легкий, проміжний або суворий) залежно від виду підозрюваних.

Питання пропорційності ЄСПЛ розглядає з огляду на другий пункт окремих положень ЄКПЛ, які містять ці релятивізуючі положення³.

Дослівно 2 частина ст. 2 ЄКПЛ є такою:

Позбавлення життя не розглядають як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком винятково необхідного застосування сили:

¹ Див. так звану справу *Loi Veil, Loi n°75-17 du 17 janvier 1975 relative a l'interruption volontaire de la grossesse, Article L. 162*: «La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander a un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse» (Наголос додається).

² *Open Door Counseling & Dublin Well Women Centers v. Ireland*, application no.14234/88, 29 October 1992, and *Odievre v. France* [GC], application no. 42326/98, 13 February 2003.

³ У ЄКПЛ, у ст. 2, 4, 5, 8, 9, 10 та 11, а також у Протоколі I, ст. 1 та у ст. 2, Протоколі IV, положення містять винятки з прав, викладених у відповідних перших абзацах. Ці положення дозволяють ЄСПЛ релятивізувати права людини, беручи участь у дискусії про «пропорційність», подібну до американського тесту на рівний захист, однак з меншою кількістю винятків. Стаття 2 про право на життя містить вичерпний перелік винятків із права. Не йдеться про винятки щодо абортів

- а) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства;
- б) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою;
- с) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

Зважаючи та той факт, що цей перелік є вичерпним, а також на те, що це *ius cogens*, позбавлення життя ненароджених не може бути предметом релятивізації за допомогою вчення про пропорційність. Другий абзац забороняє це через прогалину у регулюванні.

Для підсумку. По-перше, проведення абортів ненародженого не є одним із критеріїв частини другої ст. 2 Конвенції, що підтверджує тезу про те, що укладачі Конвенції не передбачали проведення абортів як винятку із права на життя.

По-друге, оскільки не існує пункту, який це дозволяє, доктрину пропорційності не застосовують. Це означає, наприклад, що міркування щодо справи «Roe v. Wade» в США не застосовуються¹.

По-третє, критеріями принципу пропорційності, навіть за умови його застосування, є: 1) законна мета; 2) необхідність втручання; та 3) пропорційність втручання. Для того, щоб Суд встановив втручання у право на життя, діяння повинно відповідати усім трьом критеріям. Це означає або 1) що мета (заборона абортів) не є законною; 2) що необхідність втручання держави, що підписала Конвенцію (дозволяючи аборт), є переконливою; та 3) що конкретні засоби, за допомогою яких легалізується аборт, є «пропорційними», тобто є достатніми для досягнення мети (законного абортів).

По-четверте, важливо, що цілі держав-підписантів ЄКПЛ захистити права ненароджених є «законними». ЄСПЛ ніколи прямо чи опосередковано не стверджував, що права ненароджених не є законними чи такими, що суперечать ЄКПЛ. Навпаки, Суд стверджує, що мета захисту ненароджених дітей є законною². [3]

По-п'яте, у зв'язку з тим, що ЄСПЛ прямо не зіштовхувався з цією проблемою, то Суд мовчазно стверджує, що держави можуть законно прагнути захисту ембріона чи плоду. Зрозуміло, що легітимність цілі в цих трьох критеріях є первинною; інші два критерії є вторинними.

По-шосте, ЄСПЛ надає важливого значення національному законодавству держав, що підписали Конвенцію. Це знаменитий «розсуд держави». Доктрина стверджує, що певні питання, такі як, наприклад, розп'яття в італійських класах, є внутрішнім питанням держави. ЄСПЛ не втручатиметься у національне законодавство держави-підписанта ЄКПЛ³ [5].

По-сьоме, це поточний статус-кво. Суд стверджує, що мета захисту ненародженого життя є законною, проте решту питань він залишає на внутрішній розсуд держав.

¹ Див. «Roe v. Wade», 410 US 113 (1973), окрема думка Джастіс Уайт: «Я не знаходжу нічого в мові чи історії Конституції, що підтверджує рішення суду. Суд просто формує та оголошує *нове конституційне право для вагітних жінок* і, апелюючи до причин чи повноважень для дій Суду, пояснює це право з достатньою сутністю, скасовуючи більшість існуючих державних статутів щодо абортів. Як підсумок, люди та законодавчі органи 50 штатів конституційно повинні зважити важливість подальшого існування та розвитку плоду, з одного боку, та спектр можливих впливів на жінку, з іншого боку. Як приклад здійснення судової влади, Суд, можливо, має повноваження робити те, що робить сьогодні; але, на мій погляд, його судження є неправдивим і екстравагантним здійсненням повноважень судового перегляду, на який наділяє його Конституція» (курсив додано автором).

² A, B and C v. Ireland [GC], application no. 25579/05, 16 December 2010, § 222.

³ Lautsi v. Italy [GC], application no. 30814/06, 18 March 2011, where the Court famously deferred to Italian national legislation concerning crucifixes in all schoolrooms in Italy.

Останні розробки на міжнародному рівні ООН: Argumentum ad Absurdum. Огляд правового статусу Quo.

Розглянемо оманливе представлення статусу *Quo* у міжнародному праві. Момент народження вважається моментом виникнення права на життя. Спроби поширити його на ненароджену дитину не виявилися успішними. Медичний прогрес послідовно відштовхував точку життєздатності ненародженої дитини протягом останніх п'ятдесяти років. Тому, можливо, з обережності, правозахисні органи схиляються до позиції, що моментом виникнення права на життя є народження дитини¹.

На цьому етапі право на життя не обов'язково тягне за собою право на необхідну медичну допомогу, щоб продовжувати життя, хоча [...] Комітет з прав людини бажає зниження рівня народжуваності. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права непрямо посилається на право на життя ненародженої дитини, оскільки ст. 6 (5) передбачає, що смертний вирок не застосовують до вагітних жінок. Зрозуміло, що й цьому існує гуманітарне обґрунтування (інші міжнародні документи свідчать про особливу увагу, яку треба приділяти вагітним жінкам). Однак це також можна розглядати як запобігання смерті ненародженої дитини. Лише такий міжнародний акт, як Американська конвенція прямо передбачає право на життя «з моменту зачаття» (ст. 4). Хоча це може бути розцінено як неминучий результат документу, розробленого та прийнятого регіональною організацією, більшість держав-членів якої дотримуються насамперед ученя Римської церкви² [11].

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (МПГПП). У ст. 6 передбачено, що кожна людина має право на життя. Це право захищає закон. Ніхто не може бути добровільно позбавлений свого життя³.

Загальний коментар. Нещодавно Юваль Шані, ізраїльський член Комітету з прав людини ООН (згідно з Пактом про громадянські та політичні права) запропонував таке доповнення до Загального коментаря:

«9. Хоча держави-учасниці можуть вживати заходів, спрямованих на регулювання припинення вагітності, такі заходи не повинні спричиняти порушення права на життя вагітної жінки чи інших її прав, передбачених Пактом, у тім числі заборону жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання. Отже, будь-які юридичні обмеження щодо можливості жінки у вчиненні абортів не повинні, серед іншого, ставити під загрозу їхнє життя або завдавати їх фізичного або психічного болю чи стражданням, що зумовлює порушення ст. 6 [Посилання пропущене]. Держави-учасниці повинні забезпечити безпечний доступ до можливості вчинення абортів з тією метою, аби захистити життя та здоров'я вагітних жінок у випадках, коли виношування плоду завдало б жінці значного болю чи страждань, особливо у випадках, де вагітність є результатом зґвалтування або інцесту, а також у випадках, коли можуть мати місце смертельні порушення у своєму розвитку. Держави-учасниці можуть не встановлювати правового регулювання проведення абортів у випадках, якщо не зможуть виконати обов'язку щодо гарантування безпечних абортів.»

¹ Це нелогічно. Як право на життя можна поширити на мертвонароджених дітей?

² Rona K.M. Smith, *The Right to Life, Textbook on International Human Rights*, 6th ed., Oxford University Press, Ch. 13, *The Right to Life*, p. 4, at http://web-local.rudn.ru/web-local/prep/tj/files.php?f=pf_db3131e4f7803c26e50ac95393777216, last accessed 30 October 2017.

³ Стосовно історії Загальної декларації: «На етапі розробки Загальної декларації було розглянуто пропозиції щодо уточнення моменту, коли розпочалося право на захист життя. Тим не менш, остаточний текст залишив відкритим питання щодо застосування інструменту для абортів та евтаназії». Сміт., Розділ 20, примітка 30. Сміт ухиляється від *travaux préparatoires*, тобто щодо неперервних історичних наслідків, які в той час життя вважали захищеним від самого зачаття. Це не прийнятно.

«63. Пункт 1 ст. 24 Пакту дає право кожній дитині «на такі заходи захисту, які належать їй зважаючи на статус неповнолітнього з боку його сім'ї, суспільства та держави». Ця стаття вимагає прийняття спеціальних заходів для захисту життя кожної дитини на додаток до загальних заходів, передбачених ст. 6 щодо захисту життя всіх людей [Посилання пропущене].

При прийнятті таких спеціальних заходів захисту, держави-учасниці повинні керуватися найкращими інтересами дитини, [посилання пропущене] необхідністю забезпечення виживання та розвитку всіх дітей, [посилання пропущене] та їх добробуту. [посилання пропущене]».

Res Ipsa Loquitur. Якщо суперечність між цими двома підходами не є самоочевидною, оскільки існує заборона «будь-яких правових обмежень щодо можливості жінок на вчинення абортів», то треба наголосити на непослідовності такого підходу, як «ненароджена дитина стає суб'єктом права виключно шляхом народження через період народження». У такому випадку постає питання, чи не є незаконним убивство дитини, яка перебуває в утробі, на пізніх етапах вагітності. Окрім цього, очевидно, що Шані підтримує позицію впровадження абсолютного дозволу на проведення абортів за відсутності будь-яких критеріїв, за якими можна визначати, за яких умов є допустимим проведення абортів (на відміну від вищезгаданого критерію «сильного болю чи страждання жінки»¹).

Під приводом захисту жінок від страждань, пропозиція Шані може відкрити можливості для проведення абортів, незалежно від терміну вагітності. Однак пропонування такого підходу під егідою ідеї захисту жінок від болю і страждань є відверто цинічним. Намір приховати необмежену кількість абортів, які проводять з метою захисту прав жінок, є очевидним підступом. Чи ідея Шані полягає у тому, аби п. 6 Загального коментаря мав вищу юридичну силу, аніж таке джерело міжнародного права, як Американська конвенція прав людини.

20.6. Висновки. Упродовж усієї історії розвитку права, починаючи від Законів Хаммурапі та грецького і церковного законодавства, ненароджена дитина, тобто ембріон або плід, розглядали як суб'єкт права, презюмуючи, що останній є невід'ємною частиною тіла матері. У зазначених джерелах права існують положення, що передбачають відповідальність за вчинення жінкою абортів. Однак у жодному з цих положень не передбачено гарантування «права на життя» ненародженій дитині як суб'єкту права. Вчинення абортів щодо ембріона або плода розглядають як «щось», що може або не може трапитися.

У проекті Загального коментаря Ради ООН ця невідповідність виходить на перший план, де дитину до моменту народження розглядають як звичайний об'єкт, а після її народження – такий підхід відкидають. У зв'язку з цим підхід вирішення долі ненародженої дитини матір'ю щодо її народження є гіршим, аніж позиція щодо регулювання тварин або людського тіла у вегетативному стані. Існує п'ять винятків із вищезазначеного:

¹ Це є менш відкритим, ніж «*situation de détresse*» з Вейлом, але *ius cogens* визначається як «сильний біль чи страждання». У ст. 1 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання є додаткова примітка 1. Всі інші. Всі інші жорстокі поводження, що не відповідають критерію, є відповідно до Конвенції «нелюдськими та такими, що принижують гідність, поводженнями». Чому досі ніхто юридично не вирішив питання фактично несподіваного сильного болю або страждання плоду? Катування як *ius cogens* не може навіть врівноважуватися як виправдання кримінального права проти іншої цінності, тут є «суттєвий [на відміну від «сильного» біль чи страждання] вагітної жінки, і все ж цей критерій повністю ігнорується.

1. Юлій Павло Прудентісимум (II–III століття нашої ери) разом зі справжнім генієм римського права Ульпіаном у своїй формулі «*Nasciturus pri iam nato habetur quomodo de iuris eius agitur*» передбачив народження дитини. Він розглядав дитину як таку, яка наділена попереднім правом на спадщину та іншими правами. Отже, він однозначно надав ненародженій дитині правосуб'єктність.

Фікція Юлія Павла стосувалася лише фактичного народження дитини. Однак до питань, що стосувалися прав ненародженої дитини, фікцію не застосовували, їх розглядали як цілком реальні. Логічно, враховуючи фікцію щодо народження дитини, фактичне існування ненародженої дитини було спростовною презумпцією (*praesumptio iuris*). Не лише вважалося, що дитина перебуває в утробі, а й існувала презумпція щодо того, що така дитина має народитися. Відповідно, якщо дитина не народжувалася, презумпція була спростовна.

2. У цьому контексті ми можемо доповнити, що вчинення насильницького аборту, умисного чи необережного вбивства дитини, яка перебуває в утробі, незалежно від стадії вагітності, є злочином і деліктом у приватному праві. Чому в такій ситуації дії третьої особи щодо вчинення насильницького аборту є злочином (або деліктом), а у випадку вчинення аборту за згодою жінки таке діяння виключає кваліфікацію таких дій як злочину? Чи життя дитини, яка перебуває в утробі, є захищеним лише у випадку, якщо жінка не дає згоди на проведення аборту?

Якщо дотримуватися таких суджень, то можемо дійти до висновку, що жінка є власником не лише власного тіла, а й тіла того, хто перебуває в утробі: проведення аборту вважається законним, якщо жінка дає на це згоду; за відсутності згоди таке діяння вважається вбивством. Визначення такої відмінності підтверджує, що жінка приймає рішення не лише про хірургічне втручання у власне тіло, а й про існування життя плоду. У такій ситуації необхідно розглядати два варіанти: у першому випадку дитина, що перебуває в утробі, наділена правосуб'єктністю, якщо відсутня згода матері на проведення аборту; в іншому – при згоді матері на проведення аборту ненароджена дитина вважається такою, що не наділена правосуб'єктністю.

3. «Нелюдські істоти (тварини)», як можемо бачити, не є суб'єктами права, однак раніше чи пізніше вони будуть захищені від жорстокого поводження. Отже, вищий примат вже не є простим об'єктом; за аналогією до рабів у пізньому римському праві, вони набувають певних прав, за допомогою яких можуть бути захищені від убивств, тортур тощо. Вищі примати перебувають на півдорозі між суб'єктами та об'єктами, поступово набуваючи статусу суб'єкта права. На підтвердження зазначеної тези доцільно навести пропозиції, які звучать сьогодні, щодо захисту цих тварин.

Водночас, плід на певному етапі розвитку може бути об'єктом тортур і вбивств. Відповідно до проекту Загального коментаря Ради ООН, це стосується останньої хвилини до народження плоду. Тому можемо вважати позитивним упровадження певних механізмів для захисту тварин навіть за ненадання правосуб'єктності повністю сформованій людській істоті, яка перебуває в утробі. Тобто, навіть за умов ненадання правосуб'єктності плоду, є необхідним встановлення захисту від жорстокого вбивства.

4. У справі «Ламберт проти Франції» ми наголосили на тому, що Європейський суд з прав людини наділяє правосуб'єктністю істоту, яку не можна розглядати як людину у звичному розумінні цього слова. Прогрес медичної науки зумовив можливості для вегетативного існування людини, яка на момент перебування у такому стані є на межі існування. Суд роздумував над питанням, чи Вінсент Ламберт, який перебуває у вегетативному стані, має право на повагу до його життя.

Хоча в підсумку Суд заперечив це право, схвалюючи евтаназію, але впродовж розгляду справи в Палаті та у Великій Палаті Суд це питання розглядалось як одне із аспектів права на життя. Однак таке право, незалежно від того, чи воно заперечується, чи стверджується, неминуче передбачає правосуб'єктність того, чії права обговорюють. Це не є настільки очевидним, проте людський плід, без сумніву, є більш «людським», ніж тіло Вінсента Ламберта.

5. У підсумку, все зводиться до іншої правової фікції: аборт не позбавляє жінку вагітності, аборт робить жінку матір'ю мертвої дитини. Тобто фікцією є те, що роблячи аборт, жінка приймає рішення винятково щодо власного тіла, однак насправді тіла є два: тіло жінки і тіло плоду. Тому, аби залишити фікцію реальною, вважається, що жінка наділена правосуб'єктністю, а плід в утробі – ні.

Список використаних джерел

1. URL: <https://www.nonhumanrights.org/litigation/>, останнє звернення 27 жовтня 2017 року.
2. Щодо життєвих ознак плоду на 12 тижні вагітності. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=4Hb3DFELq4Y>.
3. ECHR, *A, B and C v. Ireland*[GC]. 16 December 2010. Application no. 25579/05, § 222.
4. ECHR, *Lambert v. France*[GC]. 5 June 2015. Application no. 46043/14.
5. ECHR, *Lautsi v. Italy* [GC]. 18 March 2011. Application no. 30814/06.
6. ECHR, *Open Door Counseling & Dublin Well Women Centers v. Ireland*. 29 October 1992. Application no. 14234/88.
7. ECHR, *Odievre v. France* [GC]. 13 February 2003. Application no. 42326/98.
8. ECHR, *Vo v. France* [GC]. 8 July 2004. Application no. 53924/00.
9. *Loi Veil*, Loi n°75–17 du 17 janvier 1975
10. *Roe v. Wade*. 410 US 113 (1973). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>
11. *Rona K. M. Smith*. The Right to Life, Textbook on International Human Rights, 6th ed., Oxford University Press, Ch. 13, The Right to Life, p. 4, at URL: http://web-local.rudn.ru/web-local/prep/tj/files.php?f=pf_db3131e4f7803c26e50ac95393777216, last accessed 30 October 2017.
12. *Steven M. Wise*. The Legal Thinghood of Non-Human Animals, Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol. 23, Issue 3, Article 2, 1996. URL: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=ealr>, last accessed 29 October 2017.

References

1. Retrieved from <https://www.nonhumanrights.org/litigation/>, останнє звернення 27 жовтня 2017 року.
2. *Shchodo zhyttievkykh oznak plodu na 12 tyzhni vahitnosti*. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=4Hb3DFELq4Y>.
3. ECHR, *A, B and C v. Ireland*[GC]. 16 December 2010. Application no. 25579/05, § 222.
4. ECHR, *Lambert v. France*[GC]. 5 June 2015. Application no. 46043/14.
5. ECHR, *Lautsi v. Italy* [GC]. 18 March 2011. Application no. 30814/06.
6. ECHR, *Open Door Counseling & Dublin Well Women Centers v. Ireland*. 29 October 1992. Application no. 14234/88.
7. ECHR, *Odievre v. France* [GC]. 13 February 2003. Application no. 42326/98.
8. ECHR, *Vo v. France* [GC]. 8 July 2004. Application no. 53924/00.
9. *Loi Veil*, Loi n°75–17 du 17 janvier 1975
10. *Roe v. Wade*, 410 US 113. (1973). Retrieved from <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>

11. Rona, K. M. Smith, *The Right to Life, Textbook on International Human Rights*. 6th ed., Oxford University Press, Ch. 13, The Right to Life, p. 4, at. Retrieved from http://web-local.rudn.ru/web-local/rep/tj/files.php?f=pf_db3131e4f7803c26e50ac95393777216, last accessed 30 October 2017.
12. Steven, M. Wise, The Legal Thinghood of Non-Human Animals. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. 23, Issue 3, Article 2, 1996. Retrieved from <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=ealr>, last accessed 29 October 2017.

*Стаття: надійшла до редакції 17.10.2019
прийнята до друку 05.11.2019*