

УДК 343.131.5

Кахнова Марина Геннадіївна

*студентка Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**ЗАХИСТ ПРАВ МАТЕРІ ТА НЕНАРОДЖЕНОЇ ДИТИНИ В
КОНТЕКСТІ НЕЗАКОННОГО ПРОВЕДЕННЯ АБОРТУ:
КОМПАРАТИВНИЙ ЗРІЗ
ЗАЩИТА ПРАВ МАТЕРИ И НЕРОЖДЕННОГО РЕБЕНКА В
КОНТЕКСТЕ НЕЗАКОННОГО ПРОВЕДЕНИЯ АБОРТА:
КОМПАРАТИВНЫЙ СРЕЗ
PROTECTING THE RIGHTS OF A MOTHER AND AN UNBORN
CHILD IN THE CONTEXT OF ILLEGAL ABORTION:
COMPARATIVE STUDY**

***Анотація.** Статтю присвячено дослідженню окремих аспектів законодавчого регулювання незаконного проведення абортів в зарубіжних країнах та в Україні, а також проблемним питанням кримінально-правової охорони життя ненародженої дитини. З'ясовано позицію Європейського суду з прав людини з цього питання. Визначено позицію українського законодавця стосовно пріоритетності інтересів жінки. Наведено власні міркування щодо доцільності заборони проведення абортів в Україні. Окреслено перспективи подальших досліджень в цій сфері.*

***Ключові слова:** незаконне проведення абортів в Україні, охорона життя ненародженої дитини, аналіз судової практики Європейського союзу з прав людини щодо визначення початку життя, досвід зарубіжних щодо визначення початку життя.*

Аннотация. *Статья посвящена исследованию отдельных аспектов законодательного регулирования незаконного проведения аборта в зарубежных странах и в Украине, а также проблемным вопросам уголовно-правой охраны жизни нерожденного ребенка. Выяснено позицию Европейского суда по правам человека по этому вопросу. Определена позиция украинского законодателя относительно приоритетности интересов женщины. Приведены собственные соображения о целесообразности запрета проведения аборт в Украине. Определены перспективы дальнейших исследований в этой сфере.*

Ключевые слова: *незаконное проведение аборта в Украине, охрана жизни нерожденного ребенка, анализ судебной практики Европейского союза по правам человека по определению начала жизни, опыт зарубежных относительно определения начала жизни.*

Summary. *The paper is concerned with the study of some aspects of legal regulation pertaining to illegal abortion in Ukraine and abroad as well as some problematic issues of criminal-legal protection of life of an unborn child. The legal position of the European Court of Human Rights on this issue has been highlighted. The position of Ukrainian law concerning the priority of a mother's interests has been defined. The author suggests ideas about the expediency of prohibiting abortion in Ukraine. The prospects for further study of the investigated issue have been defined.*

Key words: *the illegal performing of an abortion in Ukraine, the protection of life of an unborn child, the analysis of the European Court of Human Rights legal practice as for the definition of the 'beginning of life' term, the foreign countries' definition of the 'beginning of life' term.*

Постановка проблеми. В умовах намагання окремих представників влади заборонити на законодавчому рівні проведення аборт в Україні

постає необхідність дослідження окремих аспектів кримінального аборту, а також з'ясування питань, які стосуються інтересів матері та охорони життя ненародженої дитини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням особливостей законодавчого регулювання незаконного проведення аборту в Україні займалися такі вчені: Бучківська В.Л., Павленко І.В. Хавронюк М.І., Черевко К.О., та ін. Незважаючи на практичну та наукову цінність праць згаданих вчених, більш ретельного вивчення потребують питання доцільності заборони абортів в Україні, прямого зв'язку між такою заборонаю та зростанням кримінальних абортів, дослідження проблеми незаконних абортів в Україні та в зарубіжних країнах крізь призму суспільних рухів Pro-life та Pro-choice.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Метою статті є аналіз проблемних питань кримінально-правової охорони життя дитини, що знаходиться в утробі матері, дослідження окремих аспектів конфлікту інтересів жінки та ненародженої дитини крізь призму практики ЄСПЛ та з'ясування позиції вітчизняного законодавця з цього приводу. Вважаємо за доцільне навести власні міркування та пропозиції щодо доцільності заборони абортів в Україні, використовуючи досвід зарубіжних країн.

Виклад основного матеріалу. Стаття 3 Конституції України проголошує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Статтею 27 Основного закону гарантовано невід'ємне право кожної людини на життя. Проте, з якого саме моменту починається життя? Де проходить межа між захистом життя матері та захистом життя ненародженої дитини? Що важливіше: інтереси матері чи інтереси дитини?

З часів Київської Русі, аборти, вчинені жінкою, розглядалися як порушення норм моральності, родинно-шлюбних стосунків, трактувалися як образа, нанесена честі та інтересам чоловіка. Дітовбивство, у тому числі

абортівне, трактувалося як гріх. В артикулах Литовського статуту ми вже можемо спостерігати відмежування злочину "вигнання плоду" та відповідальність за дітовбивство. Вперше ж відповідальність за вчинення абортів на території сучасної України була встановлена у "Правах, за якими судиться малоросійський народ" 1743р. Зокрема, цим документом жінкам під страхом смертної кари заборонялося здійснювати аборт. На початку ХХ століття спостерігаємо відносно пом'якшення відповідальності за проведення абортів (винному в умертвінні плоду загрожувало ув'язнення у виправному будинку, у разі відсутності згоди жінки на його проведення-каторга). Сама ж жінка так само залишалася суб'єктом цього злочину.

В політиці Радянської держави стосовно караності абортів виділяють 3 основні періоди:

- кінець 1917- початок 1920-х р.р. поширеною є ідея некараності абортів;
- середина 1920-х- середина 1950-х р.р. : відповідальність за проведення абортів спочатку вводиться в Кримінальний кодекс УРСР, постановою ж Центрального Виконавчого Комітету і Ради Народних Комісарів СРСР в 1936 році абортів повністю було заборонено, встановлено відповідальність осіб, що здійснюють жінці аборт, відповідальність самої жінки за здійснення нею самоабортів, відповідальність за примушування жінки до абортів.
- друга половина 50-х - 1991 р. - поступове пом'якшення відповідальності за проведення абортів. Зокрема, Кримінальному Кодексі УРСР 1960р. передбачалася відповідальність за незаконне проведення абортів лікарем та особою без спеціальної медичної освіти. [1, с.299-300]. Жінка ж більше не вважалася суб'єктом даного злочину.

Сучасне ж суспільство є свідком зіткнення двох найпотужніших громадських рухів Pro-choice і Pro-life. Перший відстоює право жінки робити аборт. Противниками Pro-choice є прихильники Pro-life, або руху «за

життя» («на захист життя»). Головними аргументами руху Pro-choice є те, що ніхто, окрім самої жінки не вправі розпоряджатися її тілом, долею, життям. Прихильники права на аборт протестують не вважають ембріонів «ненародженими дітьми». Вони наводять низку аргументів на захист тези, що ембріон не може вважатися людиною, а також вказують на те, що це питання вторинне стосовно питання прав жінки на вбивство плоду. У дискусіях з представниками законодавчої влади, які дотримуються пролайферських поглядів і борються за зростання темпів приросту населення, головний аргумент прихильників права на аборт полягає в тому, що заборона абортів не може привести ні до зниження числа абортів, ні до підвищення народжуваності.

Ст. 2 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод(далі-Конвенція) гарантує право кожного на життя. При цьому це право охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання. Незважаючи на нормативне закріплення цього фундаментального права, Конвенція не визначте моменту, з якого починається життя. Очевидно, це можна пояснити тим, що в зарубіжних державах значно відрізняється підхід законодавця щодо врегулювання цього питання. Однак, Європейський Суд з прав людини, виходить з того, що початком життя є момент фізичного народження, а не зачаття. До того ж в більшості випадків, під час виникнення дилеми: інтереси матері VS інтереси ненародженої дитини, пріоритет залишається саме за інтересами матері. Наприклад, у справі Р.Р. проти Польщі (номер 27617/04) вагітній матері двох дітей – яка виношувала дитину з загрозою важкої генетичної аномалії – навмисне перешкоджали своєчасному проведенню генетичних тестів, призначених лікарями, які були проти аборту. Згодом її донька народилася з синдромом Тернера. Заявниця стверджувала, що догляд та виховання важко хворої дитини завдає значних

збитків їй та іншим двом дітям. Суд визнав порушення Статті 3 (заборона нелюдського та принизливого поведження) Конвенції, так як ставлення до заявниці, яка знаходилася в вразливій ситуації, було принизливим та убогим. Суд також визнав порушення Статті 8 (право на повагу до приватного та сімейного життя) Конвенції тому, що польське законодавство не містило жодних ефективних механізмів, які дали б можливість заявниці скористатися доступними засобами діагностики, та на основі результатів прийняти обдумане рішення стосовно аборту.

У справі "Брюггеман і Шойтен проти Німеччини" Європейська комісія з прав людини встановила, що заборона аборту стала б порушенням ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод будучи втручанням у приватне життя жінки. Разом з цим, Комісія відзначила, що вона не вважає обов'язковим вирішувати, чи слід розглядати ненароджену дитину як "живу" у розумінні статті 2 Конвенції.

В рішенні про прийнятність у справі «Н проти Норвегії» заявник, який не перебував у шлюбі з жінкою, яка завагітніла від нього, домовився з нею не позбавляти ненародженої дитини життя та взяв на себе чітке зобов'язання піклуватися про немовля після його народження. Проте жінка вирішила зробити аборт. Заявник наполягав на тому, що за обставинами цієї справи ненароджена дитина по праву Норвегії залишається незахищеною, що суперечить статті 2 Конвенції. Європейська комісія з прав людини, при розгляді даної справи, не виключала, що за певних обставин (які однак не були зазначені) зародок може користуватися певним захистом за статтею 2 Конвенції, незважаючи на те, що в різних державах існує значна розбіжність думок, чи захищає стаття 2 та в якій мірі ненароджене життя. У зв'язку з цим та з урахуванням значних розбіжностей в нормах національних правових систем Європейська комісія вирішила, що в такому делікатному питанні держави повинні мати певну свободу вибору. Закон Норвегії дозволяє здійснювати аборти на розсуд жінки протягом перших 12 тижнів

вагітності. У період з 12 до 18 тижнів вагітності необхідно мати відповідний дозвіл медичної комісії. Європейська комісія нагадала, що медична комісія надала дозвіл на здійснення абортів при дотриманні обов'язкових умов, встановлених законодавством Норвегії, а тому, в остаточному рішенні, не знайшла в діях держави – відповідача порушення статті 2 Конвенції. Дана справа, на наш, погляд є також цікава і тим, що вперше було порушене питання, щодо права батька на народження своєї дитини. Тож як бачимо, загальна практика Європейського Суду з прав людини зводиться до концепції виникнення права на життя саме з моменту народження.

Говорячи про досвід зарубіжних країн з цього питання необхідно звернути також увагу на дослідження *Worldwide Abortion Policies*, яке було проведене в 2014 році, згідно з яким було виділено такі 4 групи країн:

1) Країни, в яких аборти дозволені лише у випадку, якщо це необхідно для збереження життя жінки. (to save the woman's life or prohibited altogether). У цій ситуації, хоча закони прямо не дозволяють аборт, процедура може бути проведена лише якщо це необхідно для життя жінки (тобто законодавець виходить з крайньої необхідності). Таких країн наразі 66 або ж це 25,5% населення світу. До цієї групи, зокрема належать: Афганістан, Ангола, Гватемала, Індонезія, Іран та деякі інші.

2) Країни, в яких аборти дозволені для збереження здоров'я жінки, передусім психічного (to preserve health and also to save the woman's life). Таких країн наразі 59 або ж це 13,8% населення світу. До цієї групи, зокрема належать: Ізраїль, Болівія, Кенія, Перу та інші.

3) Країни, в яких основою для абортів можуть бути соціально-економічні причини (socioeconomic grounds and also to save the woman's life and health). Таких країн наразі 13 або ж це 21,3% населення світу. До цієї групи, зокрема належать: Кіпр, Велика Британія, Індія, Японія та інші.

- 4) Країни, в яких аборти дозволені без обмежень (without restriction as to reason). Таких країн наразі 61 або ж це 39,5% населення світу. До цієї групи, зокрема належать: Кіпр, Велика Британія, Індія, Японія та інші. Усі країни, що належать до цієї групи, мають межу до якої проведення абортів є законним (цією межею в середньому є термін вагітності до 12 тижнів, якщо не вказано інше. Межа обчислюється з першого дня останнього менструального циклу, який мав місце за два тижні до зачаття. Так, у Франції, наприклад, аборт можна проводити до 14 тижня вагітності, у Швеції- до 18 тижня, а в Сінгапурі до 24 тижня вагітності.[2]

Крім цього, в ст.6 Конвенції про права дитини міститься наступне:

1. Держави-учасниці визнають, що кожна дитина має невід'ємне право на життя.
2. Держави-учасниці забезпечують у максимально можливій мірі виживання і здоровий розвиток дитини.

Як зазначає К.Л. Левандовський, держави-учасниці Конвенції про права дитини досить неоднаково тлумачать положення вищезазначеної статті. Таким чином, аналіз вітчизняного та законодавства зарубіжних країн дозволяє виокремити 3 основні підходи до визначення початку життя:

-абсолютистський (запліднена яйцеклітина або ембріон вже розглядається як людська істота, яка має право на життя. Тобто забороняється здійснення будь-яких дій, що здатні перешкодити чи припинити розвиток ембріона. У випадку виникнення загрози загибелі заплідненої яйцеклітини через певні об'єктивні фактори, їм слід протистояти як захворюванню людини. Таким чином, держава має вживати усіх заходів для охорони життя на будь-якій стадії розвитку. Так, наприклад, різні релігійні напрямки пропагують, що життя людини з моменту зачаття до смерті є безцінним. Так, з точки зору мусульманського права (шаріату)

аборт визнається незаконним, незалежно від причин, що спонукали до його проведення. Матеріальні труднощі, вагітність внаслідок зґвалтування не є підставами для його проведення.

Водночас, загроза життю матері або виявлені вади розвитку ембріона, які після народження здатні завдавати важких фізичних страждань дитини, можуть розглядатись як причини до проведення операції. В Ірані донедавна проведення абортів було заборонено. Однак згодом іранським парламентом було ухвалено закон, який дозволяє робити аборт в продовж чотирьох місяців вагітності, якщо життя жінки в небезпеці або зародок не розвивається нормально. У Португалії законодавство дозволяє жінкам робити аборти у випадках лише зґвалтувань або за крайніми медичними показниками.

- ліберальний підхід (ембріон не є людською істотою, а отже не потребує особливого захисту з боку держави)
- помірна (градуалістична) позиція, згідно якої запліднена яйцеклітина розвивається в людську істоту поступово, а тому ембріон має значну, але не "абсолютну" цінність.[3,с.73]

Український законодавець статтею 134 Кримінального кодексу України (далі- КК України), в редакції від 06.12.2017 року, встановлює відповідальність за незаконне проведення абортів. Об'єктом цього злочину є здоров'я вагітної жінки. При цьому очевидним є те, що в нашому законодавстві використовується саме ліберальний підхід до визначення початку життя, оскільки плід розглядається як частина організму матері, а у разі незаконного посягання на плід- як злочин проти здоров'я матері, тобто як незаконне проведення абортів. Так, наприклад, п.1.4. Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, Порядку реєстрації живонароджених і мертвонароджених, затвердженої Наказом МОЗ від 29.03.2006 N 179 (далі- Інструкція № 179) закріплює, зокрема: плід - внутрішньоутробний продукт

зачаття, починаючи з повного 12-го тижня вагітності (з 84 доби від першого дня останнього нормального менструального циклу) до вигнання/вилучення з організму матері [4].

До того ж під час вирішення питання: інтереси ненародженої дитини чи інтереси матері, пріоритет залишається за останніми. Такий "прочойсівський" підхід законодавця також підкріплюється тим, що початок життя в нашій країні пов'язаний з можливістю фізичного впливу на тіло дитини, саме з цього моменту охороняється життя громадянина. Як зазначає з цього приводу О. Дудоров, життя плоду, що відбувається в утробі матері, слід відрізнити від життя людини. Останнє, будучи самостійним позаутробним існуванням, розпочинається з початком фізіологічних пологів, а якщо говорити конкретніше, – із прорізуванням голівки дитини, що виходить з організму матері [5, с. 28]. Тобто, тонка межа між абортom та вбивством малолітньої дитини (ч. 2 ст.115 КК України) пов'язана з наявністю можливості безпосереднього фізичного впливу на тіло дитини.

Цікавим є також те, що з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами, Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 6 грудня 2017 року №2227-VIII до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України внесені зміни, які відповідно до розділу II цього Закону, набирають чинності через рік з дня його опублікування (тобто 11 січня 2019 року) ст.134 було викладено в новій редакції. Революційність Стамбульської Конвенції складно переоцінити, зважаючи на те, що державам пропонується на законодавчому рівні встановити кримінальну відповідальність за основні види насильства стосовно жінок (такі як переслідування, примусовий шлюб, ушкодження

жіночих геніталій, примусовий аборт, примусова стерилізація) і забезпечити належні та ефективні міри покарання за насильство.

Таким чином, ч.2 ст.134 КК України на сьогодні передбачає відповідальність за примушування до абортів без добровільної згоди потерпілої особи.

Академічний тлумачний словник української мови дає наступне визначення поняття : "примушувати" означає вимагати в кого-небудь виконання чогось незалежно від його волі, бажання.

Як зазначає з цього приводу Харитонова О.В., одним з підходів розробників Стамбульської конвенції було використання гендерно нейтральної мови, яка би підкреслювала, що потенційно конвенція є інструментом захисту будь-якої особи, незалежно від її статі чи гендерної ідентичності. Виключенням з принципу мовної гендерної нейтральності конвенції є примусові аборти, примусова стерилізація та каліцтво жіночих геніталій, де текстуально підкреслюється, що подібні діяння є формами насильства щодо жінок [6, с. 64-65].

За даними інформаційного агенства «Уніан», частка жінок у яких вагітність закінчується абортів не менше ніж 20 %, а в Східній Європі цей показник близько 14 %. Цікаво, що згідно опублікованої доповіді про виконання Україною Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок більшість абортів робили жінки, які перебувають в офіційному чи неофіційному шлюбі, таких виявилось 26,5 % і 34,7 % відповідно. Лише 4,2 % опитаних, які повідомили про аборт, ніколи не були заміжні/не жили в неофіційному шлюбі. Це лише підтверджує думку Тугдуала Дервіля, засновника спільноти для підтримки жінок, які зробити аборт, про те, що майже за кожним абортів стоїть якийсь чоловік. Водночас таке рішення жінка може прийняти під тиском родичів або інших осіб.

Проте чи варто забороняти аборти взагалі? Прихильники заборони абортів по різному обґрунтовують свої твердження. Так, 27.03.2017 року у

Верховній Раді України було зареєстровано законопроект, який прагне обмежити право жінок на штучне переривання вагітності. Зокрема, пропонується Статтю 50 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1993, № 4, ст.19, із наступними змінами) викласти в наступній редакції:

Стаття 50. Штучне переривання вагітності

Операція штучного переривання вагітності (аборт) може бути проведена у закладах охорони здоров'я лише у випадках та за наявності наступних обставин:

- 1) якщо вагітність несе пряму загрозу життю вагітної жінки;
- 2) наявності медичних показань щодо патології плоду, несумісної з життям дитини після народження;
- 3) зачаття дитини в результаті зґвалтування.

Вказані обставини обов'язково засвідчуються комісією відповідних експертів.[7]

В цьому плані ми повністю погоджуємося з думкою Черевко К.О., який вважає, що заборона абортів рівнозначна повному позбавленню волі, перетворенню суспільства в "демографічну в'язницю", адже фактично держава примушуватиме жінку до дітородіння, позбавить жінку права розпоряджатись власним тілом, а так само призведе до збільшення кількості кримінальних абортів.[8,с.60].

Таким чином, враховуючи той факт, що репродуктивні права є невід'ємною частиною особистих немайнових прав фізичної особи, що забезпечують її природне існування, держава не може обмежувати право жінки вирішувати питання щодо кількості дітей, однак на законодавчому рівні мають існувати заборони, які б слугували превенцією до неправомірного впливу на волевиявлення жінки.

Висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі. Провівши детальний аналіз законодавства

окремих зарубіжних країн та законодавства України, проаналізувавши нововведення, які стосуються встановлення кримінальної відповідальності за примушування до проведення абортів, нами було виявлено прерогативу у захисті здоров'я вагітної жінки. Плід же відповідно до нашого законодавства розглядається лише як частина організму матері, а життя дитини як громадянина починає захищатись з моменту отримання можливості безпосереднього впливу на тіло дитини. Щодо заборони абортів в Україні, вважаємо такі зміни недоцільними та такими, що слугуватимуть катализатором до збільшення кількості кримінальних абортів. Подальші дослідження, на нашу думку, мають бути спрямовані на дослідження таких гендерно зумовлених злочинів, як примусовий шлюб та примусова стерилізація.

Література

1. Романюк Х.І. Історичні витoki кримінально-правового регулювання відповідальності за переривання вагітності в Україні. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 1. С. 298-301.
2. The worlds abortion laws 2019. URL: <https://www.worldabortionlaws.com/>
3. Левандовські К.М. До питання правового статусу ембріона людини / К. М. Левандовські // Університетські наукові записки. 2014. № 1. С. 69-82. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2014_1_12
4. «Інструкція з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, Порядку реєстрації живонароджених і мертвонароджених», затверджена Наказом МОЗ від 29.03.2006 N 179. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0427-06>
5. Дудуров О., Балабко В. Незаконне проведення абортів: проблеми тлумачення і вдосконалення / О. Дудуров, В. Балабко // Вісник Національної академії прокуратури України. 2012. № 4. С. 26-32. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnapu_2012_4_7

6. Харитоновна О.В. Ключові засади гендерної політики в кримінальному праві України. Видавництво "Права людини". 2018. С. 344.
7. Проект Закону Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмежень по проведенню операцій штучного переривання вагітності (абортів). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61424
8. Черевко К.О. Аборт як морально-етична та філософська проблема в контексті статті 134 Кримінального кодексу України // Вісник Кримінологічної Асоціації України, 2014, № 8. URL: <http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/handle/123456789/481>