

Бибилов А.И., Бибилов С.А.

Persona и carut habere: к вопросу о юридической природе и основаниях возникновения в римском и современном гражданском праве

[Stable URL: <http://elar.uniyar.ac.ru/jspui/handle/123456789/2635>]

[Публикация работы:]

Бибилов А.И., Бибилов С.А. 2006: Persona и carut habere: к вопросу о юридической природе и основаниях возникновения в римском и современном гражданском праве // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 17, 138-153.



НАУЧНО-ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ
ЦЕНТР АНТИКОВЕДЕНИЯ
ЯРОСЛАВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
ЯРОСЛАВЛЬ, РОССИЯ

THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND



РОССИЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ АНТИКОВЕДОВ
RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ФОНД
«ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА»
ЯРОСЛАВСКИЙ ФИЛИАЛ
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
“THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES”
YAROSLAVL BRANCH



ЯРОСЛАВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

PERSONA И CAPUT HABERE:
К ВОПРОСУ О ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРИРОДЕ
И ОСНОВАНИЯХ ВОЗНИКНОВЕНИЯ
В РИМСКОМ И СОВРЕМЕННОМ
ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

В римском и современном праве в качестве фундаментальной категории, определяющей положение человека в праве, выступает понятие лица (*persona*), которое большинством исследователей переводится и интерпретируется именно как понятие «субъект права». Термин *persona* (букв. – «маска») обозначал «юридически значимый момент личности, задействованный в отношении»¹. При этом специфика гражданских отношений не требует, чтобы лицо, приобретающее права, само участвовало в данных отношениях. Способность к правам уже характеризует лицо². В этом смысле субъект права – это лицо, признаваемое правом. «Тот, кому в гражданском обороте принадлежит эта правовая сфера, кто является *ее носителем, ее центром*, – писал В. И. Синайский, – и есть лицо в праве, или субъект права»³.

Вместе с тем специфика человека как субъекта права состоит в том, что на разных этапах своего развития, в разных социальных состояниях его способности к обладанию правами и обязанностями, их осуществлению и исполнению не могут оставаться одинаковыми. В результате понимание лица как статического правового положения личности нуждается в дополнении его динамической составляющей, в качестве которой в современном праве выступает категория правосубъектности.

Исторически прообразом термина «правосубъектность» была римская правовая конструкция «*caput*» (лат. – *голова, человек*)⁴. Как отмечал римский юрист Павел, именно *голова «дает тот образ, по которому нас распознают»* (D. 11. 7. 44)⁵. Однако человек, по римскому праву, в отличие от права современного, автоматически не ассоциировался с личностью, субъектом права. В качестве биологической субстанции люди представляли собой особый вид материальных объектов, среди которых одни с помощью категории *capitis* приобретали статус лица (*personae*) – субъекта права, а другие квалифицировались как вещи (*res*), причем как особые, наиболее ценные вещи, получившие название *манципируемых вещей* (*res mancipi*). Рабы, как такого рода вещи, конечно, признавались людьми и даже лицами (*personis, servile caput*), но лицами чужого права, лишенные ка-

* Биби́ков Алекса́ндр Ива́нович – доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права и процесса Ивановского государственного университета, директор Ивановского филиала Центра изучения римского права; Биби́ков Серге́й Алекса́ндрович – юрист Дирекции по правовым вопросам ОАО «СеверСталь». Статья сделана на основе доклада, прочитанного на IV международной конференции «Римское частное и публичное право: многовековой опыт развития европейского права», Иваново (Суздаль) – Москва, 25–30 июня 2006 г.

¹ До́ждев Д. В. Римское частное право. М., 1996. С. 252; Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права. Рига, 1924. С. 25; Ефи́мов В. В. Догма римского права. Общая часть. СПб., 1893. С. 44; Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения): Пер. с чешск. М., 1989. С. 244.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 2003. С. 99.

³ Синайский В. И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 91.

⁴ Бартошек М. Указ. соч. С. 60; Гарсиа Гарридо М. Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты. М., 2005. С. 224.

⁵ Здесь и далее цит. по: Дигесты Юстиниана. Т. I–VII / Пер. с лат.; Отв. ред Л. Л. Кофанов. М., 2001–2005.

ких-либо личных, семейных или имущественных прав. «Раб, – говорит тот же Павел, – не имеет никаких прав и не может быть ограничен в правах» (D. 4. 5. 3). Таким образом, первый вывод, который следует сделать, состоит в том, что категория *сарит* была тем технико-юридическим средством, с помощью которого римское право обеспечивало ограничение субъектов от объектов гражданских прав.

Вопрос о соотношении понятий «*persona*» и «*сарит*» в римском праве, по всей видимости, не получил окончательного разрешения. По крайней мере, ни в источниках римского права, ни в работах романистов мы не находим четкого разделения этих понятий. Напротив, понятия «*persona*» и «*сарит*» часто отождествляются⁶. Если раб или подвластный, указывает Павел, совершил кражу, а затем был отпущен (эманципирован), то иск можно вчинить отпущенному (эманципированному), ибо «*поха enim sarit sequitur*», то есть «эта ответственность (вина) следует за лицом»⁷. Единодушен в этой терминологии и Ульпиан: «*Qui liberum sarit, то есть тот, кто отпустит на свободу свободное лицо, манципированное ему отцом или фиктивным покупателем, по аналогии с патроном становится опекуном*»⁸. Однако указанная подмена понятий в контексте данных примеров вполне объяснима, так как оба юриста хотят подчеркнуть в этой ситуации особенность положения данных лиц как лиц, только что получивших «статус лица своего права», в одном примере, или статус свободы, в другом, или, иными словами, *sarit habere*, «обладание головой».

Вместе с тем источники дают нам и иные примеры. Во-первых, термин лицо (*persona*) достаточно часто употребляется в качестве обычного обозначения субъекта права, от поведения которого, возникают те или иные последствия⁹. Во-вторых, оно может использоваться в смысле личного положения лица, которое должно быть учтено при назначении ему наказания¹⁰. В-третьих, лицами, наряду с полноправными, называют и тех, кто не имеет своего права, находится под опекой, в кабале, под властью мужа, и даже рабов, которые приобретают имущество для лиц своего права (домовладыки, господина)¹¹.

Эти разные качества лица (*personae*), как мы уже обнаружили, предопределялись статусами (*status*) – еще одной конструкцией римского права, употребление которой юристами, впрочем, тоже не отличалось единообразием. Общим в понимании категории статуса является его трактовка как разных социально-правовых состояний (свободы, гражданства, семейного состояния), изменение которых (*status permutatio*¹² или *status commutatio*¹³) приводило к изменению *sarit habere*. Однако, наряду с объективным аспектом изменения статусов, римский юрист Павел говорит о свободном человеке, который «имеет власть над своим статусом», о возможности в делах о свободе «защитить свой статус»¹⁴, а Ульпиан указывает на возможную «неуверенность человека в своем статусе»¹⁵, которая лишает его способности действовать с юридическими последствиями. То есть это позволяет рассматривать статусы в субъективном смысле слова, как состояния лица, зависящие от его воли.

⁶ См., например: Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право (базовый учебник). М., 1999. С. 68.

⁷ Юлий Павел. Пять книг сентенций к сыну. Фрагменты Домиция Ульпиана / Пер. с лат. Е. М. Штраерман; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 1998. С. 52–53.

⁸ Там же. С. 179.

⁹ Там же. С. 189.

¹⁰ Там же. С. 23, 25, 113.

¹¹ Гай. Институции / Пер. с лат. Ф. Дыдынского; Под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. М., 1997. С. 32–33, 51, 55, 66–67, 358–359; Институции Юстиниана / Пер. с лат. Д. Расснера; Под ред. Л. Л. Кофанова, В. А. Томсинова. М., 1998. С. 30–31, 117–121.

¹² Гай. Институции. С. 70–71.

¹³ Институции Юстиниана. С. 52–52.

¹⁴ Юлий Павел. Пять книг сентенций к сыну. Фрагменты Домиция Ульпиана. С. 71, 39, 109, 180–181.

¹⁵ Там же. С. 197.

Проведенный анализ источников римского права показывает, что категории *persona*, *status* и *caput habere* употреблялись в праве в строго логической взаимосвязи. Категория *лица (persona)* – это общее обозначение человека в праве, как правосубъектного, так и не правосубъектного или ограниченно правосубъектного (например, раба, подвластного). Человек как субъект права появляется в праве только в случае распространения на него со стороны права особого качества *caput habere* (букв. – иметь, обладать, считаться субъектом). В этом смысле лицо лишь тот, кто обладает качеством «считаться субъектом права», то есть правосубъектностью. Именно поэтому термин *лицо* в узком, специально правовом смысле слова равнозначен термину *caput habere* (правосубъектное лицо). Правовое положение лица, его правосубъектность зависит от статусов. Они формируют правосубъектность. Изменения статусов приводят к изменению правосубъектности в виде *capitis deminutio* (лат. – уменьшение, ослабление правосубъектности). Как уже отмечалось, статусы (состояния) лиц обусловлены не только объективными, но и субъективными обстоятельствами, в том числе волей самого лица, способного менять этот статус (заложить свою личность, сменить гражданство, эмансипироваться и др.). Тем самым статусы лица носили значение особого инструментария, с помощью которого лицо меняло свою правосубъектность, вплоть до ее уничтожения (*caput non habere*).

Опыт конструирования субъекта права, примененный римскими юристами, может быть использован и в современном праве. Правосубъектность – это правовая категория, отражающая связь права с человеком, категория, манифестирующая положение человека, физического лица в праве. Эта манифестация не может происходить автоматически с появлением человека, без права. Только в праве, в правовом порядке о человеке можно говорить как о субъекте, а значит, и о его правосубъектности. «*Nominum causa omne ius constitutum est*», – писал Гермогениан, – «право существует ради людей» (D. 1. 5. 2).

Правосубъектность как общественно-юридическое качество (состояние) человека немыслима ни без человека, ни без права. Но это вовсе не означает, что сам человек и право выступают основаниями возникновения правосубъектности данного лица. Человек – это особый продукт органической жизни природы, «высшая ступень живых организмов на земле». Как «живой организм человек включен в природную связь явлений и подчиняется биологическим закономерностям»¹⁶ Однако эта биологическая составляющая еще не делает человека субъектом права.

Возникновение правосубъектности человека (*caput habere*) связано с жизненными обстоятельствами, которым закон придает юридическое значение в качестве фактов, предопределяющих момент появления юридически значимой личности. В этом смысле правосубъектность как социально-юридическое качество находится во власти юридических фактов, которые предопределяют и ее возникновение, и ее возможную динамику.

Реальный субъект права не может возникнуть только из природы вещей, так же как он не может возникнуть и из самого права. И. Кант, рассматривая антропологию человека в «физиологическом» и «прагматическом» отношении, писал, что первая исследует то, что «делает из человека природа», вторая же – то, что «он, как свободно действующее существо, делает или может и должен делать из себя сам»¹⁷. Эти две стороны характеристики человека складываются только через жизненные обстоятельства, которым закон придает правовое значение, то есть через юридические факты. В этом плане юридический факт, рассматриваемый в единстве материального содержания (жизненного обстоятельства) и юридической формы (закрепления в праве)¹⁸, безусловно лежит в основании появления субъекта права, возникновения его правосубъектности.

Юридическим фактом, предопределяющим появление правосубъектности, выступает рождение человека. Начало правоспособности физического лица единодушно в цивили-

¹⁶ Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 769–770.

¹⁷ И. Кант. Соч. М., 1966. Т. 6. С. 351.

¹⁸ В литературе эти две характеристики юридических фактов именуются «моментами» или «сторонами». См.: Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве. М., 1984. С. 12–13; Данилин В. И., Реутов С. И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989. С. 6–7.

стической науке связывалось и связывается с моментом рождения¹⁹ «Рождение – акт отделения младенца от чрева матери, – писал Д. И. Мейер, – исходный пункт, с которого начинается физическая личность, начало самостоятельного бытия человека, вместе с тем и есть начальный момент его юридической жизни»²⁰ Именно с момента рождения человек приобретает качество субъекта права и правосубъектность, как состояние бытия человека в праве, так и обеспеченные правом его материальные, юридические и волевые способности.

Рождение и смерть с древних времен выступали основополагающими ориентирами в оформлении правового статуса человека. Вместе с тем гражданско-правовое оформление римского общества предопределяло особую специфику приобретения человеком статуса субъекта права (*persona*). Статус лица человек мог приобрести либо *естественным* (биологическим) путем, либо путем *правовым*. Последний всегда зависел от проявления воли свободного человека – акта *manumissio*, то есть освобождения из-под власти²¹, направленной на то, чтобы освободить раба как *человека-вещь* от своей вещной власти. Позднее стали допускать освобождение рабов и через совершение юридических поступков, например путем оставления большого раба господином.

В римском праве, в отличие от современного, рождение как биологический акт появления субъекта права вместе с тем так же не было свободно от права, поскольку влекло данное юридическое последствие только при условии рождения человека от свободной женщины. «Свободнорожденные – это родившиеся от свободной матери; достаточно, чтобы она была свободной во время рождения, хотя бы она зачала, будучи рабыней» (D. 1. 5. 5. 2). В связи с этим в романистической литературе было высказано соображение, что для определения статусов, формирующих личность, значение имел не факт рождения, а момент зачатия ребенка²². Однако анализ источников показывает, что факт зачатия ребенка не порождал субъекта. Как отмечал Марциан, если мать зачала, «будучи свободной, а ко времени родов сделалась рабыней, то признано, что рожденный является свободным независимо от того, зачала ли она состоя в законном браке или вне брака, так как бедствия матери не должны вредить тому, кто находится во чреве» (D. 1. 5. 5. 2).

Плод в чреве матери, *насцитур* (*nasciturus* – зачатый, но еще не родившийся ребенок), получал правовую защиту только при соблюдении условия о статусе свободы матери. Объяснялось такое особым статутным положением личности в гражданских отношениях. В частности, в силу действия статуса свободы именно с момента зачатия можно было определять правовое положение ребенка: если мать была свободна в любой момент между зачатием и родами, то и ребенок считался свободным²³. Факт зачатия ребенка не порождал субъекта: «Касательно плода чрева рабыни не допускается никакого разграничения времени, и совершенно правильно, поскольку о еще не рожденном плоде неправильно говорят, что он был человеком» (D. 35. 2. 9). Зародыш, плод в чреве матери воспринимался гражданским правом «как существующий в природе вещей» (D. 1. 5. 26).

Вопрос, что представляет собой рождение как биологический акт и юридический факт, порождающий правоспособность физического лица, остается до настоящего времени открытым.

¹⁹ Васильковский Е. В. Учебник гражданского права. М., 2003. С. 89; Мейер Д. И. Указ. соч. С. 100; Синайский В. И. Указ. соч. С. 93; Гражданское право: В 4 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2004. Т. 1. С. 152.

²⁰ Мейер Д. И. Указ. соч. С. 100.

²¹ Бартошек М. Римское право... С. 212.

²² Ничипорук П. *Nasciturus-postumus*: римская юридическая терминология, применяемая для определения зачатого ребенка // Древнее право = *Ius antiquum*. 2004. № 2 (14). С. 116.

²³ Бартошек М. Указ. соч. С. 81, 221.

Понятия рождения как термина в медицинской науке не существует. Есть понятие родов. Роды – это физиологический процесс изгнания плода, плаценты с плодными оболочками и околоплодными водами из матки через родовые пути после достижения плодом жизнеспособности²⁴ Роды, в конечном счете, ведут к рождению ребенка, которое представляет собой уже юридическую категорию. «Самостоятельное существование человека начинается с момента его рождения. С этого же момента он становится правоспособным лицом»²⁵

В аспекте начала правоспособности физического лица рождение, безусловно, должно рассматриваться в качестве юридического факта. Как вид юридического факта рождение следует отнести к числу юридических событий, правда относительных, что обусловлено в первопричине волевой деятельностью людей. Рождение выступает как правообразующий и правоизменяющий факт и не может быть правопрекращающим или правосстанавливающим фактом. По времени действия рождение относят к кратковременным событиям²⁶ Не трудно заметить, что данные характеристики рождения как юридического факта в значительной степени сближают его с медицинским понятием родов.

Между тем рождение как биологическое явление можно рассматривать в двух аспектах: в широком и в узком смысле этого слова. Рождение, взятое в широком его значении, это не момент, а процесс, на разных этапах которого могут формироваться юридические последствия, предопределяющие появление в будущем субъекта права. В этом процессе рождение, взятое в узком смысле слова, составляет всего лишь последний, конечный юридический факт, который, вместе с тем, только и манифестирует нам нового субъекта права. Именно этот последний факт фиксируется правом и становится, как правило, предметом внимания юридической науки.

Однако не меньший интерес и практическое значение представляет как раз исследование рождения в его широком смысле слова. Именно *в рождении как процессе* в тесном переплетении высвечиваются две проблемы: 1) проблема *рождения, взятая в системе развивающихся юридических фактов*, и 2) проблема *правового режима «объекта», развивающегося от момента зачатия человека до момента его рождения*, то есть персонализации как субъекта права.

Рассмотрение рождения в системе юридических фактов позволяет выявить сложную цепочку разных юридических обстоятельств, предопределяющих возникновение живого человеческого организма и порождающих в связи с этим разные последствия психологического, медицинского, социального, правового характера.

Зарождение человеческой жизни начинается с *зачатия* и развивается до полного отделения плода от организма матери и начала самостоятельного дыхания. С точки зрения биологического процесса «истинное начало новой жизни – это оплодотворение»²⁷ Именно с момента зачатия новая жизнь начинает свое развитие. Зачатие как юридический факт обычно представляет собой относительное, кратковременное юридическое событие. Однако последние достижения в области искусственного оплодотворения позволяют рассматривать зачатие в виде совокупности юридических фактов – соглашений с супругами, суррогатной матерью и медицинским учреждением (ст. 51, 52 Семейного кодекса РФ, ст. 35 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан²⁸) и односторонних действий заинтересованных лиц, преследующих цель рождения ребенка.

С момента оплодотворения и до появления на свет в утробе матери находится лишь *биологический компонент будущего человека*, юридическая судьба которого целиком и полностью предопределяется *сроками беременности и волей самой матери*. Окружаю-

²⁴ Большая медицинская энциклопедия. М., 1967. Т. 22. С. 327.

²⁵ Васильковский Е. В. Указ. соч. С. 89.

²⁶ Данилин В. И. Реутов С. И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989. С. 112–114.

²⁷ Брусиловский А. И. Жизнь до рождения. М., 1984. С. 88.

²⁸ Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1318.

шая внешняя среда, социальные факторы действуют на него только через материнский организм. Все многообразие социального во многом станет влиять на него лишь после рождения, и тогда его жизнь подчинится не только биологическим, но и социальным законам.

Однако в связи с появлением биологического компонента человека сразу же возникает вопрос о *правовом режиме такого «объекта»*. Какова правовая природа этого объекта? Следует ли относить этот объект, как, безусловно, объект материальный, к числу вещей или все же субъектов права? К сожалению, следует констатировать, что человеческая жизнь в периоде между зачатием и рождением законом вообще не регламентируется. Отдельные аспекты ее подвергаются регламентации ведомственными актами, хотя и в понимании объекта гражданских прав и с точки зрения статуса личности человеческая жизнь должна регулироваться законом.

Как уже отмечалось, римское право рассматривало плод в чреве матери «как существующий в природе вещей» (D. 1. 5. 26). Однако даже в этом качестве *такая «вещь» обеспечивалась законом особо*. Насцитуруса (плод в чреве матери) в случае смерти мужа беременной жены предписывалось тщательно охранять: согласно обычаю данной области «следует установить наблюдение и за беременной женщиной, и за рождающимся ребенком» (D. 25. 4. 1. 15); претор требует, чтобы во время осмотра такой женщины «ни одна из них (женщин)... не касалась живота женщины против ее воли. Женщина должна находиться во время родов в доме честнейшей женщины, которую я (претор) назначаю» (D. 25. 4. 1. 10). Искусственное изгнание плода уже тогда каралось уголовным наказанием: «кто дает напиток, вызывающий выкидыш..., даже совершая это без (злого) умысла, тем не менее (подлежат наказанию), так как это дело подает дурной пример; те, кто принадлежит к низшим, (приговариваются) к рудникам, а почтенные высылаются на остров с лишением части имущества» (D. 48. 19. 38. 5). Эти положения нашли отклик и в старом русском законодательстве. Зародыш представляет собой часть организма матери, и «ему еще нельзя предоставить какого бы ни было права, то есть власти в общежитии, — замечал Е. В. Васильковский, — но он не может быть оставлен без охраны со стороны закона, который должен гарантировать ему возможность вступить в жизнь и сделаться лицом». Русский закон строго карает изгнание плода и убийство беременной женщины (ул. 1261–1263, 1452), относит к числу наследников ребенка, хотя не родившегося еще, но уже зачатого при жизни отца (X, 1106), «словом, заботится о находящемся в утробе матери младенце»²⁹

Человеческий плод, вместе с тем, *при условии рождения* сразу же мыслится в гражданском праве в качестве субъекта. Под условием рождения по римскому праву насцитурусу гарантировались права, «как если бы он находился среди людей»: «Кто находится во чреве, охраняется, как если бы он находился среди людей, в случае если дело идет о выгодах самого плода, однако до его рождения никому другому никакой выгоды не будет» (D. 1. 5. 7). Оценивая действующее российское законодательство, В. И. Синайский отмечал, что возникает сомнение, нельзя ли считать началом физического лица зачатие ребенка, поскольку от права наследования не устраняются дети, зачатые при жизни отца, но еще нерожденные до его смерти (п. 2 ст. 1106). Выходит, что зачатый уже имеет права. Но такой вывод неправилен. Зачатый не имеет никаких прав. Право наследования для него лишь охраняется на случай его рождения³⁰. На аналогичных позициях стоит и современное право. В соответствии с ч. 2 § 1923 ГГУ насцитурус может приобретать гражданские права, если он затем родится живым³¹

Вместе с тем следует учитывать, что каждый следующий срок беременности женщины как строго определенный юридический факт видоизменяет нерожденного ребенка, все более приближая его к человеческой личности. Уже с 18 дня формируется собственная система кровообращения. В 50 дней готовы все отделы центральной и периферической нервной системы, фиксируются мозговые импульсы (а это основное в определении

²⁹ Васильковский Е. В. Указ. соч. С. 89.

³⁰ Синайский В. И. Указ. соч. М., 2002. С. 93.

³¹ Шанн Я. Основы гражданского права Германии. М., 1996. С. 205.

того, жив человек или нет)³² Шведский фотограф Леннарт Нильсон сумел снять на пленку в утробе матери развитие зародыша человека до рождения. Нильсон снял тысячи кадров в недрах матки, которые засвидетельствовали следующее. В пять месяцев человеческий плод весит около фунта и проявляет свой дурной или хороший нрав. Он уже слышит громкие крики из шумного мира, в котором живет его мать, по-своему их пугается или, напротив, если характер у него агрессивный, сердится и грозит. Он уже чутко реагирует на настроения матери. В шесть месяцев человеку уже тесно в утробе матери, и он готовится покинуть ее, поворачиваясь вниз головой. В семь месяцев плод открывает глаза! И хотя там, где он живет, очень темно, смотрит, не смыкая век, словно не терпит-ся ему увидеть красочные картины, которые скоро откроет перед ним жизнь³³

Английские ученые зафиксировали множество звуков, исходящих от плода. В книге американского ученого Т. Верни «Скрытая жизнь ребенка до его рождения» отмечается, что личность человека формируется задолго до его появления на свет. Начиная с 24-й недели ребенок постоянно реагирует на шумы. Но ритмичное биение сердца матери доминирует над всеми шумами. Пока этот ритм не меняется, он чувствует себя в безопасности. Подсознательное воспоминание о биении материнского сердца, по-видимому, служит причиной того, что после рождения ребенок успокаивается, как только его берут на руки. Зрение не родившегося ребенка развивается более медленно, чем слух, хотя нельзя сказать, что ребенок ничего не видит. Начиная с шестой недели он реагирует на свет. Он знает, когда его мать загорает на солнце, хотя в целом ему этот свет не мешает. Он реагирует на отдельный световой луч, направленный на живот его матери, чаще всего отворачивая голову или подпрыгивая. В 1925 г. американский биолог и психолог У. Кэнон представил факты, что страх и беспокойство ведут к появлению в крови животных и человека особых химических веществ – катехоламинов. Если страх или беспокойство испытывает беременная женщина, эти вещества проникают через пуповину с ее кровью к ребенку. В результате ребенок тоже начинает испытывать беспокойство. Т. Верни утверждает, что одновременно эти вещества играют роль стимуляторов и пробуждают у ребенка примитивное самосознание и эмоциональное восприятие действительности³⁴.

Эти, казалось бы, ясные заключения еще раз подчеркивают особую значимость правового режима насчитуров и определения тех юридических фактов, которые разграничивают в этом режиме содержание и время существования *прав женщины на находящийся в ней плод* (как особый «объект») и *прав самого плода*. Распорядительные права женщины на плод заключаются в возможности проявления воли, направленной на прерывание беременности (прекращение жизни плода), которому противостоит право на жизнь, находящегося в чреве женщины плода. Прерывание беременности – это вмешательство в личные права женщины и зачатого ребенка. «Соблюдение этих прав, – справедливо замечают Я. Дргонец и П. Холлендер, – не поддается такому правовому регулированию, при котором не ущемлялась бы ни одна сторона. Если признается право на жизнь находящегося в чреве матери плода, то ограничиваются права матери, и, наоборот, если мать вправе прервать беременность, то полностью отрицаются права человеческого зародыша»³⁵ Немаловажную роль в разрешении этого конфликта играют такие юридические факты как *срок беременности* и *жизнеспособность плода*.

Анализ действующего российского законодательства показывает, что в вопросе соотношения прав матери на плод и прав самого плода никакой конкуренции не существует. Права матери на плод как на материальный объект и возможность распоряжения им возникают с момента зачатия и с теми или иными ограничениями продолжают вплоть до родов. В соответствии со ст. 36 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан «каждая женщина имеет право самостоятельно решать вопрос о материнстве. Искусственное прерыва-

³² Брусиловский А. И. Указ. соч. С. 103; Павленко И. Безмолвный крик. С. 17.

³³ Акимущкин И. Занимательная биология. М., 1972. С. 90–91

³⁴ Литературная газета. 1982. 2 июня; Брусиловский А. И. Указ. соч. С. 105.

³⁵ Дргонец Я., Холлендер П. Современная медицина и право. М., 1991. С. 197.

ние беременности проводится по желанию женщины при сроке беременности до 12 недель, по социальным показаниям – при сроке беременности до 22 недель, а при наличии медицинских показаний и согласия женщины – независимо от срока беременности».

Таким образом, при сроке беременности до 12 недель женщина обладает *абсолютным субъективным правом лишить человеческий плод жизни*. Обоснование этого права может быть только одним: до 12 недель человеческий эмбрион является лишь придатком к организму женщины. Однако приведенные выше данные свидетельствуют об обратном. Более того, имеются наглядные данные о том, как ведет себя плод в момент производства аборта. Американский акушер-гинеколог заснял с помощью ультразвуковой аппаратуры эту операцию. Зародыш чувствует смертельную опасность и пытается ускользнуть от хирургического инструмента. Удары его сердца учащаются в это время от 140 до 200 в минуту³⁶

При сроке беременности от 12 недель, как следует из закона, *пределы субъективного права* женщины на распоряжение плодом *ограничиваются*. Искусственное прерывание беременности с этого срока вплоть до момента родов допускается здесь *по медицинским показаниям*: а) острые и подострые воспалительные заболевания женских половых органов; б) острые воспалительные процессы любой локализации; в) острые инфекционные заболевания³⁷. Как ни странно, такие пределы ограничения права устанавливаются не законом, а ведомственным актом, хотя речь идет не о простом распорядительном акте вещной власти, а распорядительном акте, направленном все же на прекращение человеческой жизни; перечень медицинских показаний не обусловлен угрозой жизни и здоровья женщины или плода; ну и, главное, закон здесь допускает искусственное прекращение жизни физиологически сформировавшихся в утробе матери жизнеспособных детей.

Многие из таких операций, производимых на поздних сроках беременности, противостоят всем медицинским требованиям либо обосновываются фиктивными, часто сфабрикованными врачами показаниями о необходимости операции. Зачастую они представляют собой не что иное, как искусственно вызванные роды, и речь идет фактически уже не об аборте, а об убийстве. Как отмечают криминологи, этому способствует и редакция ст. 123 УК РФ, описывающая незаконный аборт. Она устанавливает один конструктивный признак – это производство операции лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля. Следовательно, не является незаконным аборт, произведенный лицом, имеющим соответствующее образование, но в нарушение медицинских показаний. Нельзя умалять и нравственное значение рассматриваемой проблемы: «допущение» уголовным законом подобных операций на поздних сроках в определенной мере способствует формированию решимости беременной женщины на фактическое убийство ребенка, внушает мысль о нормальности, естественности этого акта³⁸

При сроке беременности от 12 до 22 недель *пределы субъективного права* женщины на распоряжение плодом расширяются дополнительно к медицинским еще и *социальными показаниями*. В соответствии с постановлением Правительства РФ от 11 августа 2003 г. № 485 искусственное прерывание беременности допускается при наличии следующих социальных показаний: 1) наличия решения суда о лишении или ограничении родительских прав; 2) беременности в результате изнасилования; 3) пребывания женщины в местах лишения свободы; 4) наличия инвалидности 1–2 групп у мужа или смерть мужа во время беременности³⁹

³⁶ Павленко И. Безмолвный крик // Здоровье. 1992. № 1. С. 16–17.

³⁷ Инструкция о порядке проведения операций искусственного прерывания беременности. Утв. приказом Минздрава РФ от 14 октября 2003 г. № 484 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2003. № 52.

³⁸ Волкова Т. Правовая защита права на жизнь новорожденного // Законность. 2004. № 4.

³⁹ О перечне социальных показаний для искусственного прерывания беременности. Постановление Правительства РФ от 11 августа 2003 г. № 485 // Собрание законодательства РФ. 2003. № 33. Ст. 3275.

Безусловно, показания применения искусственного прерывания беременности могут существовать. Например, во многих странах Западной Европы с середины до конца XX в. пределы права женщины на аборт менялись несколько раз. Сначала аборт был разрешен только по медицинским показаниям (наличие угрозы для жизни матери, сомнения в жизнеспособности плода). Затем пределы данного права были расширены указанием на допустимость аборта и по социальным показателям (бедность женщины, отсутствие мужа). Однако со временем в связи с ростом благосостояния законодатели многих стран вновь ограничили право женщины на аборт только медицинскими показаниями. В США взгляд на право женщины на аборт в последние годы столкнулся с резким сопротивлением общественности, в результате чего Сенат Конгресса США в резолюции 1981 г. № 19 рекомендовал начать разработку дополнения к Конституции, в котором признавалась бы правосубъектность плода с момента зачатия, а тем самым и право на охрану от аборт. Естественно, что в этих условиях вопрос о допустимости аборт, мотивированных не интересами охраны здоровья, стал решаться несколько иначе⁴⁰

Россия по числу аборт стоит на одном из первых мест в мире: 83 прерывания беременности на 1000 женщин. По количеству аборт на 100 рождений мы в 8 раз опережаем США, в 10 раз – Англию и Францию, Нидерланды – в 20 раз. Из трех беременностей родами завершается только одна. Ежегодно прерывается более 170 тыс. первых беременностей, что часто заканчивается для женщины бездетностью⁴¹ Естественно поэтому, что использование медицинских и социальных показаний для прерывания беременности в современных условиях вызывает сомнение. Например, «наличие беременности в результате изнасилования» вообще не может быть отнесено к социальному показанию. Это скорее психологическое показание, поэтому не совсем понятно, почему женщина должна ждать в этом случае наступления более позднего срока беременности, чтобы прибегнуть к аборту и, тем самым, к еще одной психологической травме. Другие из пунктов, указанных в перечне, также не могут стать весомее ценности зарождающейся человеческой жизни. Многие из указанных обстоятельств могут быть решены при элементарном изменении социальной политики государства. При профиците государственного бюджета все же можно найти средства для оказания помощи одиноким женщинам и инвалидам, создания институтов поддержки беременных женщин, находящихся в местах лишения свободы, и защиты новорожденных от неблагополучных родителей. Тем более это можно сделать в рамках разработки Национальной программы демографического развития России⁴², в которой как раз отсутствуют конкретные мероприятия в этой чрезвычайно важной области.

Исходя из этого, считаем целесообразным изменить редакцию ст. 36 Основ законодательства об охране здоровья граждан, исключив из нее положения о социальных показаниях прерывания беременности. Часть 1 ст. 36 изложить следующим образом: *«Каждая женщина имеет право самостоятельно решать вопрос о материнстве. Искусственное прерывание беременности проводится по желанию женщины при сроке беременности до 12 недель, а при наличии медицинских показаний, связанных с генетическим поражением плода или угрожающих жизни и здоровью ребенка и (или) матери, с согласия женщины – независимо от срока беременности»*. Часть 3 ст. 36 изложить в редакции: *«Перечень медицинских показаний и порядок разрешения искусственного прерывания беременности при сроке беременности более 12 недель утверждается Правительством Российской Федерации»*.

Последние достижения медицинской науки открыли возможности лечения больных (в том числе раковых) с помощью стволовых клеток, источником которых может стать клонирование человеческого вещества, а также использование человеческого плода и даже плаценты. Нередки случаи «покупки плода» еще до рождения ребенка. По данным Председателя Комитета по социальной политике Совета Федерации Валентины Петрен-

⁴⁰ Малиновский А. А. Пределы субъективного права // Журнал российского права. 2005. № 11; Дроговец Я., Холлендер П. Указ. соч. С. 197–198.

⁴¹ Танькова Я. Первый срок отбываем в утробе... // Комсомольская правда. 2004. 18 нояб.

⁴² Смольякова Т. Цена невымирания // Российская газета. 2006. 24 мая.

ко, в 2004 г. более 600 родившихся младенцев не были внесены в базу данных, предположительно являлись «отказниками» и были контрабандой вывезены за рубеж. Эти факты порождают новые морально-этические и правовые проблемы. В связи с этим органы здравоохранения многих стран наложили запрет на работы, связанные с использованием абортированных плодов, пока не будут решены указанные проблемы. В нашей стране также озвучены заслуживающие поддержки предложения об установлении общего правила, что зачатие и аборт только с целью получения материала для трансплантации, фармацевтики и научных исследований не разрешаются. Подобные операции в порядке исключения, видимо, надо разрешить в интересах жизни и здоровья близких, если это может стать единственным способом их спасения⁴³

Рассмотрение вопроса об искусственном прерывании беременности показывает, что на уровне закона устанавливается запрет на уничтожение плода по социальным показаниям с 22 недели беременности. Этот срок, по всей видимости, выступает юридическим фактом, дающим возможность предполагать жизнеспособность плода, а значит, разрешение конфликта прав беременной женщины и ребенка в пользу последнего. С этого времени, можно констатировать, человеческому плоду должно быть гарантировано законом право на жизнь. Следует иметь в виду также, что в жизни достаточно часты случаи рождения детей именно в этом «возрасте». В России каждый год появляется на свет около 20 тысяч таких детишек, вес которых колеблется от 500 до 1000 граммов. В Германии с весом менее 500 граммов ежегодно рождается около 400 детей⁴⁴. Поэтому в медицинской практике время с 22 недели беременности получило название *перинатального (околородового) периода*.

Поскольку наступление перинатального периода связывается с потенциальной возможностью родов, то принципиальное значение для признания и защиты права плода на жизнь с этого времени имеет определение его *жизнеспособности* или *живорожденности*.

Если опять обратиться к истории, то можно увидеть, что по римскому праву юридическая судьба nasciturусов предопределялась именно их рождением, которое, однако, должно было отвечать целому ряду условий. Во-первых, рождение считалось состоявшимся, если свершилось в отношении жизнеспособного ребенка. Следует иметь в виду, что речь здесь шла о *потенциальной его жизнеспособности*. Последняя определялась доношенностью младенца, наступающей после шестого месяца беременности. В силу авторитета ученойшего медика Гиппократы, *жизнеспособным (выношенным плодом) считали ребенка, рожденного на седьмом месяце беременности* (D. 1. 5. 12). На наш взгляд, это положение является принципиальным, поскольку в вопросе признания за человеческим плодом права на жизнь исходным началом выступает все же определенный срок беременности, а значит, выношенность ребенка. Во-вторых, даже при нормальном сроке беременности *ребенок должен выйти из утробы матери* (D. 28. 2. 12), то есть *рождение должно состояться*. «Плод чрева до рождения, – считал Ульпиан, – является частью женщины или (ее) чрева» (D. 25. 4. 1. 1). В-третьих, ребенок должен *родиться живым*. В отличие от потенциальной жизнеспособности живорожденность ребенка должна проявиться объективно: *движением, криком или дыханием ребенка* (C. 6. 29. 3). В-четвертых, новорожденный должен соответствовать *образу человека*, отдельные отступления от которого, впрочем, не порочили правопорождающих последствий. «Не считаются детьми те, – отмечал Павел в четвертой книге «Сентенций», – которые родились, имея вид, противоположный человеческому роду и извращенный... Детеныш же, у которого свойства человеческих членов увеличены, в известной мере считается произведенным на свет и потому причисляется к детям» (D. 1. 5. 14).

Эти положения во многом предопределяют современные представления о *жизнеспособности* и *живорожденности* человеческого плода. Как уже отмечалось, предпосылкой

⁴³ Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001. С. 59.

⁴⁴ Краснопольская И., Соколова И. Убийство по диагнозу // Российская газета. 2002. 30 авг.

родов как физиологического явления выступает жизнеспособность плода, которая определяется сроком беременности. К сожалению, закон не определяет конкретного срока беременности, с которым связывалось бы понятие жизнеспособности человеческого плода. Отсюда разная трактовка этого понятия.

Представители уголовно-правовой науки под жизнеспособностью понимают способность новорожденного продолжать жизнь вне материнского организма в обычных условиях. Она определяется до изгнания плода, то есть до родов⁴⁵ Иной взгляд состоит в том, что не только продолжительность внутриутробной жизни, но и установление жизнеспособности ребенка после родов составляет содержание этого понятия. Плод в утробе матери имеет все признаки жизни, кроме одного – он еще не живет самостоятельно и не является субъектом права на свою защиту в уголовно-правовом значении⁴⁶

В медицинской литературе жизнеспособным считается плод после 28 недель беременности при весе не менее 1000 г и росте 35 см. Дети, родившиеся живыми между 28 и 38 недель беременности с массой менее 2500 грамм и ростом менее 45 см, считаются недоношенными. Если плод родился раньше 28 недель с массой ниже 1000 г и длиной тела менее 35 см, то он считается поздним выкидышем. Но все же если он выживает, то при выписке выдается справка о рождении недоношенного ребенка⁴⁷ Тем самым мы видим единодушную трактовку *жизнеспособности как качества, характеризующего субъекта права (ребенка), а не плода*, юридическими основаниями возникновения которого выступают: 1) срок беременности, порождающий презумпцию жизнеспособности, 2) роды как физиологический акт и 3) живорожденность.

Критерии живорожденности в настоящее время определяются Инструкцией «Об определении живорождения, мертворождения, перинатального периода», утвержденной приказом Минздрава РФ № 318 и постановлением Госкомстата РФ № 190 от 4 декабря 1992 г. «О переходе на рекомендованные всемирной организацией здравоохранения критерии живорождения и мертворождения». В соответствии с п. 1 Инструкции живорождением является «полное изгнание или извлечение продукта зачатия из организма матери *вне зависимости от продолжительности беременности* (выделено нами. С. Б.), причем плод после такого отделения дышит или проявляет другие признаки жизни, такие как сердцебиение, пульсация пуповины или произвольные движения мускулатуры, независимо от того, перевязана ли пуповина и отделилась ли плацента. Каждый продукт такого рождения рассматривается как живорожденный». Вместе с тем перинатальный период, согласно п. 4 Инструкции, остался тем же, как его ранее обозначали в медицинской литературе, – с 28 недель беременности и включает период родов, заканчиваясь через 7 полных дней жизни новорожденного. Понимая, что все же возможно рождение детей и при сроке беременности до 28 недель, в Инструкции предписывается осуществлять регистрацию в медицинской документации всех таких родившихся живыми или мертвыми, с массой тела 500 грамм и более в порядке, устанавливаемом приказом Минздрава СССР от 12 июня 1986 г. № 848.

Конечно, все эти положения выводят человеческий плод со сроком выношенности в 22 недели, пусть не прямо, а косвенно, из-под охраны законом. Рождение детей, не говоря об искусственном прерывании беременности, в период между 22 и 28 неделями беременности стало для них, как образно было сказано, «42 днями вне закона», поскольку при весе до 1000 г все они по действующим правилам считаются поздними выкидышами. Об этом красноречиво свидетельствует статистика. В 2000 г. в России родились 18 111 детей весом от 500 до 1000 г, из них 14 743, или 81,4 %, якобы родились без признаков жизни. Из 44 960 детей, родившихся в этом же году весом от 500 до 2000 г, 34 921 ребенок появился мертвым или умер в роддоме в первую неделю жизни.

⁴⁵ Смольянинов В. М. Судебно-медицинская диагностика новорожденности. М., 1974. С. 86.

⁴⁶ Сердюков М. Г. Судебная гинекология и судебное акушерство. Л., 1964. С. 11; Бояров С. А. Проблемы определения начала жизни человека в уголовном праве // Российская юстиция. 2005. № 3. С. 59.

⁴⁷ Большая медицинская энциклопедия. Т. 22. С. 327; Справочник фельдшера / Под ред. А. Н. Шабанова. М., 1976. С. 314.

29 907 детей родились в отделениях гинекологии (а там, как известно, детей не выхаживают) во время искусственного прерывания беременности. Всего получается около 65 тысяч потерянных детей. Если использовать международные критерии, статистика младенческой смертности в России принимает страшный вид – в 6–8 раз выше, чем в странах Европы и Северной Америки⁴⁸

Между тем Всемирная организация здравоохранения с 1948 г. отсчитывает перинатальный период именно с 22 недели беременности, когда плод весит 500 граммов. Рождение ребенка по достижении этого нижнего порога зрелости все же позволяет его выхаживать. Это требует громадных затрат по созданию перинатальных центров, совершенствования методик безопасного ведения родов и выхаживания недоношенных детей. Так, забота о глубоко недоношенном ребенке обходится в 250–300 раз дороже. Зато общество выигрывает морально. Показатели Чехии, например, где перинатальная смертность с 20,4 на 1000 новорожденных в 1975 г. снизилась до 4,2 в 2000-м, являются предметом гордости всей нации⁴⁹

Для юриспруденции в данной проблеме главным остается вопрос о том, является ли объектом правовой охраны человеческая жизнь сама по себе или жизнь лишь с момента рождения ребенка? Ответы на эти вопросы могут быть разные в зависимости от того, связывается ли человеческая жизнь с определенным субъектом права или берется как самостоятельное явление.

Конституция Российской Федерации закрепляет право на жизнь в числе основных прав человека (ст. 20). Статья 18 ГК РФ право на жизнь не упоминает в составе содержания гражданской правоспособности, однако в ст. 150 ГК РФ жизнь, здоровье, достоинство перечисляются в числе первых среди нематериальных благ, принадлежащих физическому лицу как субъекту права. Поэтому большинство авторов говорят об охране жизни только применительно к конкретному ее носителю – субъекту права. Субъективные права, замечает М. Н. Малеина, могут возникнуть лишь у фактически существующего субъекта. Поэтому зачатого ребенка нереально рассматривать в качестве обладателя правоспособности и субъективных прав до его рождения⁵⁰

Не отрицая связь жизни с конкретным субъектом, многие ученые тем не менее указывают на яркую специфичность права на жизнь. Оно может возникнуть лишь однажды, не приобретает вновь и не подлежит восстановлению, оно ограничено сроком самой жизни, может быть защищено лишь посредством пресечения действий, создающих угрозу нарушения жизни, и самозащиты⁵¹. Право на жизнь *обеспечивает «физическое существование личности»*⁵² (выделено нами. – С. Б.). Исходя из этого качества права на жизнь, юристы призвали вести поиск в направлении расширения действия этого права⁵³

Основу для этого одни авторы нашли в международном праве. Так, Декларация прав ребенка, принятая Резолюцией 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 г., в Преамбуле обращает внимание, что «ребенок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту, как до, так и после рождения». Аналогичная формулировка содержится и в Конвенции о

⁴⁸ Лосото А. 42 дня вне закона. Кто фальсифицирует статистику младенческой смертности? // Российская газета. 2004. 1 сент.

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Малеина М. Н. О праве на жизнь // Государство и право. 1992. № 12. С. 51; Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление и защита. М., 2001. С. 60; Репин В. С. Новые биотехногенные реальности в медицине XXI века: место и роль биоэтики // Медицина и право: Материалы конф. М., 1999. С. 97.

⁵¹ Михайлова И. А. Право на жизнь: актуальные проблемы законодательства, теории и практики // Российский судья. 2005. № 8 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵² Красавчикова Л. О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург, 1994. С. 53.

⁵³ Романовский Г. Б. Человеческий эмбрион: субъект или предмет правоотношений? // Юрист. 2001. № 11. С. 48–51; Михайлова И. А. Возникновение и прекращение правоспособности физических лиц: новые аспекты // Российский судья. 2004. № 10 (СПС «КонсультантПлюс»).

правах ребенка 1989 г. Исходя из этого, было предложено в отечественном законодательстве распространить понятие ребенка на еще не родившихся детей, указав при этом четкие возрастные границы и механизмы защиты⁵⁴. В определенной мере близко к этой позиции и предложение С. С. Шевчука закрепить в ст. 17 ГК РФ за неродившимся ребенком такое особое социально-юридическое свойство, как «относительная правоспособность», что диктуется исключительно необходимостью его правовой защиты⁵⁵.

Другие авторы пошли еще дальше. В частности, было выдвинуто предложение по-иному определить момент начала правоспособности гражданина – не с момента рождения ребенка, а с момента его зачатия⁵⁶. Однако такое решение, как было замечено в литературе, породило бы больше вопросов, чем ответов. В частности, непонятно, с какого момента возникала бы правоспособность у зачатого ребенка? Признание правоспособности за зачатými повлекло бы необходимость регистрации акта зачатия, что с юридической точки зрения представляется абсурдным⁵⁷ и таит в себе огромную опасность, прежде всего, системного характера (такое признание неизбежно повлечет за собой эрозию всей правовой системы)⁵⁸.

Однако нельзя отрицать, что и до рождения человека и после его смерти существует состояние как бы его правосубъектности. Естественно, что до момента рождения трудно говорить о каком-либо субъекте права, а значит, и о правосубъектности, однако с определенного момента беременности женщины ее плод уже не может считаться обычным объектом гражданских прав. Человеческая жизнь получает легитимацию в праве (*предправосубъектность*) и порождает правовые последствия для других лиц, так или иначе связанные с развитием плода и его последующим рождением. Точно так же и смерть человека не прекращает полностью его правовых связей (*постправосубъектность*): воля умершего может предопределять не только имущественные последствия, но и личные, связанные с достойным отношением к телу умершего, защите его личных прав (права на уважение к своей памяти после смерти).

Поэтому решение данной проблемы, на наш взгляд, следует искать в совершенно иной плоскости: не в распространении правоспособности на человеческий плод, а в обосновании человеческого плода в качестве особого объекта правовой охраны. Человеческая жизнь – это одна из форм существования материи, точнее, как писал Ф. Энгельс, «способ существования белкового тела»⁵⁹, и как всякая материя является объектом познания, воздействия, власти человека. С момента зарождения (зачатия) начинается человеческая жизнь, живая материя. Без этого акта существование жизни невозможно. Естественно, что по отношению к самому человеку такая живая материя не может стоять ниже материи неживой. Как сам человек нуждается в персонификации в существующем правопорядке, так и материя, неживая и живая, нуждается в объективизации в это правопорядке. И хотя право, как отмечал Н. Н. Алексеев, «не обладает способностью производить на свет живые существа»⁶⁰, тем не менее оно не может остаться безучастным к исходному периоду жизни человека, живой предыстории его как субъекта права.

⁵⁴ Лобанова Т. В. Проблемы правовой дефиниции «ребенку» в международном и российском праве // Семья и право (к 10-летию принятия Семейного кодекса Российской Федерации): Материалы междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 5–6 декабря 2005 г.): Сб. / Отв. ред. Л. Ю. Михеева. М., 2005. С. 99–100.

⁵⁵ Шевчук С. С. Некоторые проблемы правового регулирования применения искусственных методов репродукции // Юрист. 2002. № 9. С. 63.

⁵⁶ Предложение о внесении поправок в ГК РФ в части, касающейся возникновения и прекращения правоспособности физических лиц (интервью с депутатом Государственной Думы, зам. председателя Комитета по общественным объединениям и религиозным организациям А. В. Чуевым) // Нотариус. 2004. № 2. С. 45–48.

⁵⁷ Михайлова И. А. Возникновение и прекращение правоспособности физических лиц: новые аспекты (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵⁸ Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование. СПб., 2004. С. 262.

⁵⁹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. С. 83.

⁶⁰ Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1998. С. 79.

Человеческий плод с момента зачатия до рождения, безусловно, является не субъектом, а объектом права. Но он не может быть обычным материальным объектом права, вещью. Грубое гегелевское представление о праве личности на тело и жизнь как вещном праве⁶¹ не может отвечать современным гуманитарным взглядам на жизнь. Человеческий плод не может выступать предметом абсолютной власти человека, быть товаром. Напротив, как материальный объект, в своем правовом режиме он должен намного ближе стоять к человеку как субъекту, чем даже иные живые объекты материального мира. Достаточно сказать, что право вводит гуманитарные составляющие в вопросе охраны животных (ст. 12 ФЗ «О животном мире»⁶²), недопустимости жестокого обращения с ними (ст. 137, 241 ГК РФ, ст. 245 УК РФ) и др. Поэтому современное право нуждается в закреплении положений о человеческом плоде как особом объекте правовой охраны и особом его правовом режиме.

Представление о человеческом плоде как особом объекте правовой охраны затрагивает вопрос о том, с какого момента право распространяет в отношении него особые меры охраны. Безусловно, что этим моментом может считаться момент признания плода жизнеспособным. И этот момент не может быть в любой исторический период одинаковым. Жизнеспособность определяется не только объективной реакцией человеческого плода к жизни, но и ответной реакцией человечества к этой жизни, что, безусловно, предопределяется и развитием техники, методов родовспоможения, выхаживания, и просто человеческим отношением. Как уже отмечалось ранее, Всемирная организация здравоохранения ориентирует медиков на определение жизнеспособности плода начиная с 22-й недели беременности. Этот срок следует закрепить в законе в качестве юридического факта, с наступлением которого человеческий плод становится особым объектом правовой охраны, получает особый правовой режим, сущностный элемент которого состоит в *распространении на него всего содержания субъективного права человека на жизнь*. Такое положение будет означать получение человеческим плодом качества *предправосубъектности*.

В этом правовом режиме человеческий плод как объект правовой охраны будет обеспечиваться обязанностями всех тех лиц, которые могут так или иначе определять его судьбу, а также возможными правовыми ограничениями. В числе таких обязанностей и ограничений можно назвать: а) обязанность женщины по сохранению плода, б) обязанность медицинских работников поддерживать жизнедеятельность человеческого плода, в том числе находящегося в утробе погибшей матери⁶³; в) ограничение права женщины на искусственное прерывание беременности только по медицинским показаниям; г) ограничение применения к абортированному жизнеспособному ребенку эквтаназии в целях использования его органов или тканей в качестве трансплантантов и др.

Наиболее сложным в реализации данного правового режима человеческого плода станет, очевидно, введение ограничения права женщины на прерывание беременности только по медицинским показаниям. По сути, это будет означать существенное ограничение прав женщины как личности. Защитники прав женщины замечают, что признание «прав зародыша» неизбежно затрагивает права будущей матери, это есть покушение на ее правовую личность, «ограничение права родителей на отказ от рождения ребенка. ...Едва ли такое решение проблемы может считаться высшим проявлением правового гуманизма»⁶⁴. На такие обвинения в отсутствии правового гуманизма можно привести два контраргумента: во-первых, сердцевина в правовой личности женщины все же коренится в ее положении как матери и, во-вторых, вряд ли можно называть женщину, идущую на аборт, матерью, как это делают защитники ее правовой личности.

⁶¹ Гегель Г. Философия права. М., 1990. С. 100.

⁶² Собрание законодательства РФ. 1995. № 17. Ст. 1462.

⁶³ Такую обязанность предлагалось закрепить с учетом медицинских показаний и согласия супруга. См.: Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление и защита. М., 2001. С. 58.

⁶⁴ Архипов С. И. Указ. соч. С. 263.

Между тем в вопросе искусственного прерывания беременности конфликт интересов зачатого ребенка и матери в законодательстве разных стран решается по-разному. В значительном количестве государств законодатель отдает приоритет правам женщин. Однако в связи с падением рождаемости в ряде стран принимаются меры по ограничению прав женщин на искусственное прерывание беременности. Решительный шаг в этом направлении сделал Федеральный Конституционный Суд Германии. Основываясь на ст. 1 Основного Закона ФРГ о достоинстве человека, ФКС пришел к выводу, что носителем достоинства является также и нерожденная личность. В результате такая позиция ФКС повлияла и на правовое регулирование прерывания беременности в Германии. В коллизии права беременной женщины на самоопределение, с одной стороны, и защиты нерожденной жизни, с другой, ФКС встал на сторону последней. Если бы эмбрион являлся частью тела матери, тогда бы прерывание беременности было ее личным делом, и государство не имело бы права вмешиваться в эту сферу. Но поскольку прерывание беременности всегда означает уничтожение жизни, то какое-либо взвешивание права беременной на самоопределение и защиты права на жизнь исключается. Несмотря на то что оба этих права являются основополагающими ценностями немецкой Конституции, ориентируясь в своем решении на ст. 1, абз. 1 ОЗ, суд отдает приоритет неродившейся жизни⁶⁵

A. I. BIBIKOV, S. A. BIBIKOV

**PERSONA E CAPUT HABERE: A PROPOSITO
DELLA NATURA GIURIDICA E DELLE
CAUSE DELL'ORIGINE NEL DIRITTO
ROMANO E NEL DIRITTO CIVILE
CONTEMPORANEO**

(RIASSUNTO)

Nell'articolo gli Autori rivolgono la loro analisi a proposito della definizione di *caput habere* e dell'origine della sua nozione nel diritto romano e moderno. Gli Autori rilevano che la persona umana vive nella realtà delle cose e, come elemento biologico, appartiene al genere degli oggetti materiali. La sua distinzione dal mondo delle cose e l'acquisizione dello stato di persona si raggiungeva nel diritto romano per mezzo della costruzione del *caput habere*. A proposito della nozione di *caput*, rileva quanto sostenuto dal giurista romano Paolo, il quale, a proposito dei luoghi che divengono religiosi proprio perché veniva seppellito il *caput*, si riferiva al *caput* in questi termini: «testa, la cui immagine fa sì che per essa noi siamo riconosciuti» (D. 11. 7. 44).

L'analisi delle fonti romane però, per i due Autori, non fornisce una chiara comprensione dei rapporti tra i concetti di persona e di *caput*. In certi casi nelle fonti il significato di «persona» e di «*caput*» vengono identificati (Paul. Sent. 1. 21. 5; Gai Inst. 1.48–50, 116, 141–142), e ciò permette di trattare il *caput habere* come una componente dinamica rispetto al concetto di persona.

L'inizio di un soggetto di diritto coincide con l'evento della nascita della persona umana. Nell'antica Roma lo stato di persona si acquistava non solo in modo naturale (biologico), ma anche in modo esclusivamente giuridico, per esempio, attraverso la manumissione. Anche l'evento della nascita come atto biologico che sancisce l'origine di un soggetto del diritto, a differenza di quello moderno, veniva contemplata e regolamentata dal diritto

⁶⁵ Гаскарова М. Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 154, 161.

(D. 1. 5. 5. 2). Il feto nel ventre della madre (*nasciturus*) veniva tutelato giuridicamente solo nel caso in cui la madre si trovasse in condizione di libertà. L'atto del concepimento di un bambino non comportava la nascita di un soggetto di diritto.

Nell'articolo viene analizzato anche il valore della nascita come atto biologico e come fatto giuridico, da cui scaturisce la nascita di una persona. Gli Autori si propongono di considerare tale problematica come un processo nel sistema dei fatti giuridici, e a questo proposito si soffermano sulla questione relativa al «regime giuridico dell'oggetto», che si sviluppa dal momento del concepimento al momento della nascita. Il diritto romano considerava il feto nel ventre della madre come «esistente nella natura delle cose» (D. 1. 5. 26). Ma anche in questa trattazione questa «cosa» era dotata di una tutela giuridica in modo speciale: era prevista la «custodia» del ventre (D. 25. 4. 1. 10; 15); inoltre, veniva punito l'aborto (D. 48. 19. 38. 5). Sotto condizione della nascita, il feto si considerava

immediatamente come un soggetto del diritto «come se fosse tra i nati» (D. 1. 5. 7).

Le ultime realizzazioni della medicina moderna confermano la necessità di una regolamentazione del regime giuridico dei nati e della definizione dei fatti giuridici che delimitano il tempo e il contenuto dei diritti della donna sul feto (come oggetto particolare) e i diritti dello stesso feto. Nell'articolo si criticano i paragrafi della legislazione moderna russa, che attribuiscono alla donna il diritto di disporre della vita del feto dopo 12 settimane di gravidanza, scostandosi dalle indicazioni mediche e sociali, anche non segnalate nella legge. Non è dunque un caso che la Russia si sia classificata fra i primi paesi al mondo per l'altissimo numero di aborti. Per questo si propone di qualificare il feto, dal momento del riconoscimento della sua vitalità, come un «oggetto» speciale da difendere legalmente con un regime giuridico particolare, secondo il principio generale che attribuisce ogni diritto alla vita umana.