



**УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ**  
**ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

**Драган Дакић**

**ИЗАЗОВИ ЕВРОПСКОГ РЕГИОНАЛНОГ ЗАКОНОДАВСТВА**  
**НА ПОЉУ ЗАШТИТЕ ЖИВОТА**

**Докторска дисертација**

**Крагујевац, октобар 2016 године**

# Садржај

УВОД .....	7
------------	---

## ПРВИ ДИО

### ИЗАЗОВИ ЕВРОПСКОГ РЕГИОНАЛНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ПРВОГ ДОБА

#### ГЛАВА I

##### ЕВРОПСКО ПРАВНО НАСЛИЈЕЋЕ НА ПОЉУ ЗАШТИТЕ ЉУДСКОГ ЖИВОТА

1. РИМСКО ПРАВО .....	20
1.1. Насљедна права .....	20
1.2. Смисао правног статуса пренаталног живота у насљедном праву .....	22
1.2.1. Максима .....	22
1.2.2. Нерођено дијете као вриједност по себи .....	24
1.3. Прекид трудноће у римском праву .....	26
1.3.1. Прекид трудноће у пракси, да ли је био неопходан? .....	27
1.4. Правне рефлексије римских друштвених ставова .....	29
1.4.1. Протективне норме .....	29
1.4.2. Подржавајуће норме .....	30
1.4.3. Ретрибутивне норме .....	30
1.4.4. Стимулативне норме .....	31
2. ПРЕГЛЕД ПРАВА АНТИЧКЕ ГРЧКЕ .....	32
2.1. Разлози за прекид трудноће .....	32
3. ОПАЖАЊА .....	33

#### ГЛАВА II

##### ГЕНЕЗА МОДЕРНИХ ЗАКОНОДАВСТАВА

1. ЕНГЛЕСКО ПРАВО .....	35
2. ЊЕМАЧКО ПРАВО .....	36
3. ИРСКО ПРАВО .....	38

#### ГЛАВА III

##### САВРЕМЕНИ ЕВРОПСКИ МОДЕЛИ РЕГУЛИСАЊА ПРЕКИДА ТРУДНОЋЕ

1. ПРЕКИД ТРУДНОЋЕ КАО ЗАКОНСКО ПРАВО .....	43
1.1. Неограничен прекид трудноће на захтјев .....	43
1.2. Физичка или ментална аномалија као апсолутни основ за прекид трудноће .....	46

#### ГЛАВА IV

##### ТЕОРЕТСКО ДЕФИНИСАЊЕ ПРАВА НА ЖИВОТ И ЊЕГОВИХ ТИТУЛАРА

1. ХРИШЋАНСКА МИСАО .....	50
---------------------------	----

2. ФИЛОЗОФСКА МИСАО .....	52
2.1. Рана филозофска мисао .....	52
2.2. Основе модерне филозофске мисли .....	53
3. ТИТУЛАРИ ПРАВА НА ЖИВОТ ПРЕМА САВРЕМЕНОЈ ТЕОРИЈИ .....	54
3.1. Натурализам-хуманизам.....	56
3.1.1. Позиције .....	56
3.1.2. Ко је хуманистичка личност? .....	60
3.2. Персонизам .....	62
3.2.1. Когнитивна својства као критеријум правног субјективитета.....	62
3.2.2. Когнитивна својства и морални статус .....	68
3.2.3. Виабилитет као критеријум правног субјективитета.....	71
3.2.4. Рођење као критеријум правног субјективитета .....	74
3.2.5. Способност наметања обавезе и ПРЛ.....	78
3.2.6. Градуалистичко поимање правног субјективитета .....	79
3.2.7. Ко је персонистичка личност?.....	81
4. РЕАЛНОСТ ПРОТИВ ФИЛОЗОФСКИХ И ПРАВНИХ ФИКЦИЈА.....	83
4.1. Прва премиса: <i>conceptus</i> не може испунити критеријуме правног субјективитета .	84
4.2. Друга премиса: метафизика-нематеријална личност .....	85
4.2.1. ПРВА ПРЕЗУМПЦИЈА: МЕТАФИЗИЧКИ ЕКСКЛУЗИВИТЕТ .....	85
4.2.2. ДРУГА ПРЕЗУМПЦИЈА: ОСОБИНЕ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ПРИРОДЕ.....	86
4.3. Опажања.....	93
4.4. Трећа премиса: правни субјективитет као предуслов заштите права на живот .....	96
4.4.1. НЕДОСТАТАК МЈЕРОДАВНОГ ЗНАЊА .....	100
4.4.2. КОРИСНОСТ .....	105
4.5. Опажања.....	108

## ГЛАВА V

### ТЕКСТУАЛНО ФОРМУЛИСАЊЕ ПРАВА НА ЖИВОТ

1. УНИВЕРЗАЛНИ ПРАВНИ ИЗВОРИ О ПРАВУ НА ЖИВОТ И ПОЧЕТКУ ЊЕГОВЕ ЗАШТИТЕ .....	111
1.1. Универзална декларација о људским правима.....	111
1.2. Декларација о правима дјетета .....	114
1.3. Међународна конвенција о грађанским и политичким правима .....	115
1.4. Конвенција о правима дјетета.....	117
1.5. Конвенција о правима особа са инвалидитетом .....	118
1.6. Опажања.....	119
2. ПРАВО НА ЖИВОТ У РЕГИОНАЛНИМ ПРАВНИМ ИЗВОРИМА .....	120
2.1. Америчка декларација о правима и дужностима човјека .....	121
2.2. Америчка конвенција о људским правима .....	122
2.3. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода .....	124
2.3.1. Право да се не буде убијен .....	125

2.3.2. Право на превентивну заштиту живота.....	127
2.3.3. Право на одржање живота .....	129
2.4. Опажања.....	136

## ГЛАВА VI

### СУДСКО ДЕФИНИСАЊЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА ЖИВОТ У ОДНОСУ НА ЊЕН ПОЧЕТАК

1. ПРЕГЛЕД ПРАКСЕ ТИЈЕЛА УН-а КОЈА СЕ ТИЧЕ ПРЕКИДА ТРУДНОЋЕ .....	139
2. КОМПАРАТИВНА СУДСКА ПРАКСА РЕГИОНАЛНИХ ТИЈЕЛА.....	144
2.1. Интер-америчка комисија за људска права .....	144
2.1.1. Релевантна пракса IACHR-а.....	145
2.2. Интер-амерички суд за људска права .....	146
3. ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА.....	147
3.1. Статус жртве.....	147
3.1.1. Отац.....	147
3.1.2. Мајка.....	151
3.1.3. Конвенцијски статус нерођеног дјетета .....	155
3.2. Опажања.....	161
3.3. Признати основи за прекид трудноће према конвенцији.....	164
3.3.1. Временски оквири – критеријум Б.....	164
3.3.2. Основи за прекид трудноће – критеријум Ц.....	164
3.3.3. Прекид трудноће у циљу спашавања живота .....	165
3.3.4. Прекид трудноће у циљу очувања здравља .....	166
3.3.5. Разлози добробити као основ за прекид трудноће .....	169
3.4. Правна природа прекида трудноће.....	171

## ГЛАВА VII

### ЗАБРАНА ТОРТУРЕ, НЕХУМАНОГ И ПОНИЖАВАЈУЋЕГ ПОСТУПАЊА – ОПШТЕ ГАРАНЦИЈЕ И УСЛОВИ ЗА ЊИХОВУ ПРИМЈЕНЉИВОСТ

1. СПОСОБНОСТ ДА ДОЖИВИ ФИЗИЧКУ ПАТЊУ .....	178
2. НОСИЛАЦ ДИГНИТЕТА .....	181
3. НОРМАТИВИСТИЧКО-ТЕОРЕТСКЕ ПЕРЦЕПЦИЈЕ ДИГНИТЕТА У СРБИЈИ... 182	
3.1. Перцепције достојанства копаоничке школе природног права.....	184
3.1.1. ДОСТОЈАНСТВО КАО СКУП ДРУШТВЕНО АФИРМИСАНИХ ЉУДСКИХ ВРЛИНА .....	185
3.1.2. Непотпуна концептуализација ПДК.....	187
3.1.3. Значај рођења за дигнитет .....	191
4. СТАТУС ДИГНИТЕТА ЉУДИ ПРЕ-ЛИЧНОСТИ У ЕВРОПИ.....	191

## ГЛАВА VIII

### КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА УНИВЕРЗАЛНОГ, РЕГИОНАЛНОГ И НАЦИОНАЛНОГ ПРИСТУПА ПИТАЊУ ЗАШТИТЕ ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТА

1. ПРАВО НА ЖИВОТ .....	195
1.1. Универзалне гаранције права на живот .....	196
1.2. Регионалне гаранције права на живот.....	197
1.3. Националне гаранције права на живот .....	199
2. ЗАБРАНА ТОРТУРЕ, НЕХУМАНОГ И ДЕГРАДИРАЈУЋЕГ ПОСТУПАЊА.....	204
2.1. Национални стандарди заштите достојанства.....	206

## ДИО ДРУГИ

### ИЗАЗОВИ ЕВРОПСКОГ РЕГИОНАЛНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ДРУГОГ ДОБА

#### ГЛАВА I

##### СПЕЦИФИЧНИ ИЗАЗОВИ ДРУГОГ ДОБА

1. ПРАВНИ СТАТУС ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТА.....	210
1.1. Једнакост .....	211
1.2. Замјенљивост .....	211
2. ОВЛАШЋЕЊА СТРАНАКА И ПИТАЊЕ ПОВЛАЧЕЊА САГЛАСНОСТИ .....	213
2.1. Релевантна судска пракса.....	213
2.2. Овлашћења странака.....	215
2.3. Повлачење сагласности .....	218
3. ПРИКАЗ СУДСКОГ ПРИСТУПА ИЗАЗОВИМА ПРВОГ И ДРУГОГ ДОБА .....	218
4. АЛТЕРНАТИВА СУДСКОМ ПРИСТУПУ ИЗАЗОВИМА ДРУГОГ ДОБА .....	220
4.1. Ефекти на капацитет странака .....	221
4.2. Ефекти на правну природу повлачења сагласности .....	224
4.3. Ефекти на конвенцијски статус пренаталног живота.....	226
4.4. Опажања.....	227
5. УПОРЕДНОПРАВИ ПРИСТУП НЕКИМ ОД ИЗАЗОВА ДРУГОГ ДОБА .....	229

#### ГЛАВА II

##### ИЗАЗОВИ ДРУГОГ ДОБА И ДИГНИТЕТ ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТА

1. НАЦИОНАЛНИ ПРИСТУПИ РЕГУЛИСАЊУ ИСТРАЖИВАЊА НА МАТИЧНИМ ЋЕЛИЈАМА .....	235
2. ПАТЕНТАБИЛНОСТ И ДИГНИТЕТ ПРЕНАТАЛНИХ ЉУДИ .....	243
3. ОПАЖАЊА.....	251

#### ГЛАВА III

### ЗАШТИТА ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТ КРОЗ НОРМЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

1. ЗАБРАНА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА И РОПСТВА .....	256
1.1. Однос норми из области људских права и из области забране трговине људима .	257
1.2. Пренатални живот и инструменти за борбу против трговине људима .....	259
1.3. Елементи међународног кривичног дјела трговине људима у контексту нових околности и модерних извора ропства.....	260
1.3.1. Actus reus и in vitro ембриони.....	260
1.3.2. Mens rea и in vitro ембриони.....	261
1.3.3. Позитивне обавезе .....	264
2. ЗАШТИТА ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТА НОРМАМА О ЗАБРАНИ ГЕНОЦИДА... ..	265
2.1. Први елемент: <i>actus reus</i> .....	267
2.1.1. Изазови другог доба у односу на <i>actus reus</i> .....	268
2.2. Други елемент: заштићена група.....	270
2.2.1. Ексклузивни приступ .....	270
2.2.2. Значење набројаних категорија и коришћени критеријуми .....	271
2.2.3. Екстензивни приступ.....	274
2.2.4. Групна права и формални критеријум.....	274
2.3. Како тумачити .....	276
2.4. Опажања.....	277
2.5. Трећи елемент: умишљај.....	279
2.5.1. Геноцидна намјера.....	280
2.5.2. ОДГОВОРНОСТ .....	291
2.6. Опажања.....	294

## ДИО ТРЕЋИ

### РЈЕШЕЊЕ ИЗАЗОВА ЕВРОПСКОГ РЕГИОНАЛНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ПРВОГ И ДРУГОГ ДОБА

1. ТЕОРИЈСКИ ОКВИРИ ЗА ДЕФИНИСАЊЕ РЈЕШЕЊА.....	299
2. ДЕФИНИСАЊЕ ПРЕДЛОЖЕНОГ РЈЕШЕЊА.....	300
2.1. Тренутни настанак индивидуализоване генетске конструкције .....	303
2.2. Континуум индивидуализоване генетске конструкције .....	305
2.3. Идентитет индивидуализоване генетске конструкције.....	306
3. ПРИМЈЕДБЕ НА ПРЕДЛОЖЕНО РЈЕШЕЊЕ .....	307
3.1. Приговор 1: вјероватноћа.....	308
3.2. Примједба 2: ко би био жртва? .....	315
3.3. Примједба 3: апсолутна заштита .....	318
3.4. Примједба 4: само сам желјела да пробам воће .....	322
3.5. Примједба 5: заштита .....	328
3.6. Примједба 6: фаворитизам .....	333
ИЗВОРИ.....	339

## УВОД

Изазови на пољу заштите живота могу да буду посматрани у ширем контексту. И то, у односу на универзалне и/или регионалне међународно-правне позитивне и негативне обавезе држава да свима, под својом јурисдикцијом, обезбједе заштиту живота у одређеној мјери, од најразличитијих пријетњи. Модерне пријетње животу се, такође, могу посматрати у ширем контексту, како у односу на њихову врсту, тако и у односу на вријеме у којем проузрокују посљедице. У односу на врсту, пријетње се односе на оне које произилазе из акција, односно пропуста државе и њених органа, па све до оних које доносе загађења животне средине, гдје је држава само један од чинилаца са ограниченим капацитетом. У односу на вријеме у којем проузрокују посљедице, пријетње животу се могу подијелити на оне које дјелују на такозваним маргинама живота, у сивим зонама његовог почетка и његовог краја, и оне које погађају живот који се манифестује на нама очигледан начин. Предмет овог рада је ипак уже постављен, и он се односи на изазове европског регионалног права на пољу заштите људског живота, и то у односу на његов почетак. Овде је потребно појаснити да се под европским регионалним законодавством, или правом, подразумијевају регионални инструменти за заштиту људских права, акти усвојени на регионалном нивоу, било у оквиру Савјета Европе, било у оквиру Европске Уније, судска пракса Европског суда за људска права и Европског суда правде.

У зависности од нивоа научног напретка, овако постављен предмет истраживања може бити подијелен на изазове првог, другог и трећег доба. Изазови првог доба се тичу класичних дилема у односу на почетак заштите права на живот, моралног и правног статуса пренаталног живота, односа између права на живот и абортуса, конфликтних интереса укључених страна. Поларизујуће питање, у изазовима првог доба суштински се односи на критеријуме за одређивање моралних агената. Уопштено говорећи, полемика је центрирана око аргумената које заступају ексклузивни, односно инклузивни приступ изазовима. Коришћени аргументи у заступању наведених приступа могу се подијелити на биолошке, као што су они понуђени од стране теоријских приступа „списизма“ или „витализма“, или аргумената који се заснивају на способности да се осјети бол; на социолошке у које се убраја „квалитет живота“, „интереси“, „светиња/неповредљивост живота“, „аутономија“, правни статус „личности“, „компетативни капацитети“, „способност да се понаша у складу са моралним побудама“, или на граничне између биолошких и социолошких, који суштински представљају социолошке конструкције

засноване на биолошким карактеристикама као што су „когнитивне способности“ или „дигнитет“. Иако постоји минималан консензус о значењу наведених категорија, као и о моменту њиховог настанка, може се опазити значајна академска подршка дистинкцији између пуког људског организма и ентитета који би требао бити правно препознат као титулар заштите. Одговор Европског суда за људска права (Суд или Европски суд) на меритуме и недостатке понуђених аргумената и теоретских спекулација у изазовима првог доба, може се свести на раздвајање (степенасте, градуалистичке) заштите права на живот од правног статуса личности.

Изазови другог доба се односе на нове дилеме које произилазе из развоја техника *in vitro* фертилизације и њиховог утицаја на статус пренаталног живота. Очигледно, дефинисање титулара моралних права и правног статуса било је контраверзно и без консензуса и прије (компликујућег) развоја у пољу биомедицине који су донијели комплексније изазове. Савремена дебата се, такође, развија око ексклузивног и инклузивног приступа. Најзначајнија околност у изазовима другог доба произилази из могућности временског одвајања прокреације од гестације. Други спектар питања произилази из могућности да се људски ембриони генеришу на потпуно вјештачки начин, те се као такви могу користити или за жетву матичних ћелија или за укрштање са генетским материјалом других врста. Ова питања се могу подвести под изазове трећег доба који неће бити предмет овог истраживања. Након разматрања свих главних теоретских приступа изазовима првог доба, истраживање се даље развија у правцу анализе да ли иједан од њих може да понуди задовољавајуће рјешење на изазове првог и другог доба.

У том контексту постављене су следеће хипотезе:

1. Према европском регионалном законодавству пренатални људски живот ужива извјесну заштиту људских права;
2. Биолошка компонента људског бића је фундамент права на живот, као таква она је заступљенија од социјалне димензије;
3. Правна фикција „личности“ није прикладна за даљу употребу на овом стадијуму развоја права и науке. Ова правна конструкција је изгубила сврху и не може да одржи статус правне фикције;
4. Казуистичка интерпретација и широка маргина толеранције нису адекватан судски одговор на нове изазове од стране регионалних судова;



5. Установљени стандарди на пољу заштите права на живот не дају основа за искључење *in vitro* ембриона из заштите права на живот;
6. Забрана трговине људима ограничава слободу располагања људима без обзира на фазу њиховог развоја,
7. Пренатални еугенетски тестови резултују геноцидом,
8. Настанак биолошке компоненте људског бића завређује право да се не буде убијено, из опсега права на живот.

Потврда хипотезе број 2 и 3 чврсто подржава хипотезу број 8. Посљедња хипотеза представља срж рјешења која предлажем као одговор на изазове првог и другог доба. Остале хипотезе треба посматрати у улози обезбјеђења логичких повезница између предмета дискусије и предложеног рјешења.

Истраживање почиње поглављем које се односи на европско правно наслијеђе у области заштите живота. Да би се потпуно разумио актуелни европски регионални и национални приступ питању почетка заштите живота, неопходно је упознати се са правним темељима на којима почива. У оквиру овог поглавља истражен је правни приступ питању пренаталне заштите живота, који вјероватно одражава општа и трајна правила Римског права због њиховог понављања кроз различита доба развоја Римског права. Треба имати на уму да се Римско право развијало у различитим историјским условима, у различитим друштвеним и политичким уређењима. Из тих разлога, оно садржи рјешења која су примјенљива на широк спектар питања која се појављују као значајна у различитим фазама друштвеног развоја. Посебна пажња у овом поглављу је посвећена насљедно-правним нормама. Ова грана права је такође посматрана из ширег контекста, имајући у виду рефлексије које њене норме имају на дефинисање правног статуса пренаталног живота. Чувена максима *Partus antequam edatur, muliers portio est vel viscerum*, односно "прије рођења, дијете се сматра дијелом мајчине утробе" је истражена у односу на њено поријекло и функцију, како би смо одредили њен смисао. Разлог томе је првенствено у томе што ова максима представља основ на којем почива један од утицајних савремених приступа питању заштите пренаталног живота. Ова дискусија је дала повода да се истраже мотиви за увођење заштите пренаталног живота. Дилема се односи на питање да ли је пренатални живот био сврха сам по себи, или је био сведен на средство за обезбјеђивање друштвеног статуса породице. Неизбјежно, абортус је посматран у свијетлу доминантног мишљења да је био распрострањен у Риму. Такво

опште мишљење тестирано је у односу на стварне потребе да се неко подвргне абортусу, као и у односу на римске друштвене ставове који су уочљиви из њихових правних рефлексија. Посматрање раног правног регулисања овог медицинског, друштвеног и правног феномена, до данас, може да обезбједи материјал за поређење древне и модерне норме у регулисању ове материје. Међутим, ово поређење треба пажљиво извршити, јер није одрживо изједначавање значења које су неке фразе, или институти, имали у Римском праву са оним које тренутно имају. Ово поглавље завршава се кратким прегледом права античке Грчке.

Између анализе древног правног наслеђа и савременог приступа питању почетка заштите живота, представљен је развој појединих европских националних законодавстава који регулишу питање абортуса. Након прегледа општих карактеристика европских правних модела регулисања питања абортуса, дискусија се фокусира на, за европски континент неспецифичан, „право на абортус“, режим. У оквиру овог поглавља, анализирана је судска пракса Уставног суда Републике Српске која се односи на законску могућност временски неограниченог приступа абортусу „на захтјев“, врсти абортуса за чије провођење није потребно испуњење било каквих додатних услова осим захтјева трудне жене. Такође, предметна пракса Уставног суда Републике Српске односи се и на анализу озакоњења употребе малформација као апсолутног основа за дозвољеност абортуса. Национално законодавство у Републици Српској, које омогућава неограничен приступ абортусу на захтјев, тестирано је у односу на ставове једне од најутицајнијих теорија за одређење настанака личности које је дефинисао Бонин, под називом „аргумент симетрије“. Дискусија о употреби малформација, као апсолутног основа за дозвољеност абортуса, суштински је повезана са темом обрађеном у оквиру другог дијела рада у трећој глави које се односи на обавезујуће правне стандарде задате у оквиру међународно-правних инструмената који уводе забрану геноцида и односи се на хипотезу број 7.

Након наведених уводних поглавља, слиједи круцијални дио дисертације у којем је обрађено право на живот кроз његово теоријско, текстуално и судско дефинисање. У оквиру поглавља које се односи на теоријско дефинисање, представљена је хришћанска мисао, као и филозофске перцепције у оквиру којих су представљене рана филозофска мисао и темељи модерне филозофске мисли о личности као ентитету који завређује морални и правни статус. У наставку, уложени су напори да се на свеобухватан начин проведе анализа ко, према савременој теорији, завређује морални и правни статус,

односно право на живот. У том циљу, представљене су релевантне позиције филозофско-правног правца који се може назвати „натурализам-хуманизам“, о томе ко према њиховим критеријумима представља личност. Као конкурент хуманизму, у теорији, је развијен правац који се може назвати „персонизам“, те је разматрано ко према критеријуму овог правца посједује атрибуте личности. Оба наведена правца, заправо, представљају варијанте једне исте теорије – теорије о личности (Personhood Theory). У оквиру дискусије о другој варијанти теорије личности, дискутовано је само о оним критеријумима који су најчешће заступани у научним дебатама или који су коришћени у позитивном праву, као што су одређене когнитивне способности самостално и, или у различитим комбинацијама, виабилитет и рођење. Значајна пажња је посвећена градуалистичком поимању концепта личности. Разлог томе је тај што је градуализам неодвојива карактеристика свих особина које су предложене као одлучујуће за стицање својства личности. У складу са усвојеном методологијом излагања описаних правца, и овдје се настојало одговорити на питање ко је личност према критеријумима персонизма. Овај дио рада је значајан за доказивање хипотеза број 2 и 3. Што се тиче хипотезе број 2, овдје су демонстрирани недостаци свих предложених критеријума за додјеливање статуса личности и заштите права на живот који се заснивају на превасходству социолошке димензије над биолошком компонентом људског бића. Што се тиче хипотезе број 3, демонстрирано је да, нити социолошке нити биолошке карактеристике људског бића не могу бити апсолутне одреднице за стицање статуса личности. Резултати дискусије у овом поглављу дали су основ за анализу односа између реалности и филозофских, и правних фикција у оквиру наредног поглавља. Реалности су, или занемарене или погрешно интерпретиране у обема врстама фикција.

Филозофске фикције су разматране из контекста рецидивног јачања схватања да смо ми, у својој суштини, нематеријална ментална бића. Становишта овог приступа, у одређивању почетка заштите права на живот су проблематична, јер се заснивају на спорним концептуалним премисама и то да *conceptus*, или пренатални живот уопште, не може да стекне/има карактеристике релевантне за стицање статуса личности; да су карактеристике релевантне за стицање статуса личности метафизичке-нематеријалне; да је статус личности предуслов за заштиту права на живот. Свака од наведених премиса је посебно разматрана. Премиса да су карактеристике релевантне за стицање статуса личности метафизичке-нематеријалне, је тестирана у односу на темпорални критеријум и критеријум материјалне условљености, како би се утврдило да ли људи посједују

нематеријални супстрат који ексклузивно завређује пуни морални и правни статус. Овај дио рада је од директног значаја за потврду хипотезе број 2. Наиме, уколико се са успјехом покаже да су теоријске перцепције о нематеријалној природи когнитивних карактеристика нетачне, биолошка компонента ће остати једина компонента од значаја за почетак пружања заштите права на живот.

Претпоставка да је статус личности предуслов за уживање заштите права на живот је првенствено разматрана у контексту њене припадности категорији правних фикција. У том смислу, анализирани су опште карактеристике правних фикција, како су дефинисане, од којих се елемената састоје, које врсте правних фикција су присутне у пракси, која је њихова сврха, итд. Након тога, анализирани су карактеристике правне фикције личности у циљу испитивања да ли ова правна конструкција може и даље да одржи статус правне фикције. Сходно томе, анализирано је да ли правна конструкција личности налази своју примјену у оквиру установљене улоге правних фикција. Анализа је проведена компарацијом елемената који сачињавају формалну категорију личности са градивним елементима правних фикција уопште. Овај дио рада је, као и претходни, такође закључен завршним опажањима због свог директног значаја за потврду хипотезе број 3 која суштински противурјечи шаблонима којима се настоји одговорити на изазове првог и другог доба.

Након дискусије о теоријским схватањима права на живот, истраживање се наставља са кратким прегледом међународно-правних инструмената за заштиту људских права и могућих начина њиховог тумачења у односу на почетак заштите права на живот коју они гарантују. С обзиром на наслов тезе, фокус у овом поглављу је на Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција, Конвенција) и релевантној судској пракси. Дефинисање права из дјелокруга права на живот (право да се не буде убијен, право на превентивну заштиту живота, право на одржање живота), као и признатих основа за њихову дерогацију, искључиво се заснива на судском тумачењу. Намјера је да анализа отпочне од неспорног, или барем од обавезујућег, тумачења права на живот и његових гаранција. Овако постављена полазна тачка директно се тиче хипотезе број 1. Након дефинисања обавезујућих стандарда из оквира права на одржање живота, анализирана је њихова примјена на дјецу која преживе прекид трудноће. Други дио истраживања у оквиру овог поглавља пружа значајне основе за потврду хипотезе број 2.

Завршна разматрања из претходног дијела послужила су као користан увод за анализу судског становишта у односу на питање почетка заштите права на живот. Анализа обухвата праксу органа УН; Интер-америчке комисије за људска права; Интер-америчког суда за људска права и праксу Европског суда за људска права (Суд, Европски суд). Свеобухватна анализа судске праксе Суда односи се на статус жртве потенцијалног оца и обим овлашћења која су му додјељена у репродуктивној сфери; специфична права додјељена будућој мајци, која проистичу из њене специфичне позиције и улоге у репродукцији, као што је информисани пристанак. Релевантна судска пракса је посматрана у односу на статус који је кроз њу додјељен пренаталном животу, питање да ли пренатални живот ужива материјалне гаранције права на живот; анализу који су основи за абортус препознати као прихватљиви, у односу на захтјеве Конвенције, и која је правна природа абортуса? Овај дио се односи на хипотезу број 1. Такође, сврха овако детаљне анализе је да се ослика обим девастирајућег дејства које казистичко тумачење и доктрина маргине толеранције имају на осјетљиве балансе који су установљени у оквиру изазова првог доба, када се примјењују у рјешавању изазова другог доба, као и то да аргументативно оснажи предложену алтернативу судском приступу изазовима другог доба.

Осим права на живот, забрана мучења, нехуманог и понижавајућег поступања такође може бити средство заштите живота. Ова могућност је истражена полазећи од обима члана 3. Конвенције. Разматрано је да ли услови, неопходни за примену овог члана, као што је физичка патња и повреда достојанства, могу да буду испуњени када је у питању пренатални живот? Резултати ових разматрања су даље коришћени за поређење националног и европског регионалног правног дискурса у односу на дигнитет пренаталног живота. У том контексту, анализирани су нормативистичко-теоретске перцепције дигнитета у Србији, које се заснивају на све важности посједовања статуса личности ,како би се пружила његова заштита. Сврха ове анализе је да се испита одрживост оваквог приступа у актуелном европском правном окружењу чиме се истовремено провјерава и хипотеза број 2.

Разматрање изазова првог доба је окончано поглављем у којем је проведена компаративна анализа универзалних, регионалних и националних приступа заштити пренаталног живота. Ова опажања се састоје од главних закључака који су изведени у

оквиру претходних поглавља. Национални стандарди заштите достојанства су кратко описани.

Расправа о изазовима другог доба почиње описом њихових специфичности у односу на статус и заштиту пренаталног живота. Дискутовано је о утицају напретка у биомедицини, прецизније у вјештачкој репродукцији, на статус пренаталног живота, указујући на специфичне околности у којима се пренатални живот нашао. Утицај развоја техника вјештачке репродукције је посматран у односу на капацитет странака, чији је дио и овлашћење за повлачењем сагласности. У овом дијелу, испитана је одрживост позиција заступаних у оквиру хипотезе број 5. Анализирана је релевантна судска пракса која одређује обим овлашћења странкама у медицинској процедури вјештачке прокреације, правна природа повлачења сагласности као, и статус који је додјељен *in vitro* ембрионима. Такође, у оквиру овог дијела анализирана је основаност хипотезе број 4. Након кратког поређења судског приступа изазовима другог доба, предложен је алтернативни модел судском приступу изазовима другог доба који се заснива на такозваном моделу природног зачећа. Такође, суштина предложеног приступа може се свести на алтернативу судској перцепцији о томе када је оплодња окончана. Сврха овог дијела рада је да покаже ефекте које би прихватање модела природног зачећа произвео у односу на сва релевантна питања из репродуктивне сфере, као и на статус *in vitro* ембриона. Модел природног зачећа пружа једно од упоришта за одбрану хипотезе број 8. Такође, модел природног зачећа је усвојен у упоредном праву.

Расправа о изазовима другог доба нужно обухвата одредбе новог субсидијарног регионалног правног извора, Конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примјене биологије и медицине (Конвенција о биомедицини), у погледу статуса који додјељују пренаталном животу. У том смислу, анализирана су два аспекта која утичу на рјешење конфликта између потребе за провођењем легитимног научног истраживања и евентуалног дигнитета *in vitro* припадника људске врсте. Први аспект се односи на коришћење ембрионалних матичних ћелија у истраживачке сврхе, а други аспект се односи на патентабилност резултата таквог истраживања. Оправданост провођења истраживања у односу на евентуално достојанство *in vitro* ембриона је посматрана кроз легитимизирајућу призму терапијског и истраживачког потенцијала ембрионалних матичних ћелија. Узете су у обзир, и главне технике њиховог добијања, као и одређени алтернативни извори матичних ћелија, а све у контексту етичких дилема које

су повезане са употребом матичних ћелија. Значајна пажња је посвећена националним законима који регулишу употребу матичних ћелија у истраживачке сврхе из разлога што су многа питања остала недефинисана на регионалном нивоу. Кроз анализу општих карактеристика, принципа и поријекла коначних рјешења, национална законодавства су разврстана у три групе. Општи закључак је да су европска национална законодавства у великој мјери обзирна према дигнитету *in vitro* припадника људске расе. Природно, овај дио рада је завршен закључком о легитимитету употребе ембрионалних матичних ћелија. Дискусија о патентабилности проналазака који потичу од истраживања на ембрионалним матичним ћелијама отпочета је анализом да ли *in vitro* ембриони уживају заштиту дигнитета или не, према формалним изворима? Даље, кључно мјесто у овој дискусији припада ауторитативној пракси Европског суда правде, конкретно анализи одлуке у случају *Greenpeace v Brustle*.

У оквиру изазова другог доба, разматрана је примјенљивост норми међународног кривичног права у давању одговора на нова питања која су отворена напретком у биомедицини. С обзиром да овај аспект, потенцијалног међународноправног одговора на отворене изазове другог доба, није праћен значајнијом академском пажњом, овдје су, нарочито пажљиво употребљени научни методи индукције/дедукције, анализе случаја и компарације. Прве двије методе су коришћене да дефинишу обавезујуће правне стандарде у области забране трговине људима, ропства и геноцида. Последња метода је углавном коришћена да прикаже разлике у третирању пре-личности са инвалидитетом у поређењу са пре-личностима без инвалидитета. Трговина људима, ропство, и геноцид су кривична дјела која се данас могу појавити у новим, неklasичним облицима. Због тога, улога норми међународног кривичног права расте са научним напретком у биомедицини, али и другим областима науке. Суштинско питање о примјенљивости обавезујућих правних стандарда у области трговине људима и забрани ропства је да ли држава треба да криминализују све радње повезане са коришћењем власничких права над *in vitro* припадницима људске расе, како би испуниле своје позитивне обавезе? Како би се дошло до одговора на постављено питање, анализиран је однос међународног кривичног права, у овом дијелу, и међународног права људских права; затим је анализирано да ли пренатални људски живот може да добије статус жртве према релевантим инструментима који уводе забрану трговине људима, с обзиром на важеће схватање *actus reus*-а и *mens rea* овог злочина. Укратко су анализирани различите процедуралне гаранције из области људских права које

налазе своју примјену и у области забране трговине људима. У оквиру овог дијела је истражено да ли наведене опште гаранције прате специфичне околности које произилазе из развоја техника вјештачке репродукције. Након испитивања процедуралних гаранција у погледу примјенљивости инструмената за борбу против трговине људима на *in vitro* ембрионе, дискутовано је о стварним особинама које *in vitro* ембриони дијеле са осталим члановима људске расе, што је пак чврст основ за примјену инструмената о забрани трговине људима и ропства. Овај дио рада је од значаја за доказивање хипотезе број 6.

Што се тиче забране геноцида, фокус је на анализи *actus reus*-а који се односи на спречавање рађања особа са инвалидитетом. Дискусија даље намјерава да појасни да ли особе са инвалидитетом могу да буду признати као жртве геноцида. Представљени су могући приступи питању, као и примјенљиви начини интерпретације међународно-правних инструмената. С обзиром, да је у домаћој литератури спорна идентификација особа са инвалидитетом као циљне групе заштићене од геноцида, овај дио рада је завршен закључним разматрањима. Закључци у овом дијелу довели су до дискусије о еквивалентима геноцидне намјере у законима о абортусу. Обим почињених злочина и дискриминаторни елементи који су уграђени у важећим основама за касни прекид трудноће су коришћени као додатни доказни инструменти за потврду хипотезе број 7.

Како би се разјаснио однос између наведених додатних доказних инструмената и *mens rea* злочина, појашњене су опште карактеристике геноцидне намјере. Даље, анализирани су могући приговори на примјену обима почињених злочина и дискриминације као додатних доказних инструмената геноцидне намјере. „Обим почињених злочина“ је коришћен као доказни инструмент који свједочи о броју абортуса извршених због малформације, и утицају употребе овог основа за прекид трудноће на бројност циљне групе. Указано је на правне аспекте непостојања јасних критеријумима за одређивање нивоа и врсте малформације неопходних за оправдање абортуса. Доказни инструмент „дискриминација“ је заснован на поставкама да се забрана дискриминације, на основу инвалидитета, односи на све чланове људске породице. Без обзира на статус личности; на актуелним теоријским позицијама, наше опредјељење ка равноправном третирању особа са инвалидитетом, обавезуј нас да признамо моралну вриједност и укажемо поштовање њиховим пре-личностима у пренаталној фази. Дискусија завршава кратким освртом на лица која би могла бити идентификована као починиоци наведеног злочина.



Након истраге о основаности и недостацима теорија о почетку права на живот, понуђено је рјешење изазовима првог и другог доба у контексту хипотезе број 8. Предложено рјешење се заснива на одликама индивидуализоване генетске конструкције: тренутни настанак, континуитет и идентитет. Након образлагања предложеног рјешења, дискусија наставља са анализом оправданости могућих примједби. Прво, рјешење је тестирано у односу на општи приговор који се ставља на коришћење аргумента потенцијалности. Иако је јасно да предложено рјешење не захтјева извођење стварних права из несигурних карактеристика, овај приговор је дискутован јер је аргумент потенцијалности уведен кроз судску праксу као релевантан за одређење субјеката заштите људских права.

Други приговор директно се односи на једну од три главне особине индивидуализоване генетске конструкције на којој се заснива предложено рјешење, а то је идентитет генетске конструкције. Разматрано је да ли генетска конструкција, од тренутка *syngamy* (сингамије), носи идентитет и ако носи, какав? Овај аспект предложеног рјешења је тестиран у односу на биолошке реалности, као и у односу на филозофска схватања личног и нумеричког идентитета. Трећи приговор који се може ставити на предложено рјешење произилази из судске праксе. Наиме, Суд је навео да у одсуству изричитог нормирања абортуса као основа за дерогацију права на живот, абортус би био забрањен чак и када би наставак трудноће представљао озбиљан ризик по живот труднице. Ова примједба се односи на наводно апсолутну природу заштите коју би уживао пренатални живот уколико би се усвојило предложено рјешење. Поставке овог приговора су разматране у свјетлу односа опште природе права из дјелокруга права на живот и конфликтних права на страни будуће мајке. Четврти приговор се, у суштини, односи на питање претежности слободе или одговорности. Анализа овог приговора проведена је коришћењем правног, а не моралног расуђивања. Пети приговор се односи на правне и практичне потешкоће у спровођењу права на заштиту живота од сингамије па надаље. Евентуална заштита живота, од овог момента, подразумјева правне интервенције у понашања потенцијалне мајке која су, упитно, покривена заштитом њене аутономије. Због значаја који се придаје аутономији у цјелокупној доктрини људских права, у дискусији је разматрано да ли регионални правни оквир пружа основу за овакву заштиту права на живот? Шести приговор се односи на фаворизам који носи предложено рјешење у корист

припадника *homo sapiens* врсте. У оквиру овог приговора је било ријечи о правној и моралној оправданости евентуалних разлика у третирању животиња у односу на људе.

**ПРВИ ДИО**  
**ИЗАЗОВИ ЕВРОПСКОГ РЕГИОНАЛНОГ ЗАКОНОДАВСТВА**  
**ПРВОГ ДОБА**

## ГЛАВА I

# ЕВРОПСКО ПРАВНО НАСЛИЈЕЋЕ НА ПОЉУ ЗАШТИТЕ ЉУДСКОГ ЖИВОТА

Постоји мишљење да су људи чим су схватили везу између полних односа и трудноће почели да размишљају о одвајању сексуалног од репродуктивног чина.<sup>1</sup> Анализа европског правног наслеђа, у области почетка заштите живота, је важна за разумијевање актуелног европског приступа овом питању. Ова анализа пружа појашњења о томе које су вриједности заузимале приоритетно мјесто на скали друштвене заштите у различитим фазама развоја „националних“ законодавстава.

Полазна тачка у анализи Римског права заснива се на спознаји да није могуће извести одрживу дефиницију правног приступа питању прекида трудноће који би се могао окарактерисати као типичан за ово право. Умјесто тога, намјера је да се уоче општа правила и правни резони по овом питању, који су били на снази кроз различите периоде развоја Римског права. Овдје се, такође, треба скренути пажња на значајну дилему у погледу оригиналности правних норми. Могуће је да су нека, као напреднија, правила и начела или правне институције преузете из неког другог система. Познато је да су неки од грчких градова-држава усвајали законе других, било у цјелини или у дијеловима; ово, међутим, није сматрао као усвајање страног права, већ само као усвајање "боље варијанте сопственог права."<sup>2</sup> Међутим, мало је вјероватно да се процес усвајања или имитације страног права догодио у већем обиму у античком свијету, а детаљније истраживање древне правне историје би могло довести до расвјетљавања обима међузависности једног античког правног система у односу на други.

### 1. РИМСКО ПРАВО

#### 1.1. Насљедна права

Заштита насљедних права нерођеној дјечи је уведена у Римско право веома рано. Норме о томе могу се наћи у *Leges XII tabularum (Tabula IV)* из петог вијека прије Христа. Ова норма дефинише легитимног насљедника одређивањем максималне дужине гестације од смрти оставиоца до његовог рођења. Иако је путем признања насљедних права номинално дат одређен правни статус пренаталном животу, може се дискутовати о сврси

<sup>1</sup> Поњавић Зоран, *Прекид трудноће - правни аспекти* (Kragujevac 1997), 69.

<sup>2</sup> Hug Walter, *The history of comparative law*, *Harvard Law Review*, 1029-130 [http://www.dphu.org/uploads/attachments/books/books\\_3919\\_0.pdf](http://www.dphu.org/uploads/attachments/books/books_3919_0.pdf) March 2016.

ове норме. Наиме, имовина је уживала највиши степен заштите у римском правном систему. Деликти против имовине су били кажњавани смртном казном. Истовремено, живот није толико вреднован, те се може сматрати да је уживао низак степен заштите, имајући у виду, да је казна за убиство била глоба (*Tabula VIII*). Разлог за висок степен заштите имовине може бити у настојању да се одржи успостављени класни систем, с обзиром да је имовина била статусна одредница у римском друштву. Такође, није зачуђујуће настојање елита да очувају друштвене позиције својих породица додатно им осигуравајући власништво над имовином. Рефлексије овог настојања се могу пронаћи у наследноправним рестрикцијама према женама нижег поријекла, или према ванбрачној дјечи. Примјер за то је *Lex Iulia et Papia*, који забрањује пренос имовине у власништву елита на њихове нелегитимне потомке.<sup>3</sup> Намјера очувања власништва породице над имовином видљива је и из случаја који описује Цицерон (*Clu.* 12) "гдје завјешталац, настоји да обезбједи рођење његовог сина остављајући својој жени у другом стању значајну заоставштину, уколико његов син постане наследник и лишава је свега у супротном случају."<sup>4</sup> Такође, снажан мотив за додјелјивање правног статуса пренаталном животу прије се може пронаћи у тежњи да се очува друштвена структура, него у идеалу правде.<sup>5</sup> Обзири према правди, као и моралу и етици, развили су се у каснијим фазама развоја Римског права.<sup>6</sup> Постоје мишљења да је *tempus lugendi* имао исту сврху како је овдје схваћена, као и наследноправне норме.<sup>7</sup> Када је ријеч о сврси признавања наследних права, неопходно је узети у обзир историјски контекст у којем је предметна норма усвојена. *Leges XII tabularum* настао је као резултат друштвених промјена проузрокованих незадовољством плебејаца својим положајем у друштву. Сасвим је разумљиво да су патрицији настојали да, у што већој мјери, очувају своје привилегије. Ова околност свакако се одразила на норме *Leges XII tabularum*.

---

<sup>3</sup> McGinn A.J. Thomas, The Social Policy of Emperor Constantine in *Codex Theodosianus* 4,6,3, *Legal History Review*, (1999): 67(1/2), 57-73.

<sup>4</sup> Peck Thurston Harry, *Harpers Dictionary of Classical Antiquities*. (Harper and Brothers, New York 1898).

<sup>5</sup> Cf: Jovanovic Mila, *Коментари старог Римског ius civil – Законик XII таблица* (Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nisu 2002), 156, 158.

<sup>6</sup> Malenica Antun, *Римско право* (Novi Sad 1995), 101-108.

<sup>7</sup> Horvat Marijan, *Rimsko pravo*, (Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1998), 73.

## 1.2. Смисао правног статуса пренаталног живота у наслеђеном праву

Незаобилазно раздобље у анализи статуса пренаталног живота у Римском праву је класично доба. Извори права, у класичном периоду: су *Mores maiorum*, *Lex*, *Edictum praetoris*, *Senatus consultum*, *Constitutiones principis*, и *Responsa*. *Responsa* је важан извор права за даљу анализу постављеног проблема. *Responsa* представља специфичну законодавну власт еминентних правника који су имали *ius publicae respondendi*. Ријеч је о правном мишљењу о конкретном правном проблему из праксе и након што буде прихваћено од стране других правника добијало је снагу прецеденда.<sup>8</sup> Постоји разлика између *Responsa* заснованих на *ius publicae respondendi*, и других правних писаних дијела. Први су могли да креирају право, док остали нису имали тај капацитет.

Један од општих карактеристика Римског права из класичног периода је описни стил писања.<sup>9</sup> Дијела класичних римских правника су прожета казивањем у форми максимама и/или есеја. У пост-класичној ери правна дијела класичних правника су сматрана за изворе права.<sup>10</sup> Из тог разлога би максиме требало сматрати референтним у анализи правног статуса пренаталног живота. У том смислу, по својој битности се истиче наслеђеноправна максима: *Partus antequam edatur, Mulier portio est pro viscerum* (D.25,4,1,1), тј "Нерођено дијете се сматра дијелом мајчине утробе" (максима).

### 1.2.1. Максима

Максиму је формулисао Улпиан, римски правник из класичне епохе. Од 426. године Улпианови радови (заједно са четворицом других правника) су потврђени као извор права у *Lex citationis*. Улпиан је аутор коментара неколико важних закона као што су: *Lex Aelia*, *Lex Iulia od adulteriis*, као и неколико систематских дијела као што су: Дигеста, Институције, и Регуле. Предметна максима је написана у дијелу под насловом *Libri oglas edictum*, које представља коментар посебног извора Римског права(едикт) из легислативног овлашћења високих државних функционера носиоца јавне власти - претора. *Libri oglas edictum* је заједнички назив за коментаре овог извора права.<sup>11</sup> Улпијанов *Libri oglas edictum* се сматра једним од његових најзначајнијих дјела. *Edictum perpetuum praetoris Urbani* који је предмет коментара наведеног Улпиановог дјела, у свом првом дијелу о судском поступку у 21. поглављу под називом "De Liberis et de

<sup>8</sup> Malenica Antun, Римско право (Novi Sad 1995), 71.

<sup>9</sup> Moјovic Nikola, *Историја Римског права*, (University of Banja Luka, Faculty of Law 2008), 326.

<sup>10</sup> Malenica Antun, *Izvori Rimskog prava*, (Naučna knjiga Beograd, Beograd 1993), 141.

<sup>11</sup> Romac Ante, *Рјечник Римског права*, (Informator, Zagreb 1975), 321.

ventre"<sup>12</sup>, садржи детаљне норме о заштити живота нерођене дјете. Ова заштита је обезбјеђена кроз строге безбједносне мјере уперене на заштиту физичког интегритета мајке. Чак и додир абдомена није био дозвољен без мајчиног пристанка.<sup>13</sup> Даље, четврти дио *Edictum perpetuum pretoris Urbani* у поглављу 43 забрањује употребу силе против труднице која је ушла у посјед имовине ради осигурања интереса (наследних права) нерођеног дјетета. Употреба силе против труднице је изједначена са употребом силе против законитог наследника.

С обзиром на горе поменуто, разумно је закључити да је предметна максима дата као закључни коментар правног приступа заштити пренаталног живота који је примјењен у *Edictum perpetuum pretoris Urbani*. У сваком случају, не може се основано сматрати да је ова максима подразумјевала овлашћење жене да слободно располаже пренаталним животом у смислу значења које јој се данас придаје.<sup>14</sup> Нарочито, ако се има у виду, да су жене уопште у Римском праву имале ограничену пословну способност. Може се сматрати да је максима колизионе, а не конститутивне правне природе. Њен карактер проистиче из чињенице да она упућује на норме првобитно уведене у *Edictum perpetuum pretoris Urbani* ,као на норме мјеродавног права које се имају примјенити. Ова максима одражава казуистички приступ праву који је карактеристичан за правнике класичног доба.

Предметна максима је задржала описани карактер и у Јустинијановој кодификацији. Јустинијанова кодификација је садржавала норме које регулишу статус дјетета чија је мајка прошла кроз пермутације властитог статуса током трудноће. У том смислу, грађански статус дјетета је био регулисан у сљедећим ситуацијама: када је дијете зачето код мајке док је била слободна, а рођено након што је пала у ропство (Д. 1,5,5,2), зачето док је мајка била роб, те током трудноће била неко вријеме ослобођена, и у вријеме порога поново пала у ропство (Д. 1,5,5,3), статус близанаца или тројки у зависности од редослиједа по којем су рођени,<sup>15</sup> статус дјетета рођеног током заробљеништва од стране непријатеља,<sup>16</sup> итд. У наведеним случајевима право налаже рјешење које је у корист дјетета,<sup>17</sup> тако да би дијете било слободно, довољно је да је мајка током трудноће била у

---

<sup>12</sup> Word *liberis* in Latin means “children with regard to their parents” and word *ventre* means “unborn child”.

<sup>13</sup> Погледати Romac Ante, *Izvori Rimskog prava*, (Informator, Zagreb 1973), 55.

<sup>14</sup> Погледати Живојиновић Драгица, *Правни положај нерођеног детета* (Крагујевац: Inter Print 2009), 2, 24.

<sup>15</sup> *Iustinianus Digest*, an Serbian translation by Malenica Antun, (Službeni Glasnik, Beograd 1997), 119 par 15.

<sup>16</sup> *ibid*, 123 par 26.

<sup>17</sup> Hunter William Alexander, *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*, (Clots and Cloy 1920), 168.

неком тренутку ослобођеница (Д 1.5.5.3). Грађански статус оца је релевантан за статус дјетета само за брачну дјецу.<sup>18</sup> У другим случајевима, дијете добија грађански статус и правни положај мајки (Д 1,5,19). Максима, такође, вјеродостојно описује припадност пренаталног дјетета у опсег овлашћења *pater familias*-а, под чијом влашћу се налази и мајка. Ако *pater familias* буде усвојен, сва његова имовина прелази у власништво усвојоца. Ово правило се односи и на пренатални живот (D1,7,15pr).

Ова максима је попримила своје модерне рефлексије, како у доктринарном, тако и у практичном смислу. У доктринарном смислу, често се узима као исходиште онога што се назива феминистичким позицијама у рјешавању конфликта између интереса мајке и нерођеног дјетета. У практичном смислу, Европски суд за људска права недавно је навео да је "живот фетуса тијесно повезан са, и не може се посматрати у изолацији, од живота труднице."

### 1.2.2. Нерођено дијете као вриједност по себи

За разлику од дискутабилне насљедноправне бриге за интересе пренаталног живота, Римско право садржи одређене законске индикације да је пренатални живот био објекат директне заштите као аутономна вриједност. Оваква тврдња се може засновати на чињеници да је *Leges XII tabularum* прописивао казну уколико би неко сахранио упокојену трудницу прије него покуша да спасе живот нерођеном дјетету, тако што би расјекао материцу и извадио бебу напоље.<sup>19</sup> "Прича се да је тако рођен Гај Јулије Цезар чија мајка је умрла током порођаја."<sup>20</sup> Имајући у виду, да је мајка наведеног императора према појединим изворима живјела до 50-их година свога сина, Плиније сматра да је породично презиме које значи „рез“ заправо наслијеђено од непознатог претка који је дошао на свијет на описани начин.<sup>21</sup> Сама норма није имала вјерски карактер јер су вјерске (*FAS*) и цивилне (*IUS*) норме раздвојене у време *Leges XII tabularum*.<sup>22</sup> Коријен ове норме може да се лоцира још у *Lex Numa Pompilius (Legis Regiae)*, гдје је описани пропуст био квалификован као кривично дјело онемогућавања дјетета да оживи. Овај правни резон је остао на снази током цијеле историје Римског права јер се налази и у Дигестама (Д. 11, 8.2). Међутим, и поред овога, може се дискутовати о томе зашто је пренаталном животу

<sup>18</sup> Romac Ante, *Ulpiani Regulae*, (Zagreb: Latina et Greaca 1987), 29, 33.

<sup>19</sup> Malenica Antun, Римско право (Novi Sad 1995), 141.

<sup>20</sup> Felice Petraglia, and Maurizio Bettini, Human Reproduction in Art: From Myths to History, 2010, *Reproductive Sciences* 17(8), 711-717. 716.

<sup>21</sup> *ibid.*

<sup>22</sup> Malenica Antun, Римско право (Novi Sad 1995), 100.



приписивана вриједност. Чини се да Римљани нису сматрали нерођену дјецу људским бићима. Римски правник Папиниан приписује овај резон о нерођеној дјечи стоицима, који су на крају постали дијелом Римског права.<sup>23</sup>

Са друге стране, потенцијал оживљавања је уживао правну заштиту. Такође, способност наслеђивања се заснива на овом потенцијалу. Критеријуми који су коришћени за одређивање наследноправне способности конкретног наследника су: дужина гестације и посједовање људског облика. Што се тиче другог критеријума, ако га дијете не испуњава није му било дозвољено да живи (*Tabula IV*). Ово би могао бити коријен модерне еугенике у праву. Овдје је потребно истаћи, да је још Римско право покушавало да прецизира кад захтјевани услов није испуњен, односно када дијете нема људски облик. Тако на примјер, уколико би дијете било рођено са другачијим бројем екстремитета, није се сматрало да му недостаје људски облик, тј. није се могло лишити живота због тога.<sup>24</sup> Што се тиче првог критеријума, он је коришћен као индикатор одрживости.<sup>25</sup> Наиме, тестамент који је искључивао дијете које је рођено након минимума гестације је био ништав, чак и уколико се дијете не одржи у животу (*CJ. 6,29,3,1*). Ово је из тог разлога, што је за стицање правне заштите било довољно да дијете има претпостављени потенцијал - вјероватноћу. Дужина гестације је служила као индикатор тог потенцијала. Исти критеријуми су коришћени за одређивање нечије правне способности (дужина гестације у тренутку рођења (*Д. 1,5,12*) и тјелесне особине (*Д. 1,5,14*)).

У свијетлу ове дискусије, је интересантно да се укаже на паралеле у одређивању правног положаја између нерођеног дјетета и особе у заробљеништву. Наиме, Римско право изједначава положај лица, које је одсутно због заробљеништва, са положајем нерођене дјеце у неким ситуацијама.<sup>26</sup> Јер, у одређеном капацитету, нерођена дјеца су третирана као правно способна лица која су привремено спријечена да располажу са својим правима. Такође, нерођена дјеца су третирана као рођена када је ријеч о заштити њихових интереса (*Д. 1.5.7*). Овакав статус се не своди само на наследна права.

Такође, главни приговор који би се могао истаћи за насловљену тврдњу се заснива на ставу, да су мотиви заштите нерођеног дјетета истовјетни претходно описаним

---

<sup>23</sup> Gorman J. Michael, *Abortion and the Early Church* (I.V.P., Downer's Grove, Illinois, 1982), 32. See also *Digest* 35. 2. 9. 1.

<sup>24</sup> *Iustinianus Digest*, an Serbian translation by Malenica Antun, (Službeni Glasnik, Beograd 1997), 119 par 14.

<sup>25</sup> See Rastovčan Pavle, *Основна правила приватног права заснована на Римском праву*, (Тipографije, Zagreb 1930), 62.

<sup>26</sup> *Iustinianus Digest*, an Serbian translation by Malenica Antun, (Službeni Glasnik, Beograd 1997), 137 par 15.

разлозима за признавање насљедних права пренаталном животу. Међутим, смрт жене, укључујући и смрт њеног нерођеног дјетета, није могла да доведе до промјене власништва над имовином. Власник имовине је, у правилу, остајао исти и могао је да обезбиједи насљедника са другом женом или усвајењем. Због наведеног, није постојао утилитарни разлог за оваквом заштитом угроженог насљедника. Због тога приговори, који се заснивају на тврдњи да су мотиви за увођење овакве заштите једнаки мотивима за признавање насљедних права, нису одрживи.

### 1.3. Прекид трудноће у римском праву

Индиректне норме о прекиду трудноће је вјероватно увео први римски краљ Ромул (758 прије Христа -717 прије Христа), оснивач Рима, у свом закону о разводу. Један од разлога за развод, односно протјеривање жене је био тровање дјце.<sup>27</sup> Дејство ове норме се не може основано ограничити само на постнатални период, нарочито имајући у виду, да је терминологија којом су означавана дјеца (*Liberi, Partus*) иста за дјецу прије и после рођења. Такође, у Римском праву тровање и абортус су иначе повезивани истовјетном квалификацијом и казном. Иако постоје сумње у оригиналност овог законодавног рада краља Ромула, који се заснива на тези да, у његово вријеме није било разлога за развод, с обзиром на социјалне услове и економију тог доба,<sup>28</sup> увођење ове норме у право није било немогуће, јер је тада религија имала велики утицај на његово стварање. Римска религија је сматрала дјецу поклоном од богова.<sup>29</sup> Римски пантеон је познавао заштитницу богињу по имену Луцина, чија је улога била да дјецу уведе у свијетлост свијета.<sup>30</sup>

Неспорно, правни извор који се односи на прекид трудноће је *Leges XII tabularum*. Према овом извору, ако је прекид трудноће почињен без оправданих разлога, супружници су бивали цензорисани.<sup>31</sup> Први кривичноправни приступ прекиду трудноће је увео цар Север у другом вијеку. Према том извору, прекид трудноће је био кажњаван једнако као и тровање.<sup>32</sup> Квалификација прекида трудноће као еквивалента кривичном дјелу тровања остало је трајно обиљежје Римског права. Међутим, постоји основ за дискусију о томе која је радња била забрањена. Да ли је то био прекид трудноће сам по себи, или узимање

<sup>27</sup> See Malenica Antun, Извори Римског права,( Beograd: Naučna knjiga 1993), 62.

<sup>28</sup> See Јовановић Мила, *Коментари струг Римског ius civil – Краљевски закони*, (Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nisu 2002), 96-105.

<sup>29</sup> See *ibid.* 97.

<sup>30</sup> See Djordjevic Jovan, *Latinsko-Srpski rečnik* (Zavod za udžbenike Beograd 2010), 855.

<sup>31</sup> Gorman J. Michael, *Abortion and the Early Church* (I.V.P., Downer's Grove, Illinois, 1982), 25.

<sup>32</sup> Ponjavić Zoran, *Прекид трудноће - правни аспекти* (Kragujevac 1997), 72.

отрова за његово изазивање? Иста дилема постоји и у канонском праву. Казна за прекид трудноће је била рад у руднику или чак смртна казна.<sup>33</sup> Према Пек, све жене које су починиле прекид трудноће биле су, по наредбама Севера и Кракале, осуђене на прогонство (D. 47, 11, 4; 48, 7, 8).<sup>34</sup> У сваком случају, ово је показатељ да је прекид трудноће сматран обликом веома неприхватљивог понашања.

### 1.3.1. Прекид трудноће у пракси, да ли је био неопходан?

За разлику од Грчке, главни разлози за прекид трудноће у Римском праву је лично одређење. Лична воља *pater familias*-а је била пресудна у породичним стварима. *Pater familias* је имао под својом влашћу чак и живот своје већ рођене дјеце (*ius vitae ac necis*). Он је могао самовласно да одлучи ко ће да живи, а ко ће умријети. Манифестација овог овлашћења почиње веома рано. Готово одмах по рођењу, дијете је довођењо на тзв. излагање пред *pater familias*-а који је могао да одбије да га прихвати (*tolldoba Liberum*) у породицу. Грчки историчар Дионис из Халикарнаса, у свом дјелу "Римски Антиквитети" (Књига 2, 15, 1-2),<sup>35</sup> пише о начину на који је било регулисано излагање према извору, за који се верује да је донио први краљ Ромул. Према овом извору, становници Рима били су дужни да изложе своје мушке потомке и прворођену женску дјецу. Такође, било је забрањено убијање дјеце млађе од три године (од те доби дјеца су већ ангажована на кућним пословима и били су корисна радна снага). Осим тога, постојале су гаранције да одлука *pater familias*-а на излагању не буде арбитрарна. Наиме, родитељи су морали да покажу дијете петорици најближих сусједа који су морали да се сагласе са одлуком. Постојање ове власти *pater familias*-а могла је практично да елиминише потребу за прекидом трудноће. Законска могућност која производи исти ефекат несумњиво је редуковала потребу за прибјегавањем незаконитом, строго санкционисаном и ризичном конзумирању абортифицијата. Такође, постнатални период је правно предвиђено вријеме за одлучивање о судбини дјетета.<sup>36</sup> Овакав законски оквир је утемељен и на римској традицији која исходи из легенде о Ромулу и Рему, близанцима који су бачени у ријеку Тибар.

<sup>33</sup> Romac Ante, Рјечник Римског права, (Informator, Zagreb 1975), 13.

<sup>34</sup> Peck Thurston Harry, Harpers Dictionary of Classical Antiquities. (Harper and Brothers, New York 1898).

<sup>35</sup> *The Roman antiquities of Dionysius of Halicarnassus*, with an English translation by Earnest Cary, Ph. D., on the basis of the version of Edward Spelman (Cambridge Harvard University Press 1937).

<sup>36</sup> For detail discussion and references refer to Van N. Viljoen, Plato and Aristotle on the Exposure of Infants at Athens, *Acta Classica*, (1959): 58(2).

Још једно овлашћење *pater familias*-а могло је негативно утицати на потребу за прекидом трудноће. Наиме, *pater familias* имао је овлашћење да прода (*ius vndendi*) чланове породице путем формалне еманципације или усвајања. Ово овлашћење укључује и право продаје новорођених, као и старије дјеце у ропство, или у грађанско ропство.<sup>37</sup> Са економског аспекта, прекид трудноће је био непрофитабилан како за *pater familias*-а, тако и за жену. Због свог економски подређеног положаја тешко је тврдити да су жене чиниле прекид трудноће насупрот вољи *pater familias*-а, што је, такође, представљало разлог за развод (*CJ.* 5,17,11). Логика економске исплативости произвођила је ограничавајуће ефекте на потребу за прекидом трудноће у ситуацијама у којима трудница остане удовицом. У већини таквих случајева жена је потпадала под власт претходног *pater familias*-а, те је прекид трудноће био његова надлежност.<sup>38</sup> Осим тога, у сличном ситуацијама ограничавајући ефекат на потребу за прекидом трудноће је произишао из наследних права будућег наследника. Трудница је уживала издржавање од наслијеђа нерођеног дјетета током трудноће. Ово је био значајан подстицај за труднице да задрже трудноћу у такозваним кризним ситуацијама. Ово је нарочито због чињенице да су жене имале ограничен правни капацитет, и да се нису могле ослонити на властиту пословну способност као на поуздано средство за обезбјеђење егзистенције.

Још једна околност која је могла имати рестриктивне ефекте на распрострањеност прекида трудноће исходи из области медицинске етике. Након одређеног доба, развој Римског права се заснива на начелима морала и етике.<sup>39</sup> У том погледу, неизбјежан извор је била Хипократова заклетва. Хипократ је био поштован од стране римских правника што можемо видјети, на примјер, у *D.* 1,5,12 или *D.* 38,16,3,11 гдје је цитиран. Пошто су Дигесте углавном компилација класичног римског права коју је начинио цар Јустинијан у 533, Хипократова заклетва сигурно је била ауторитативна барем у римској медицинској пракси вијековима раније. Са становишта Хипократове заклетве, прекид трудноће је био забрањен, као и еутаназија.

Друштвени ставови су засигурно имали ограничавајући ефекат на распрострањеност прекида трудноће. Главна карактеристика друштвеног става произилази из благонаколност према рађању. Значај порођаја у римском друштву је добро изражен у

---

<sup>37</sup> Buckland Warwick William, *A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian* (Cambridge University Press 1968), 103.

<sup>38</sup> *CF* Peck Thurston Harry, *Dictionary of Classical Antiquities*. (Harper and Brothers, New York 1898).

<sup>39</sup> Malenica Antun, *Римско право* (Novi Sad 1995), 101-108.

нормама *Paul Sententiae*, којима је прописано да жене могу добити *ius liberorum* ако се породе три или четири пута (*Pauli. Sent.* 4,9,1). Право је настојало да стимулише природно родитељство путем ограничавања могућности за усвајање. Усвајање је било омогућено особама старијим од 60 година, јер је сматрано да млађе особе треба да рађају своју дјецу.<sup>40</sup> Такође, разлози за развод брака су рестриктивно прописивани како би се заштитили интереси дјеце (*CJ.* 5,17,8, PR-4a). Немогућност жене да роди, био је разлог за развод. Развод, по овом основу, чак је сматран природном обавезом мушкарца.<sup>41</sup> Сматра се да је „бездјетност“ био разлог за први развод у историји Рима.

С обзиром на претходну дискусију, може се сматрати да није постојало много разлога за прибојавање прекиду трудноће. Важну улогу у том погледу имала је државна религија, законске рестрикције, као и економски фактори. Такође, друштвени ставови значајно су утицали на фреквентност прекида трудноће у римској држави. Постоје мишљења да су римски друштвени ставови, у вези рађања, омогућили трансформацију једне мале заједнице каква је био Рим, на свом почетку, у највећу популацију свога времена.<sup>42</sup> Слично се може наћи и код *Dionisije* од *Halikarnasa* који заслугу за популациони раст приписује законима.<sup>43</sup>

## 1.4. Правне рефлексije римских друштвених ставова

### 1.4.1. Протективне нормe

Норме које имају заштитни ефекат, у погледу права, садржане су у наслеђном праву које препознаје интересе пренаталног живота. Ванбрачна и брачна дјеца су изједначена у наслеђном праву (*Justiniani Inst.* 3,1,2, a), као и мушки и женски наслеђници (*Nov.* 118. *pr*). Дјеца су нужни наслеђници. У почетку су нужни наслеђници могла бити само лица под очинском влашћу оставиоца.<sup>44</sup> Касније, закон је укинуо могућност да дјеца буду искључена из наслеђа, чак и када су *sui iuris* (*Nov.* 115.c.3).

Расипништво, које је сиромашило дјецу, представљало је разлог за ограничење пословне способности (*Pauli. Sent.* 3,4,7). Дјеца су била привилегована у пословању јер су

<sup>40</sup> *Iustinianus Digest*, an Serbian translation by Malenica Antun, (Službeni Glasnik, Beograd 1997), 139 par 2.

<sup>41</sup> See Watson Alan, *Roman Law & Comparative Law* (University of Georgia Press 1991), p 31.

<sup>42</sup> Наташа Деретић, Кратак осврт на решавање демографских проблема у римској држави, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2009, 413–434, 414.

<sup>43</sup> *The Roman antiquities of Dionysius of Halicarnassus*, with an English translation by Earnest Cary, Ph. D., on the basis of the version of Edward Spelman (Cambridge Harvard university press 1937), Book 2, 15, 1-2.

<sup>44</sup> *Gai Institutionum commentarii*, par. 156, and 161 an Serbian translation Obrad Stanojevic, Ph.D (Nolit, Beograd), 133.

могли закључивати само послове који су били профитабилни за њих.<sup>45</sup> У сваком другом случају, дјеца и особе испод 25 година, имали су право да траже поврат у пређашње стање на основу доби. Извршење смртне казне над трудном женом је одлагано док се не породи<sup>46</sup>, а заштита пренаталног живота је била основ ове норме. Ово указује на примјену принципа личне одговорност у конфликтним ситуацијама. То је јасан показатељ да је пренатални живот био аутономно заштићена вриједност у Римском праву.

### 1.4.2. Подржавајуће норме

Подржавајуће норме су уведене од стране краља *Tulus Hostiliusa* (673. прије Христа – 642. прије Христа), када је одредио тзв. *publico alimenta* (државну алиментацију), која је финансирана из јавних прихода и била је намјењена за породице са три сина до њиховог пунољетства.<sup>47</sup> Касније, у породичном закону, су уведене рестрикције у погледу признатих основа за развод, а све у циљу заштите интереса дјеце (*CJ. 5,17,8, pr-4a*), те сама сагласност и воља нису више били довољни да се брак разведе.<sup>48</sup>

Мираз се враћао оцу покојне жене, осим уколико је родила пет или више дјеце. У том случају, мираз је остајао (старатељу) супругу (*Ulpiani Reg. 6.1 до 9*). Дјеца су имала право насљеђивања својих мајки (*SC Orfitianum* од 178 и *Justinijana. Inst. 3,4, PR*). Када би мајка троје дјеце била позвана на насљеђе, она би могла постати само држалац, али не и власник имовине покојног супруга. Власници насљедства су била дјеца (*Nov. 117, C.5*). Способност за заснивање усвојења била је ограничена интересима природних сукцесора.<sup>49</sup> Имовина коју би дјеца зарадила сматрана је њиховом личном својином (*CJ.6,61,8*).

### 1.4.3. Ретрибутивне норме

Ретрибутивне норме, у односу на прекид трудноће, су биле уведене управо путем норми из породичног права наводећи га као разлог за развод брака (*CJ 5,17,11.*). Развод по овом основу, је значао да супруг задржава по шестину мираза за свако дијете као компензацију за доживљену деградацију.<sup>50</sup> Уколико није постојао мираз, жена је морала

---

<sup>45</sup> Puhan Ivo, *Rimsko pravo* (Naučna knjiga, Beograd 1977), 150.

<sup>46</sup> *Iustinianus Digest*, an Serbian translation by Malenica Antun, (Službeni Glasnik, Beograd 1997), 121 par 18.

<sup>47</sup> Romac Ante, *Izvori Rimskog prava*, (Informator, Zagreb 1973), 15, and Malenica Antun, *Izvori Rimskog prava*, (Naučna knjiga Beograd, Beograd 1993), 64.

<sup>48</sup> See Horvat Marijan, *Rimsko pravo*, (Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1998), 79.

<sup>49</sup> *Iustinianus Digest*, an Serbian translation by Malenica Antun, (Službeni Glasnik, Beograd 1997), 139 par 3.

<sup>50</sup> See Malenica Antun, *Rimsko pravo* (Novi Sad 1995), 155. See also Romac Ante, *Izvori Rimskog prava*, (Informator, Zagreb 1973), 172.

дати четвртину своје имовине мужу (*Nov. 117,c.5*). Такође, абортус је могао значити губитак насљедних права на мужевљеву имовину (*Nov. 74,c, 1*).

Норме *Lex Iulia de adulteries* у вези забране прељубе садрже ретрибутивне норме из ових група: *Lex Iulia od Marit Andis ordinibus*, *Lex Julija De adulteriis* и *Lex Papia Popea*. Исте се могу сматрати специфичним изворима који садрже подржавајуће и ретрибутивне норме. Ти закони налажу да мушкарци између 25 и 60 година, и свака женска особа између 12 и 50 година старости, морају бити у брачном односу, као и да сваки мушкарац мора бити отац најмање једног дјетета, а жена мора да се породи најмање три или четири пута ( у зависности од њеног грађанског статуса, односно поријекла). Кршење тих закона санкционсано је ограничењима насљедних права. На примјер, кршење норми о обавезном родитељству ускраћује могућност насљеђивања имовине рођака који су имали дјецу. Бездјетни (*orbis*) су могли наслиједити само половину насљеђа од ближе родбине.<sup>51</sup> Ако је брак склопљен у старијем добу, искључена су права насљеђа међу супружницима, осим ако не добију потомство.<sup>52</sup>

#### 1.4.4. Стимулативне норме

Стимулативне норме су имале за циљ да увећају популацију на тај начин што су осмишљене да стимулишу жене. Постојала је могућност да жене добију тзв. *ius liberorum*, што је представљало врсту привилегије која је доносила пуну пословну способност, право насљеђа имовине своје дјеце (*Pauli. Sent. 4,9,1.* и *Justiniani. Inst. 3,3,2*), а по *Lex Voconia* и право насљеђа имовине оставиоца који су припадали вишим класама.<sup>53</sup> Уколико жена има троје или мање дјеце, насљеђивала би једну четвртину заоставштине. Међутим, уколико је била мајка више од троје дјеце насљеђивала би равноправно са дјецом (*Nov. 117,c.5*). *Ius liberorum* је доносио римско грађанство латинкама. Такође, римско грађанство је било стимуланс и за латина који је склопио брак ради стицања дјеце. Може се сматрати да је овако конструисана сврха брака дјеловала превентивно на *fraudem legi*, јер је давала шансу и чисто латинским супружницима да стекну римско грађанство стицањем потомства.<sup>54</sup> *Ius*

<sup>51</sup> Horvat Marijan, *Rimsko pravo*, (Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1998), 74.

<sup>52</sup> Romac Ante, *Ulpiani Regulae*, (Latina et Greaca Zagreb 1987), 51.

<sup>53</sup> Puhan Ivo, *Rimsko pravo* (Naučna knjiga, Beograd 1977), 371, foot note 8.

<sup>54</sup> Romac Ante, *Ulpiani Regulae*, (Latina et Greaca Zagreb 1987), 29.

*liberorum* је осим привилегије представљао разлог за понос, те су забиљежени случајеви да су жене овај статус истицале и на својим надгробним споменицима.<sup>55</sup>

## 2. ПРЕГЛЕД ПРАВА АНТИЧКЕ ГРЧКЕ

Право, развијано у античкој Грчкој је садржавало норме о томе гдје је прекид трудноће био забрањен.<sup>56</sup> Хипократова заклетва, која поставља темеље медицинској етици, такође га је забрањивала. Насупрот овом, Аристител у дјелу *Политика* препоручује абортус као средство планирања породице (књига 7, поглавље 14),<sup>57</sup> као што то чини и Платон у његовој идеалној “Републици”. Из наведеног је јасно да је прекид трудноће био присутан у животу античке Грчке.

Истовремено се може сматрати да није постојало битнијих разлога који би узроковали његову распрострањеност.<sup>58</sup> Популација је умањивана честим ратовима и епидемијама. Такође, брак је био обавезан у Атени, а бездјетност је представљала бракоразводни основ.<sup>59</sup> Ово су јасни показатељи из којих се може спознати сврха брака, због чега је тешко појмити да је био значајнији проценат парова који су се уздржавали од рађања, или који би настојали да умање број својих потомака. Привреда је била земљорадничка и дјеца су представљала извор радне снаге. Осим што су били корисна радна снага, дјеца су била основ благостања јер је држава додјељивала породицама одређену површину обрадивог земљишта за свако мушко дијете.

### 2.1. Разлози за прекид трудноће

Разлози којима је правдан абортус налазе се у пренасељености градова. Уколико није била спутавана ратовима или епидемијама популација би расла. Пренасељеност је била разлог за препоручивање о прекида трудноће као средства популационе контроле, јер је у ондашњим санитарним условима могла да доведе до избијања епидемија. Међутим, упркос својој улози на сузбијању пријетње, која би могла да угрози постанак заједнице, приступ абортусу није био неограничен. Прво, његова искључива сврха је била контрола популације. Друго, границе његове допуствости су биле одређене биолошким

---

<sup>55</sup> Judith Evans Grubb, *Women and the law in the Roman Empire: a sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, (Routledge, London 2002), 38.

<sup>56</sup> Поњавић Зоран, *Прекид трудноће - правни аспекти* (Kragujevac 1997), 71.

<sup>57</sup> Aristotle *Politics*, an Arabian translation by Ljiljana Stanojevic – Crpajac Ph.D ( Beograd 1975), 198.

<sup>58</sup> Погледати Jones William Henry Samuel (ed), *Hippocrates Collected Works I* (Cambridge Harvard University Press 1868).

<sup>59</sup> Šarkiћ Srđan, *Opšta istorija države i prava*, (Draganić, Beograd 1999), 76.



критеријумима према којима је био дозвољен прије него дијете оживи.<sup>60</sup> Овај биолошки критеријум може да послужи као аргумент у прилог ставу да је живот нерођеног дјетета био заштићена вриједност. Наиме, овако постављено ограничење осликава обим вредновања пренаталног живота, који није могао бити прекинут у корист постнаталних живота који су били посредно угрожени његовим рођењем. Осим поштовања пренаталног живота, овакво ограничење садржи и намјеру заштите здравља мајке, јер је прекид трудноће према Хипократу изједначен са тровањем. Наиме, уколико се абортус изврши у каснијим фазама трудноће, повећава се ризик од заразе као што је тетанус, и према тадашњим изворима до опоравка је ријетко долазило.<sup>61</sup>

### 3. ОПАЖАЊА

Римско право се бавило заштитом пренаталног живота од најранијих фаза развоја. Норме о томе могу се пронаћи у првим легислативним радовима римских законодаваца. Први римски краљ Ромул (*Romulus*) означио је абортивне технике као бракоразводни основ, а други римски краљ Нума (*Numa*, 715 В.С. –673 В.С.) је додијелио директну заштиту пренаталном животу. Заштита коју су ова два краља додијелила пренаталном животу одржала је правну снагу током цијеле историје Римског права. Први краљ је установио поглед на абортус као на нешто што је једнако тровању, које је касније постало типично становиште Римског права. Други краљ је дао правне оквире становишту да нерођено дијете има право (да оживи) на живот, и да га треба заштити због његовог потенцијала.

Већина релевантних норми је уведена кроз грану насљедног права као и кроз регулативу грађанског статуса. Имајући то у виду, основано се може претпоставити да је у одређеној фази свог развоја Римско право било посвећено заштити успостављених друштвених односа. Друштвени односи су се заснивали на власништву над имовином и грађанском статусу. Вјероватно су ове чињенице и поставиле будућег насљедника имовине, друштвеног и политичког статуса, у поље интересовања права и правног регулисања. Прелазак имовине на другу (*alieni*) особу, или недостатак насљедника, значио је уједно и губитак друштвеног статуса за породицу. Чак, и уколико ове чињенице нису биле одлучујуће за додјелу правне заштите нерођеној дјечи, сигурно су

---

<sup>60</sup> Аристотел, *op. cit.*

<sup>61</sup> *The Extant Works of Aretaeus, The Capadocian* (Francis Adams LL.D. Boston Milford House Inc. 1972 - Republication of the 1856 edition).

представљале важан мотив за то. Не треба занемарити ни утицај религије у обликовању друштвеног става према прекиду трудноће. На почетку историје Римског права, религија је била политеистичка, а касније хришћанска. Засигурно се може сматрати да су Римљани из ових, или оних разлога, сматрали да нерођену дјецу и њихов живот треба заштити. У сваком случају Римско право је успоставило практичан модел заштите пренаталног живота. Овај модел је настојао да елиминише конфликте између интереса пренаталног живота, и интереса оних који одлучују о његовој судбини. Бројна права и привилегије су зависила од одржања трудноће и њеног изношења до термина.

Што се тиче Римског права, прекид трудноће је био ствар приватног карактера. Ово представља његову најексплицитнију дистинкцију од права античке Грчке у којем је абортус био инструмент јавне политике. Међутим, абортус је био приватна ствар *pater familias*-а, а не жене. Римско право је остављало *pater familias*-у најмање два начина да се ослободи обавеза према нежељеном дјетету. Прво, могао је да одбије пријем новорођенчета у породицу. Друго, могао је да прода своју дјецу било које доби. Дужи период своје историје Римско право није пружало кривичноправну заштиту нерођеном дјетету, вјероватно због тога што усљед постојања грађанскоправне заштите то није ни било потребно. Кривичноправна заштита је уведена у посткласичној ери, у доба опште декаденције државе и друштва.

Право у древној Грчкој се може сматрати колијевком социјалних индикација као основа за прекид трудноће. Али ти социјални разлози (пренасељеност) су били проблеми заједнице, а не директно особе која је требала да се подвргне медицинској интервенцији. У Грчкој, прекид трудноће је био ствар јавне политике, а не личног избора. То је био инструмент за заштиту заједнице, а не лична могућност. Потребне заједнице су биле легитимишући основ за прекид трудноће, а не лични бенефит. Ипак, интереси заједнице у овом контексту нису били апсолутизовани. Такозвано оживљавање (*quickening*), или уочљиво промрдавање пренаталног живота, је представљало границу између дозвољеног прекида трудноће и зоне у којој је живот постајао заштићен. Ово може бити индикација да је живот у овом стадијуму био вреднован као аутономна вриједност. Тешко је говорити о примјењиваним критеријумима за одређење периода у којем наступа забрана абортуса. Вјероватно је то била дужина гестације која је коришћена као параметар за одређење виабилитета. Уколико је ово тачно, абортус је био дозвољен у првих шест мјесеци трудноће.

## ГЛАВА II

### ГЕНЕЗА МОДЕРНИХ ЗАКОНОДАВСТАВА

Актуелни европски приступ питању заштите права на живот је макар дјелимично одређен историјским током који се креће од криминализације прекида трудноће до растућих репродуктивних права која га подразумјевају својим саставним дијелом. У наставку ћу описати правну еволуцију у регулисању овог питања која се десила у законодавствима два главна европска правна режима. Полази се од права које је развијано у Енглеској, и које данас представља примјер либералног приступа. Насупрот овом, истражена је генеза њемачког приступа што је, узимајући у обзир, посљедње законодавне активности у области која регулише поље биомедицине, познат као један од најрестриктивнијих правних режима у Европи. На крају овог поглавља слиједи кратак преглед посљедњих нормативних активности ирског закона које је иницирано регионалном судском праксом.

#### 1. ЕНГЛЕСКО ПРАВО

Прва рефернца о аботусу у енглеском праву потиче из 13. вијека.<sup>62</sup> Право се ослањало на религиозно становиште, те је абортус био дозвољен прије оживљавања, тј. до детектабилних покрета што је сматрано „уласком душе у тијело“.<sup>63</sup> Овакво правно становиште се одржало вијековима. Године 1803. *Ellenbogrube Act*-ом је прописана кажњивост прекида трудноће смртном казном након граничног периода који је дефинисан да наступа између 16 и 20 недеље. Претходно, казна је била знатно блажа. Стицање моторике (*quickening*) је посматрано као тачка од које почиње живот.<sup>64</sup> Године 1837. уведен је амандман којим је укинут значај граничног периода. Законом о дјелима против личности (*Offences against Person Act 1861*)<sup>65</sup>, извођење абортуса другоме и покушај самосталног изазивања прекида трудноће су кажњавани доживотном робијом. Законом о заштити живота дјетета (*Infant Life Preservation Act*) из 1929. уведено је ново кривично дјело убиства виабилног фетуса (за које је у то вријеме сматрано да настаје у 28 недељи),

<sup>62</sup> Wakley Gill, Legal interpretation of the Abortion Act 1967: The role of nurses in surgical induced abortion, *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, (2007):33(2), 77–78.

<sup>63</sup> Eser Albin, Reform of German Abortion Law: First Experiences, *The American Journal of Comparative Law*, (1986), 34:2, 369-383.

<sup>64</sup> Blackstone William, *Commentaries on the law of England*, (American Bar Association 2009 - Republication of the 1765 edition), 125.

<sup>65</sup> Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland. (1861). *Offences against the Person Act*. Retrieved from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/introduction/enacted March 2014>

који се односио на све друге случајеве осим када је угрожен живот жене.<sup>66</sup> Овај закон је био на снази до усвајања Закона о абортусу (*Abortion Act*) 1967. године, којим је прекид трудноће легализован под одређеним условима.<sup>67</sup> Овај закон, дозвољава прекид трудноће „на захтјев“ до 24 недеље трудноће, и наводи одређене основе за „касни“ прекид трудноће. Године 1990., Закон о људској фертилизацији и ембриологији (*Human Fertilization and Embryology Act*),<sup>68</sup> снижава доњи гранични период са 28 на 24 недељу трудноће, која се сматра тренутном границом виабилитета. Овим законом су, такође, прецизирани основи за касни прекид трудноће.

У Сјеверној Ирској, Закон о дјелима против личности, (*Offences against Person Act* 1861), санкционише жену која почини побачај.<sup>69</sup> Закон, такође, криминализује помоћ жени у том чину. Казна за та дјела је доживотна робија. Закон, такође, кажњава умишљајно достављање аборифициената. Овај закон кривичноправне природе је на снази у Ирској, и сматра се да криминализује прекид трудноће у свим случајевима. Накнадни амандмани и судска пракса су прецизније дефинисали абортус.

## 2. ЊЕМАЧКО ПРАВО

Римско право је остало на снази у њемачким државама до усвајања њемачког грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch*) који је ступио на снагу 1900.<sup>70</sup> Први њемачки закон, који је регулисао прекид трудноће, био је *Constitutio Criminalis Carolina* из 1532. (на снази у неким дијеловима Њемачке до средине деветнаестог вијека).

*Constitutio Criminalis Carolina*, као и кривични закони разних њемачких држава, кажњавали су прекид трудноће блажим казнама, уколико би био почињен у првој половини трудноће.<sup>71</sup> Било је примјера да овакав прекид трудноће није казањаван уопште. Од средине 19. вијека законодавство у њемачким државама је третирало абортус као засебан злочин, различит од инфантицида.<sup>72</sup> Одлуком врховног суда из 1927. прекид трудноће је третиран као „ванзаконска нужда“, када је почињен у циљу заштите живота и

<sup>66</sup> British Parliamentary. (1929). *Infant Life Preservation Act*. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/19-20/34/section/1> March 2013.

<sup>67</sup> British Parliamentary. (1967). *Abortion Act*.

<sup>68</sup> British Parliamentary. (2008). *Human Fertilization and Embryology Act*. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> March 2013.

<sup>69</sup> Refer to: <http://ifpa.ie/Hot-Topics/Abortion/Abortion-in-Ireland-Timeline>, March 2016.

<sup>70</sup> Погледати Мојовић Никола, *Историја Римског права*, (Универзитет у Бањој Луци, Правни факултет 2008), 522.

<sup>71</sup> Eser Albin, Reform of German Abortion Law: First Experiences, *The American Journal of Comparative Law*, (1986), 34:2, 369-383

<sup>72</sup> Berner, A, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Berlin: Guttentag 1900).

здравља труднице. Анализа касније судске праксе открива да је легализација абортуса у прва три мјесеца трудноће сматрана супротном уставној гаранцији права на живот. У тој линији је и усвојен Закон о заштити ембриона (ESchG)<sup>73</sup>, који их штити од момента зачећа, дакле, прије него релевантно законодавство, које регулише питање абортуса, препозна да је трудноћа уопште започела.<sup>74</sup>

Медицинске индикације су биле ексклузивни основи за прекид трудноће до увођења закона о генетском здрављу (*Erbgesundheitsgesetze* 1933/35), од стране нацистичких власти којим је уведен „еугенички тест“. Без сумње, увођење овог новог основа за абортус је идеолошки мотивисано. Када је еугенички тест одбачен на крају Другог свјетског рата, медицинске индикације су остале као једини законски основ за прекид трудноће.<sup>75</sup> Федерални суд (*Bundesverfassungsgericht*) је прогласио неуставном легализацију прекида трудноће у прва три мјесеца јер је сматрана некомпатибилном са уставном гаранцијом права на живот фетусу.<sup>76</sup> Њемачки суд је сматрао да је фетус заштићен правом на живот, јер га устав гарантује „свакоме“. Дакле, право је недвосмислено одбацило прекид трудноће. Фундаментална забрана прекида трудноће је уведена у секцији 218 Кривичног закона.<sup>77</sup> Истовремено, овај закон предвиђа изузетке од кажњивости. Они се односе на индикације, личне околности и потешкоће.

Индикације које изузимају прекид трудноће од кажњивости су најшире конципиране, у односу на друге основе, којима се такође искључује кажњивост. Наступање назначених индикација значи да учесници, на извршењу прекида трудноће, неће бити кажњени јер секција 218а Кривичног закона наводи ове ситуације као „некажњиве“. Због наведеног, чини се да, предвиђене индикације само дају „изговор“, или пуку могућност искључења личне одговорности. Међутим, систематичном анализом законодавчеве намјере уочљиво је да, наступање предвиђених индикација има универзални карактер и представља ваљан основ за прекид трудноће.<sup>78</sup> У предвиђене индикације убрајају се три врсте индикација.

---

<sup>73</sup> German Law for Protecting Embryos. (1990). *Federal Law Gazette*, (BGBI. I S. 2746). Retrieved from <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html> March 2013.

<sup>74</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012).

<sup>75</sup> Eser Albin, Reform of German Abortion Law: First Experiences, *The American Journal of Comparative Law*, (1986), 34:2, 369-383.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> German Criminal Code. (1998). *Federal Law Gazette*, (I, p. 945, p. 3322). Retrieved from <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#218> March 2013.

<sup>78</sup> Eser Albin, Reform of German Abortion Law: First Experiences, *The American Journal of Comparative Law*, (1986), 34:2, 369-383.

Прва врста су оне које наступају када је угрожен живот или здравље мајке. Иако се ове индикације посматрају као медицинске оне су заправо „медико-социјалне“.<sup>79</sup> Наиме, закон под овим индикацијама толерише и оне које нужно не производе физичке ефекте, већ и оне који се односе на негативне психолошке ефекте попут „тренутних и будућих животних услова“ труднице. Дакле, да би ове индикације наступиле није неопходан настанак конкретне болести, одлучујуће је да постоји могућност да се здравље жене погорша без обзира на разлоге. Комбинација економских и породичних потешкоћа може да се подведе под ове индикације, иако проузроковано стање није патолошко у класичном психијатријском смислу. Друга врста индикација наступа усљед сумње на генетске аномалије ембриона, због чега се од мајке не може очекивати да настави трудноћу. Иако се ове индикације обично сврставају у ред „еугеничких“, таква категоризација овде не би била тачна. Наиме, за разлику од схватања ове индикације у другим законодавствима у којима су аномалије ембриона саме по себи довољан основ за прекид трудноће, у њемачком праву одлучујућа легитимишућа чињеница произлази из психолошког конфликта мајке: дијете може бити абортирано само ако мајка доживљава очекивану психичку или физичку аномалију неподношљивом. Такође, за разлику од карактера који има у другим правним системима ова индикација, у њемачком праву, није темпорално неограничена. На њу се може позвати само у првих 22 недеље трудноће. Трећа врста се обично означавају као „криминогене индикације“, и наступају када је трудноћа резултат незаконитог дјела. Подизање оптужнице није неопходно за наступање ове индикације и она се темељи искључиво на суду поступајућег љекара. Ове индикације се такође убрајају у групу социјалних, јер за њихово наступање нису захтјеване никакве медицинске компликације. У временском смислу, ове индикације су оперативне у првих 12 недеља трудноће. Такође, прекид трудноће по основу криминогених индикација је ограничен на овај период. У сваком случају, горњи гранични период за прекид трудноће је 22 недеље од зачећа.

### 3. ИРСКО ПРАВО

Ирско законодавство је недавно почело да напушта традиционалне позиције о почетку заштите права на живот под притиском регионалне судске праксе. У јулу 2013.

---

<sup>79</sup> Ibid.

године, председник Ирске донио је Закон о заштити живота током трудноће 2013.<sup>80</sup> ,који дерогира бројне кривичноправне рестрикције у области свог регулисања.<sup>81</sup> Сврха овог закона је да имплементира пресуду Врховног суда из 1992. године у предмету *X case*, као и пресуду Европског суда из 2010. Године, у предмету *A, B and C v Ireland*, чиме би се омогућио законски приступ прекиду трудноће када је живот жене под ризиком. Закон налаже да два љекара потврде постојање физичке пријетње по живот труднице. У случају медицински хитног случаја, поступајући љекар може самостално да донесе одлуку у том правцу. У случају постојања ризика од суицида, потребна је сагласност три љекара, жениног гинеколога и два психијатра. Законом је предвиђен и комитет за ревизије којем се трудница може обратити на случају непостојања концензуса. Уколико би се поступајуће медицинско особље позивало на приговор савјести, потребно је да обезбједе трансфер труднице код љекара који се не позива на ово право. Осим у наведеним изузетним случајевима, закон предвиђа 14 година робије за умишљајног починиоца дјела, којим је уништен нерођени живот. Међутим, закон дефинише нерођени живот као да „отпочиње након имплантације у женину утробу“, <sup>82</sup> због чега су неимплантирани ембриони изузети од заштите. Дакле, уставна гаранција заштите живота од зачећа је помјерена на нидицију. Закон, такође, дефинише када престаје трудноћа, „као завршетак потпуног изласка живота из тијела жене“, што је од посебног кривичноправног значаја.

Насупрот овоме, Пупник набраја примјере растућих законских рестрикција у приступу прекиду трудноће на европском континенту.<sup>83</sup> У том смислу, наводи да британски парламент разматра редукацију временске дозвољености прекида трудноће. Мађарски устав из 2011. Године, који штити „живот фетуса од момента зачећа“, македонску чврсту заштиту живота након 10 недеље, као и растућу дебату у балтичким

---

<sup>80</sup> Available at: <http://www.oireachtas.ie/viewdoc.asp?DocID=24271&CatID=87>, November 2013.

<sup>81</sup> Along да Offences Against the Person Act 1861, new legislation also refers to: Health Act 2004 (No. 42), Health Act 2007 (No. 23), Medical Practitioners Act 2007 (No. 25), Mental Health Act 2001 (No. 25), Nurses and Midwives Act 2011.

<sup>82</sup> In the 1996 the Constitution Review Group recommended the introduction of legislation covering matters such as definition of the “unborn”. It also recommended certification of “real and substantial risk да the life of the mother” and a time limit on lawful abortion.

<sup>83</sup> Puppincq Grégor, Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and the new Cultural Trend, *Ave Maria International Law Journal* (2015), <http://ilj.avemarialaw.edu/Content/ILJ/articles/GregorPuppincqAbortionInEuropeanLaw4AveMariaIntlLJ2015.pdf> March 2016.

државама.<sup>84</sup> Он такође наводи да је у Сједињеним Америчким Државама усвојено 205 нових законских рестиркција на приступ абортусу.

---

<sup>84</sup> Ibid.



## ГЛАВА III

### САВРЕМЕНИ ЕВРОПСКИ МОДЕЛИ РЕГУЛИСАЊА ПРЕКИДА ТРУДНОЋЕ

Важећи европски правни модели регулисања прекида трудноће могу се посматрати кроз следеће критеријуме:

- а) дозвољеност приступа абортусу,
- б) временски оквири,
- ц) основи за приступ абортусу и
- д) додатни услови.

У контексту критеријума под *а*) постоје три државе које забрањују приступ абортусу у свим околностима, и то Андора, Малта и Сан Марино, и њихов модел је означен као рестриктиван. Остали критеријуми свједоче о томе да, у регулисању прекида трудноће, државе чланице Савјета Европе прате заједничке стандарде. Што се тиче критеријума под *б*) абортус је дозвољен у првих 12-13 недеља и изузетно до 24 недеље, односно тачке виабилитета. Већина земаља, у контексту критеријума *ц*), дозвољавају приступ абортусу у случају угрожености живота и здравља мајке. Приступ прекиду трудноће је такође могућ:<sup>85</sup> на захтјев у неких 30 држава; на основу здравствених индикација у 40 држава; и из социјалних разлога (*well-being*) у неких 35 држава. Што се тиче критеријума *д*) који се односи на додатне услове, уочљиви су захтјеви попут обавезног савјетовања, периода чекања, високих просторних, организационих и техничких захтјева према установама овлашћеним за провођење ове врсте захвата, квалификација медицинског особља као и различите формалне захтјеве. На основу благих разлика у комбинацији и садржини наведених критеријума национална законодавства у Европи се могу класификовати у групе са средњим, и групе са либералним одређењем према прекиду трудноће. Разлике које су приступне у националним законодавствима произилазе из разлика у моралном и правном статусу које конкретно законодавство признаје нерођеном животу. Може се говорити, и о томе, да разлика настаје усљед различите перцепције о почетку живота и настанку његове заштите. Осим ових доминантних група законодавстава, постоје и оне које се налазе на потпуно супростављеним половима у односу једне на другу. Са једне

---

<sup>85</sup> For the European laws review refer да *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010 para 112.

стране то су законодавства са рестриктивним одређењем према прекиду трудноће (Андора, Малта и Сан Марино), са друге стране су законодавства која уводе право на абортус.

Заједничка карактеристика законодавстава у државама чланицама Савјета Европе јесте искључење нерођене дјече, без обзира на гестацијску доб, из статуса жртве кривичног дјела убиства.<sup>86</sup> Изузетак од ове опште карактеристике представљају законодавства држава која предвиђају посебан деликт у том смислу.<sup>87</sup> У Италији је запријеђена казна затвора у трајању од три мјесеца до двије године лицу које нехатно проузрокује прекид трудноће. Члан 157 Кривичног закона у Шпанији криминализује задавање оштећења нерођеном дјетету од стране другог, тј. изазивање абортуса усљед тешког нехата. Турска је обезбиједила посредну заштиту квалификујући кривично дјело повреде другог ако је жртва трудница, и ако је дјело праћено посљедицом пријевременог порођаја. Основно дјело је према члану 465 Кривичног закона кажњиво са казном затвора од шест мјесеци до једне године, док је за квалификовани облик дјела прописана казна у распону од двије до пет година. Слично овоме, у Француској је дјело кажњиво, као и убиство из нехата, ако је посљедица дјела смрт новорођенчета.

У земљама Западног Балкана доминантан став кривичноправне теорије је да право на живот почиње од стадијума када је порођај окончан. Сходно томе, умишљајни акт против труднице који је довео до побачаја, усљед којег је дијете преминуло, повлачи евентуалну одговорност починиоца за наношење тјелесне повреде жени<sup>88</sup> (ако до повреде дође), без обзира на гестацијску доб у којој је дјело почињено.<sup>89</sup> У тим земљама, кривичноправна теорија вреднује људски живот као највишу вриједност, те право на живот штити његову биолошку компоненту.<sup>90</sup> Међутим, без обзира на то, заштита права на живот је одложена до момента рођења.<sup>91</sup> Уопштено говорећи, не постоји правни систем у Европи који апсолутно изузима из кажњивости прекид трудноће. Ово даље значи да не постоји

---

<sup>86</sup> *CF da Unborn Victims of Violence Act of 2004 § 2, 18 U.S.C. § 1841 (2012), (codifying federal law enacted specifically for the protection of the fetus from acts of violence).*

<sup>87</sup> Погледати *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 41

<sup>88</sup> Babić Miloš, Marković Ivanka. *Krivično pravo – posebni dio*, (Banja Luka 2005), 31

<sup>89</sup> Mrvić Petrović Nataša, *Krivično pravo*, (Beograd 2005), 226-247.

<sup>90</sup> Babić Miloš, Marković Ivanka. *Krivično pravo – posebni dio*, (Banja Luka 2005), 30

<sup>91</sup> There is no consensus about when the birth is completed (or when protection begins). *CF Lazarević Ljubiša Krivično pravo – posebni dio*, (Beograd 1983), 50, 51; Stojanović Zoran, Perić Obrad *Krivično pravo – posebni dio*, IV dopunjeno izdanje, (Beograd 2000), 100-118.

законодавац у Европи који потпуно искључује пренатални живот из заштите. У наставку ћемо представити специфичности режима који уводи право на абортус.

## 1. ПРЕКИД ТРУДНОЋЕ КАО ЗАКОНСКО ПРАВО

У Босни и Херцеговини, прецизније Републици Српској,<sup>92</sup> 2008. године уведен је Закон о условима и поступку за прекид трудноће (Закон).<sup>93</sup> Овај Закон је био предмет уставне апелације покренуте од стране аутора овог рада. У складу са чланом II Устава Босне и Херцеговине, Европска конвенција и њени протоколи се директно примјењују, и то као акти јаче правне снаге у односу на домаће законодавство. Проблематично у Закону је то што омогућава временски неограничен приступ абортусу на захтјев (тј. не поставља материјалне захтјеве чије је испуњење неопходно већ само успоставља процедуру), и то што омогућава временски неограничен прекид трудноће уколико су физичка и/или ментална болест дјетета могући. Такође, закон у потпуности искључује оца из процеса одлучивања што се може сматрати додатним проблемом у Закону.

### 1.1. Неограничен прекид трудноће на захтјев

Чланом 8. Закон прописује да је прекид трудноће могућ на захтјев, у првих 10 недеља трудноће, уколико не представља опасност по мајку. Чланом 10. је прописано ко потврђује испуњење услова за прекид трудноће, прописујући да то чини „послије навршене двадесете гестацијске недјеље трудноће – етички одбор здравствене установе“, без да пропише до које најдаље гестацијске недеље је то могуће. Дакле, када је потврђено постојање изузетних околности, прекид трудноће се може извршити без временских ограничења. Посматрајући остала европска законодавства, може се констатовати да не постоји примјер који даје могућност временски неограниченог прекида трудноће, осим у случају медицинских индикација.<sup>94</sup> Прекид трудноће је обично временски ограничен наступањем виабилитета, без обзира на индикације (Норвешка,<sup>95</sup> Португал,<sup>96</sup> Шведска,<sup>97</sup>).

---

<sup>92</sup> Article 3 of the Constitution: Bosnia and Herzegovina consist of the two Entities, the Federation of Bosnia and Herzegovina and the Republic Srpska, [http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV\\_BOSNE\\_I\\_HERCEGOVINE\\_engl.pdf](http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_engl.pdf) February 2016

<sup>93</sup> Служени Гласник Републике Српске број: 34/08.

<sup>94</sup> Погледати Report of the Library of Congress *Abortion Legislation in Europe* available at <http://www.loc.gov/law/help/abortion-legislation/europe.php> March 2016.

<sup>95</sup> Article 2, para. 6. Lov om svangerskapsavbrudd [abortloven] Lov No. 50 of June 13, 1975, *as amended*, <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1975-06-13-50?q=abortlov> March 2016.

<sup>96</sup> Código Penal, Decreto-Lei No. 48/1995, de 15 de Março, [http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=109&ficha=101&pagina=&nversao](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=109&ficha=101&pagina=&nversao) March 2016.

<sup>97</sup> Article 3 para 2. Sweden, Lag om abort [Abortlagen] (Svensk Författningssamling [SFS] 1974:595), <http://www.notisum.se/rnp/SLS/lag/19740595.htm> March 2016.

Виабилитет је граница за дозвољеност прекида трудноће у Данској<sup>98</sup> и Холандији,<sup>99</sup> али нема апсолутни карактер. Уколико се прекид трудноће врши након виабилитета, свака мјера мора да се преузме у циљу заштите дјететовог живота (Италија,<sup>100</sup> Ирска<sup>101</sup>). Француски закон дозвољава прекид трудноће након 12-те недеље само ако два доктора из ширег мултидисциплинарног тима утврде, након консултација са остатком тима, да би наставак трудноће озбиљно угрозио женино здравље, или да постоји велика вјероватноћа да ће се дијете родити са нарочито озбиљним проблемима који се не могу отклонити на дручи начин у вријеме дијагностиковања. У Великој Британији не постоји временско ограничење прекида трудноће, ако постоји значајан ризик да ће дијете, уколико се роди, патити од физичких или менталних абнормалитета који би стварали озбиљне потешкоће у његовом животу, уколико би прекид трудноће спријечио знатну повреду физичког или менталног здравља жене, или уколико би наставак трудноће подразумјевао ризик по живот труднице. Међутим, Закон у члану 11 који одређује основе за прекид трудноће након 10 гестацијске недеље у односном дијелу прописује:

Изузетно, прекид трудноће може да се изврши након 10 гестацијске недеље:

(г) када постоје психо-социјалне индикације.

Узимајући у обзир одредбе члана 10. и члана 11. закључује се да, када етички одбор потврди постојање психо-социјалних индикација, прекид трудноће се може извршити без обзира на гестацију. Психо-социјалне индикације се могу правилно схватити само ако се дефинишу у ширем смислу. Наиме, први дио фразе (психо) имплицира потребу настанка психолошких потешкоћа. Међутим, под овим појмом се не захтјева, нити настанак, нити пријетња од конкретне болести. У супротном, овај захтјев би био јасно прописан као што

---

<sup>98</sup> Article 94 para 3. Sundhedsloven, LBK nr. 1202 af 14/11/2014, <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=152710#Kap25>. March 2016.

<sup>99</sup> *Late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen* [Late Abortion and Euthanasia in Newborns], Rijksoverheid [Government of The Netherlands ], <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/levenseinde-en-euthanasie/late-zwangerschapsafbreking-en-levensbeëindiging-bij-pasgeborenen> March 2016.

<sup>100</sup> Article 7 para 3. Legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza [Law No. 194 of May 22, 1978, Provisions on the Social Protection of Maternity and the Voluntary Interruption of Pregnancy], Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana [G. U.] [Official Gazette] No. 140 (May 22, 1978), <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1978-05-22;194>. March 2016.

<sup>101</sup> Department of Health, Implementation of the Protection of Life During Pregnancy Act 2013: Guidance Document for Health Professionals ¶ 1.2 (2014), <http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/09/Guidance-Documents-Final-September-2014.pdf>. March 2016.

је то учињеном у данском Закону о здрављу.<sup>102</sup> Овако нормирана, предметна фраза се односи на било коју околност која може да буде отежавајућа или узнемирујућа<sup>103</sup> за мајку, као што су животни услови, брачни статус, запослење итд. Као што је већ наведено у Њемачкој, коју неки дефинишу као државу са рестриктивним законодавством у овој области,<sup>104</sup> закон омогућава прекид трудноће по основу медицинских индикација у случају економско-породичних потешкоћа, чак и када стање није патолошке природе у класичном смислу.<sup>105</sup> Такође, у упоредном праву психолошке индикације су сврстане под социјалне основе за прекид трудноће.<sup>106</sup> Разлика, уколико уопште и постоји, између психо и социјалне компоненте, јесте у томе што психо компонента захтјева настанак објективних околности на одређеном степену, док социјална компонента представља основ за прекид трудноће који се заснива искључиво на мајчиним субјективним перцепцијама властитог благостања. Треба имати у виду, да су наведене компоненте алтернативно постављене, због чега се овај основ за прекид трудноће може користити уколико је испуњена било која од њих. Због овога, прекид трудноће је номинално доступан на захтјев током цијеле трудноће када се испуне формални услови за то (између 10 и 20 недеље гестације формална потврда треба да се добије од стране првостепене или другостепене комисије медицинске установе; након 20 недеље од стране етичког одбора).

Овакво законско рјешење је било предмет иницијативе за преиспитивање његове уставности<sup>107</sup> у складу са чланом 11. Устава Републике Српске који гласи: „Људски живот је неповредив“. Подносилац је сматрао да је временски неограничен приступ прекиду трудноће неуставан и у супротности са цитираним чланом Устава. Ова тврдња се заснивала на тези да, прекид трудноће задире у право на живот уколико се изврши након успостављања можданих активности нерођеног дјетета. Почетак можданих активности је предложен као референтна тачка за почетак заштите права на живот, јер њихов престанак

---

<sup>102</sup> Sundhedsloven, LBK nr. 1202 af 14/11/2014, <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=152710#Kap25>. March 2016.

<sup>103</sup> „Distress” as abortion ground is applicable in the Belgium. For the scope of this ground refer to Sénat et Chambre des représentants de Belgique [Senate and Chamber of Representatives of Belgium], Rapport de la Commission nationale d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse [Report of the National Commission for the Evaluation of the Law of April 3, 1990, Regarding Pregnancy Interruption] 60 (Aug. 27, 2012), <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/53/2399/53K2399001.pdf>. March 2016.

<sup>104</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation* (Oxford: Oxford University Press 2012).

<sup>105</sup> Eser Albin, Reform of German Abortion Law: First Experiences, *The American Journal of Comparative Law*, (1986), 34:2, 369-383.

<sup>106</sup> Погледати *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), para 192.

<sup>107</sup> Application da the Constitutional Court of Republic of Srpska, Number U-14/11 from 07 Mat 2011.

представља истовремено и престанак заштите права на живот у правном систему Републике Српске. Уставни суд је одбио иницијативу у овом дијелу проглашавајући да је Закон сагласан Уставу.<sup>108</sup> Том приликом, Уставни суд је тумачио да жена има уставно право да одлучи да ли ће да роди или да прекине трудноћу. Уставни суд је нагласио да је право *на прекид трудноће* субјективно и искључиво право жене. Даље, Уставни суд је сматрао да је Закон дао жени право да прекине непланирану трудноћу у складу са маргином толерантности коју држава ужива према Европској конвенцији.

Главни недостаци предметне одлуке су ти, што је Уставни суд пропустио да истражи да ли постоји право *на абортус* према Европској конвенцији и колико је широка маргина толерантности. На примјер, закон у Арменији такође третира прекид трудноће као право,<sup>109</sup> али оно може да се користи на основу медицинских и социјалних индикација до 22 недеље трудноће.<sup>110</sup>

## **1.2. Физичка или ментална аномалија као апсолутни основ за прекид трудноће**

Друга проблематична одредба Закона је у томе што дозвољава временски неограничен прекид трудноће уколико постоји сумња на тјелесне или менталне недостатке нерођеног дјетета (члан 11. (1) б). члан 11. (1) б), који наводи још један изузетан основ за прекид трудноће „б) када се на основу научно-медицинских сазнања може очекивати да ће се дијете родити са тешким тјелесним или душевним недостацима“, је изазван пред Уставним судом у односу на члан 10. Устава Републике Српске који забрањује дискриминацију. Као што смо видјели, неколико либералних европских законодавстава, такође, дозвољава временски неограничен прекид трудноће из еугеничких разлога. Међутим, урођене малформације, саме по себи, често нису довољан основ за прекид трудноће. Захтјевано је да малформације производе посљедице по мајку. Најчешће посљедице, које су означене као релевантне у овом контексту, су нарочито тешки здравствени проблеми који су неизлијечиви у вријеме дијагнозе,<sup>111</sup> малформације које

<sup>108</sup> Службени Гласник Републике Српске, број: 94/12.9-10.

<sup>109</sup> Law on Reproductive Health Article 10.1.

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> France, Code de la santé publique [Public Health Code], [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=ED741182F75ACC70E37A5FC12AA0CF98.tpdjo02v\\_1?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20150115](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=ED741182F75ACC70E37A5FC12AA0CF98.tpdjo02v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20150115) March 2016. Погледати also Loi No. 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse [Law No. 75-17 of January 17, 1975, Regarding Voluntary Interruption of Pregnancy], Journal Officiel de la République Française [J.O.] [Official Gazette of France], Jan. 18, 1975, 739, [http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo\\_pdf.ajsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&ppDebut=00739&ppFin=00741](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.ajsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&ppDebut=00739&ppFin=00741) March 2016.

доведе до озбиљног хендикепа,<sup>112</sup> психолошки конфликт мајке,<sup>113</sup> индикације које указују да постоји висока могућност наступања тешког и иреверзибилног дефекта или неизлијечиве болести које угрожавају живот нерођеног дијетета,<sup>114</sup> или да ће дијете патити од озбиљне болести,<sup>115</sup> обољење од тешке и неизлијечиве болести која ће извјесно довести до смрти током, или непосредно након рођења, или обољење која доводи до неповратних оштећења усљед којих постоје мале шансе за преживљавање,<sup>116</sup> итд. Такође, правни режими који препознају малформацију као довољан основ за прекид трудноће (сам по себи), истовремено уводе временске оквире у којима се овај основ може користити (Шпанија,<sup>117</sup> Португал,<sup>118</sup> и Норвешка<sup>119</sup>). Током усвајања Закона указано је да је овај Члан непрецизно нормиран, и да се може широко тумачити у пракси.<sup>120</sup> Међутим, сви амандмани су били одбачени. Слична рјешења се могу пронаћи у законодавствима Аустрије,<sup>121</sup> Чешке<sup>122</sup> и Исланда.<sup>123</sup> Једна од главних етичких и правних примједби за

---

<sup>112</sup> Grate Britain, Abortion Act, 1967, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1> March 2016, Погледати also Department of Health, Guidance in Relation да the Requirements of the Abortion Act 1967, ¶ 12 (May 2014), [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/313459/20140509\\_-\\_Abortion\\_Guidance\\_Document.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/313459/20140509_-_Abortion_Guidance_Document.pdf) March 2016.

<sup>113</sup> Germany, Strafgesetzbuch [StGB] [Penal Code], Nov. 13, 1998, Bundesgesetzblatt [BGBl.] I at 3322, *last amended by* Gesetz [Law], Oct. 2, 2009, BGBl. I at 3214, § 218a(1), [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html) March 2016. Article 6 (b), Italy, Legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza [Law No. 194 of May 22, 1978, Provisions on the Social Protection of Maternity and the Voluntary Interruption of Pregnancy], Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana [G. U.] [Official Gazette] No. 140 (May 22, 1978), <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1978-05-22:194> March 2016.

<sup>114</sup> Poland, Ustawa z Dnia 7 Stycznia 1993 of Planowaniu Rodziny, Ochronie Plodu Ludzkiego I Warunkah Dopuszczalnosci I Przerwywania Ciazu [Act on Family Planning, Protection of the Human Fetus, and Conditions for Pregnancy Termination] of Jan. 7, 1993, art. 4a1, Dziennik Ustaw (official gazette), 1993, No. 17, Item 78, <http://dziennikustaw.gov.pl/du/1993/s/17/78/1> (in Polish), March 2016..

<sup>115</sup> Denmark, Sundhedsloven, LBK nr. 1202 af 14/11/2014, <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=152710#Kap25>. Article 92.

<sup>116</sup> Article 4.1–4.3. The Netherlands Aanwijzing vervolgingsbeslissing levensbeëindiging niet op verzoek en late zwangerschapsafbreking [Directions on the Non-Prosecution of Cases of Euthanasia and Late Abortions] (in force Mar. 15, 2007), 46 Staatscourant (Mar. 6, 2007), <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/Stcrt-2007-46-p10-SC79644.html> March 2016.

<sup>117</sup> Ley 2/2010 Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo [Organic Law 2/2010 on Sexual and Reproductive Health and the Voluntary Interruption of Pregnancy] art. 3, Boletín Oficial del Estado [B.O.E.] Mar. 4, 2010, <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>. Article 14.

<sup>118</sup> Código Penal, Decreto-Lei No. 48/1995, de 15 de Março, [http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?tabela=leis&artigo\\_id=&nid=109&ficha=101&pagina=&nversao](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=109&ficha=101&pagina=&nversao). March 2016.

<sup>119</sup> Article 2, para. 3, item c. Lov om svangerskapsavbrudd [abortloven] Lov No. 50 of June 13, 1975, *as amended*, <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1975-06-13-50?q=abortlov>, March 2016.

<sup>120</sup> Proceedings from public debate No. 04-020-61/07, date 18 December 2007.

<sup>121</sup> Penal Code § 97(1), 2 & 97(1), 3; Österreichische Gesellschaft für Familienplanung (ÖGF), Austria, in International Planned Parenthood Federation [IPPF] European Network, Abortion Legislation in Europe 11 (updated Jan. 2012), [http://www.ippfen.org/sites/default/files/Final\\_Abortion%20legislation\\_September2012.pdf](http://www.ippfen.org/sites/default/files/Final_Abortion%20legislation_September2012.pdf) March 2016.

<sup>122</sup> Law on Abortion §§ 4, 5.

увођење малформације, као самодовољног основа за прекид трудноће, је у томе што се на овај начин даје родитељима за право да одређују генетске карактеристике свога потомства у складу са властитим жељама и перцепцијама, без обзира на интересе саме дјеце. Етички аспект примједбе се своди на питање да ли родитељи имају право да донесу одлуку, да је за њихову дјецу, одређених генетских карактеристика, боље да не постоје? Правни аспект примједбе се тиче претпостављеног права родитеља да генетски дизајнирају своје потомство. Суштина оба аспекта је заштита аутономије људског бића.

Подносилац апелације је тврдио да Закон дискриминише особе са инвалидитетом јер одлаже почетак њихове заштите искључиво из разлога њиховог урођеног недостатка. Према овом мишљењу, различит третман одређених људи који је узрокован неким њиховим недостатком је супротан универзалним<sup>124</sup> и регионалним<sup>125</sup> гаранцијама за заштиту људских права. Ове гаранције су референте за квалификацију законског статуса који се додјељује људима у пренаталном стадијуму. Абсурдна је законска поставка по којој је убиство пренаталног живота, у одређеном гестацијском стадијуму *actus reus* кривичног дјела, док убиство пренаталног живота са малформацијом у истом стадијуму није инкриминисано. У овом смислу, Уједињено Краљевство преиспитује своје законодавство које уводи малформацију као основ за прекид трудноће.<sup>126</sup> Парламентарна комисија је сматрала да је оваква одредба дискриминаторна и предложила је промјену закона. На регионалном нивоу је већ одређено да одређене тјелесне карактеристике не могу служити као основ за деструкцију креираних *in vitro* ембриона.<sup>127</sup> Истина, наведени извор дозвољава и прекид трудноће и ембриодеструкцију, уколико је настанак малформације изгледан, али је концептуални новитет у томе што тјелесне карактеристике (пол) не могу представљати основ за прекид трудноће, те ако то не може бити пол, онда то не може бити ни број удова или боја очију.

---

<sup>123</sup> Act on Counseling and Education Regarding Sex and Childbirth and on Abortion and Sterilisation Procedures, No. 25/1975, as amended by Act No. 82/1998, No. 162/2010 and No. 126/2011, art. 9, [http://eng.velferdarraduneyti.is/media/acrobat-enskar\\_sidur/Act\\_on\\_counselling\\_and\\_instruction\\_etc\\_No\\_25\\_1975\\_as\\_amended.pdf](http://eng.velferdarraduneyti.is/media/acrobat-enskar_sidur/Act_on_counselling_and_instruction_etc_No_25_1975_as_amended.pdf) (unofficial English translation), Article 10. March 2016.

<sup>124</sup> Art 7 of the Convention on the rights of Persons with Disabilities at <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=259> October 2013, also Погледати Convention on rights of Child <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm> October 2013.

<sup>125</sup> Погледати COE Recommendation 874 (1979), on European Charter on the rights of the Child, chapter VI a), at <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta79/erec874.htm#1> October 2013.

<sup>126</sup> British Parliamentary Истраживања into Abortion on the Grounds of Disability, July 2013, and the most recent developments in Spain [http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc\\_news?disp3\\_l205403834\\_text](http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l205403834_text), February 2014.

<sup>127</sup> COE Resolution 1829 (2011), at <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/ERES1829.htm> October 2013.



Уставни суд је одбацио ове примједбе сматрајући да је законодавац поступао у складу са својим уставним овлашћењима да регулише заштиту мајчинства и дјече. Према стајалишту Уставног суда не постоји кршење члана 10. Устава јер је малформација изузетан основ за прекид трудноће, што је у сагласности са медицинском етиком, те би евентуално пропуштање да се жени обезбједи право на абортус у таквим ситуацијама било противно њеном праву да контролише свој живот, физички и морални интегритет. Уставни суд је закључио да увођење додатних захтјева за прекид трудноће након 10 недеље свједочи бригу законодавца да дозволи само оне абортусе који поштују живот и његову неповредивост. Чини се да је Уставни суд указао да се неповредивост људског живота односи и на пренатални период истовремено наводећи, да она може бити дерогирана током цијеле трудноће из социјалних разлога, а нарочито уколико дијете има психичку или физичку малформацију.

Из праксе највећег клиничког центра у Републици Српској видљиво је да је најстарија трудноћа прекинута у 31 гестацијској недељи. Такође, уочљив је растући тренд прекида трудноће након 20 недеље у периоду 2012-2014.<sup>128</sup> Чини се да је ситуација слична и у Србији.<sup>129</sup> Највећи проценат прекида трудноће је управо извршен из еугеничких разлога. Правна основаност овог основа за прекид трудноће се може посматрати и са аспекта међународних кривичноправних стандарда што ће бити дискутовано у оквиру треће главе другог дијела рада.

---

<sup>128</sup> Information on request, provided by the Public Health Institute of the Republic of Srpska, No. 500-5767-1/15, date 13 October 2015.

<sup>129</sup> Information on request, provided by the National Front Obstetricians and Gynaecologists Clinic Belgrade (Народни Фронт гинеколошко акушерска клиника Београд), No. 1550/3, date 11 September 2013;

## ГЛАВА IV

### ТЕОРЕТСКО ДЕФИНИСАЊЕ ПРАВА НА ЖИВОТ И ЊЕГОВИХ ТИТУЛАРА

Значење права на живот је истражено са теоретског, текстуалног и судског становишта. У оквиру теоретског становишта, у дефинисању права на живот, издвајају се два приступа. Први је религијски са најутицајнијим јудео-хришћанским концептом светиње и неповредивости људског живота. Други је секуларни филозофски приступ, који је више или мање удаљен од првог. Након представљања различитих теоретских перцепција о статусу људског живота, дискусија се наставља кроз испитивање њихових рефлексија у позитивном праву. Практична димензија права на живот је представљена кроз праксу институција Конвенције.

#### 1. ХРИШЋАНСКА МИСАО

Суштина вјерског приступа питању заштите живота се може описати кроз фразу „светиња живота“. Међутим, ова фраза изазива значајне теолошке и етичке дебате. Теолози преиспитују њено поријекло, док се етичари баве њеним значењем. Што се теологије тиче, чини се да је ова фраза производ новијих дијела аутора из ове области. Кнусф сматра, да се ова фраза не може лако лоцирати у традицији.<sup>130</sup> Што се њеног значења тиче, могло би се одредити да, у практичном смислу, значи „апсолутна неповредивост“.<sup>131</sup> У том смислу, Кухсе тврди да „апсолутна забрана намјерног прекида живота има коријене у теологији“ и подвлачи да је „апсолутно забрањено намјерно убити пацијента или га пустити да умре, као и заснивати одлуке о продужавању, или скраћивању живота, на основу његовог квалитета или врсте“.<sup>132</sup> У погледу обима неповредивости живота, Кеон сматра да је живот апсолутна морална вриједност и сматра да је увијек погрешно скратити живот или пропустити да га продужимо без обзира на бол, патњу или трошкове.<sup>133</sup> Ипак, први елемент - „апсолутно“, можда и није толико апсолутан. У том смислу, Вејнгартен сасвим објективно опажа да: „Иако је живот уистину дар од Бога, он

---

<sup>130</sup> Khushf Gorge, *The sanctity of life: a literature review*, in: *Sanctity of life and human dignity* (ed), Bayertz Kurt (Dordrecht, Boston, London 1996), 293–310.

<sup>131</sup> Keenan F. James, *The moral argumentation of evangelium vitae*, in: *Choosing life—a dialogue on evangelium vitae*, (ed), Wildes Kevin (Washington: Georgetown University Press 1997), 46–62

<sup>132</sup> Kuhse Helga, *The sanctity-of-life Doctrine in Medicine. A critique*. (Clarendon, University of Oxford 1987), 11.

<sup>133</sup> Keown John, *Restoring Moral and Intellectual Shape da the Law after Bland*, (London: LQR 1997), 482.

није само биолошки, морално неутралан дар“.<sup>134</sup> Ово становиште је сагласно позицијама Светог Томе Аквинског који сматра да је извјесна морална кривица нужна да би се дерогирално право на живот.<sup>135</sup> Овај приступ заправо подржава позицију да предметна фраза означава начин понашања и живљења, умјесто нејасну карактеристику биолошког живота.<sup>136</sup> Треба ипак, имати у виду, да овакав приступ може бити мериторан за одређивање „светиње“ живљења одрасле особе,<sup>137</sup> али се никако не може користити за вредновање ретардираних људских бића, људских бића која су претрпјела тешка оштећења мозга или пате од деменције, људских бића која су неповратно запала у кому, а којима недостаје способност да се понашају на жељени начин, или на типично „свети“ начин. Ово исто се односи и на пренатални живот. Сљедећи круцијални појам, у биоетичким и правним дебатама, је „личност“.

Што се овог појма тиче, Зизиулас сматра да личност не означава било коју врсту биолошких, друштвених или моралних квалитета или капацитета.<sup>138</sup> Он предлаже да се појам личности изједначи са термином испостаси, тј. јединствености у апсолутном смислу значења те ријечи. Свој приједлог заснива на тврдњи да се персоналитет не може заснивати на полу, функцији или улози, чак ни на култивисаној самосвијесности и психолошким искуствима јер све ово може да буде заједничко са другим јединкама и не указује на апсолутну јединственост.<sup>139</sup> Влалос тврди да је према православном стајалишту нерођено дијете личност, тј. субјекат заштите од зачећа па надаље. Он наводи да је овај став евидентан што се тиче православља, јер ми литургијски прослављамо Христово зачеће (празник Благовијести) Крозби сматра да су људске особе заправо отијелотворене особе и да, од када се тијело формира отпочиње континуитет, те нема разлога да се претпоставља постојање успаване људске особе. Даље тврди, да од фертилизације када је тијело формирано, а које касније бива настањено свијесно пробуђеном особом, сасвим је

---

<sup>134</sup> Weingarten A. Michael, On the sanctity of life, *Br J Gen Pract.* (2007): 57(537), 332–333.

<sup>135</sup> *Summa theologiae*, 2-2, question 64 article 6, response.

<sup>136</sup> Baranzke Heike, Sanctity-of-Life - A Bioethical Principle for a Right да Life? *Ethic Theory Moral Prac* (2012): 15, 295–308. DOI 10.1007/s10677-012-9369-0

<sup>137</sup> Grisez considers that no man cannot lost his human dignity regardless да committed sin. Погледати Grisez Germain, G., Toward a Consistent Natural-Law Ethics of Killing, *The American Journal of Jurisprudence* (1970): 15, 64- 96.

<sup>138</sup> Zizioulas John, *On being a person: Towards an ontology of personhood*, in *Persons: Human and Divine* (eds.), Schwöbel Christoph and Gunton Colin (Edinburgh: T&T Clark 1991), 45.

<sup>139</sup> *Ibid.*

разумно претпоставити да та особа већ настањује тијело и постоји присутна као права особа, само што још увијек није свјесно пробужена.<sup>140</sup>

## 2. ФИЛОЗОФСКА МИСАО

### 2.1. Рана филозофска мисао

Узимање у обзир емпиријских чињеница у дискусијама о почетку заштите права на живот је својеврсно обиљежје филозофског наслијеђа. Аристотел је своје ставове о абортусу заснивао на емпиријским увјерењима из области ембриогенезе. Наиме, он је оправдавао абортус прије него се пробуде чула и прије настанка живота.<sup>141</sup> Аристотел је сматрао да се развојни пут људског бића састоји од три стадијума. Стадијум биљке (у којем се манифестују само вегетативне способности које се односе на исхрану, репродукцију, раст и самоисцјељење), стадијум животиње (у којем се додатно стичу локомоторне способности и чула), и стадијум човјека (у којем су сабране све претходно наведене способности и бивају обогачене рациом).<sup>142</sup> Са ембриолошког аспекта, ова трипартитна подјела је погрешна. Ипак, она спекулише о субстантивним промјенама које се наводно дешавају на развојном путу, а што добија подршку и у новијој филозофској мисли. Такође, Аристотелово лимитирање абортуса на доб прије оживљавања (*quickening*) се одразило и у теорији и у законима кроз наредне вијекове. Прво, почетак употребе локомоторних способности, што представља видљиво испољавање живости, узимано је као граница дозвољености абортуса у средњевјековним законодавствима у Европи. Данас, стицање чула (осјетљивости на бол) окупирају пажњу и теоретичара и законодаваца.

Платонова филозофија у предметном смислу, типично, полази од интереса заједнице. Тако се у његовим радовима налази да су жене носиле дјецу „за град“, мушкарци су учествовали у репродукцији „за заједницу“ итд. Он је препоручивао контролисано доба за репродукцију које је било краће од биолошког доба плодности, циљано, како би дјеца била у бољој позицији. Његове перцепције доброг друштва, које је изнио у „Републици“, садрже еугеничка обиљежја. Подизање дјеце са малформацијама био би терет за заједницу, што је представљало легитиман разлог да се заједница ослободи такве обавезе.

---

<sup>140</sup> Crosby F. John, Person and consciousness, *Christian Bioethics* (2000): 6(1), 47.

<sup>141</sup> Aristotle *Politics*, an Arabian translation by Ljiljana Stanojevic – Crpaјac Ph.D ( Beograd 1975), *Books VII and VIII*,

<sup>142</sup> Mathew Lu, Embryology: Medieval and Modern, *The Људски живот Review* (2014), 35-48.

## 2.2. Основе модерне филозофске мисли

Кантова етика садржи три формуле. Прва се тиче универзалног права, друга се односи се на човјечанство као вриједност по себи, док је трећа формула аутономије и краљевство сврха. Личности су објективне вриједности, оне су такве да је њихово постојање вриједност по себи. Сходно томе, није могуће установити неку вриједност којој би личности служиле као средства. Очигледно, личност је централна одредница Кантовог моралног субјективитета. Иако се његови ставови често квалификују као секуларизовани вјерски ставови,<sup>143</sup> и данас се његова трећа формула тумачи као да додјељује човјечанству, а не личности, карактер аутономне вриједности, ипак, он признаје морални субјективитет сам свјесним члановима људске врсте. Кант приписује унутрашњу вриједност животу, али се она заснива на свијести. Оваква позиција изњедрила је посљедичну тврдњу да „када нам недостаје свијест, чак и када повратимо свијест али не и само свијест, наша унутрашња вриједност бива битно другачија и не захтијева поштовање у кантском смислу.“<sup>144</sup>

Ставови Цона Лока о носиоцима субјективитета имају искључиво секуларни карактер. Он не дефинише овај појам у контексту дуалистичко-монистичких позиција, нити га заснива на онтологији. Лок сматра да је особа „(...) свјесна, мислећа ствар која је разумна, свјесна бола или задовољства, способна да буде срећна или несрећна, и која се брине о себи у мјери свијести.“<sup>145</sup> Лок се може сматрати оснивачем теорије о персоналном идентитету.<sup>146</sup> Дефинишући личност способностима за размишљање, која се односи на све чулности, и свијешћу која се односи не само на свијест, Лок је учртао оквире за развој актуелних дебата о личности и личном идентитету.<sup>147</sup> Према Локовом концепту, свијест се појављује као неопходан и довољан услова за субјективитет. Веома значајан допринос Локовог концепта огледа се у препознатој дистинкцији између човјека у биолошком смислу и личности као социолошког стања.

Кантове и Локове позиције су подударне једна другој. За обојицу, живот је ултимативна вриједност. Према Кантовом уопштеном мишљењу не постоје вриједности

---

<sup>143</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 31.

<sup>144</sup> McMahan Jeff, *Paradoxes of Abortion and Prenatal Injury*, *Ethics* (2006), 627.

<sup>145</sup> Locke John, *Essay Concerning Human Understanding*, Book II, chapter XXVII *Of Identity and Diversity* 62.

<sup>146</sup> Погледати Bert Gordijn, *The Troublesome Concept of the Person*, *Theoretical Medicine and Bioethics* 20: 347–359, 1999.

<sup>147</sup> Погледати Bert Gordijn, *The Troublesome Concept of the Person*, *Theoretical Medicine and Bioethics* 20: 347–359, 1999.

којима би особе требале да служе као инструменти, што се односи на разне категорије од квалитета живота, аутономије, самосвијести, па све до категорија попут општег добра и јавног интереса. Локови ставови су концизнији, у овом погледу слободији, и што се њега тиче држава нема разлога да постоји осим ако не штити „Живот, Здравље, Слободу и Имовину.“

### 3. ТИТУЛАРИ ПРАВА НА ЖИВОТ ПРЕМА САВРЕМЕНОЈ ТЕОРИЈИ

Савремене теорије личности полазе од става да живи организми, који нису у стању да испуне одређене критеријуме, не би требало да уживају морални субјективитет и правну заштиту. Сматра се да су ентитети којима недостају одређене особине морално безначајни, или су мање значајни у поређењу са другима који су у стању да стекну статус личности на основу својих способности. Умјесто да се ослања искључиво на формалне или нормативне одреднице, модерна теорија је правни појам „личности“ обогатила филозофским елементима морала. Овај теоретски приступ дефинисања титулара права на живот и правног субјективитета, уопште ће се означавати као теорија личности. За разлику од својих коријена, модерна теорија личности је преодоминантно закупаљена филозофским концептом моралног статуса умјесто друштвеним утицајем. Прије научних открића, којима је недвосмислено дефинисано када људски живот настаје у биолошком смислу, теорија личности није правила разлику између правно установљеног појма „личности“ и појма „људског бића“. Тако на примјер, Томсон наглашава: „Већина противљења абортусу се заснива на премиси да је фетус људско биће, личност, од момента зачећа.“<sup>148</sup> Такође, још експлицитније, Вертхајмер каже: „Прије свега, потребно је нагласити да су појмови 'људски живот', 'људско биће' и 'личност' практично истовјетни у овом контексту.“<sup>149</sup> Ову конфузију која је „конструисана као дехуманизација индивидуе“<sup>150</sup> Сапонзис је означио као теретну теорију о моралу и пракси. Он је назива „историјском незгодом“<sup>151</sup> Палевић квалификује дехуманизацију одређених група људи као дистинктивну карактеристику холокауста.<sup>152</sup>

Дакле, суштински аргумент за допуштење абортуса, који заговара теорија личности, се заснива на погрешном вјеровању да *conceptus* није члан *homo sapiens* породице због чега је

<sup>148</sup> Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971):1(1), 47.

<sup>149</sup> Wertheimer Roger, Understanding the Abortion Argument, *Philosophy & Public Affairs* (1971): 1(1), 69.

<sup>150</sup> Sapontzis F. Steve, A Critique of Personhood, *Ethics*, (1981): 91, 610, note 8.

<sup>151</sup> Ibid. 613.

<sup>152</sup> Palević Milan, The criminal offence of genocide in International Law, Ph.D thesis presented in 2007 at Faculty of Law of the University of Belgrade, 181.

лишен права на живот. Овај аргумент уцртава границе права на живот за друштвене и правне потребе које су у конфликту са „границама у биолошкој реалности“.<sup>153</sup> У овом погледу, релевантна наука инсистира да:<sup>154</sup>

Чињеница да је, након што се десила фертилизација, настало ново људско биће више не представља ствар укуса или мишљења; Људска природа људског бића, од зачећа па до старости, није метафизичка тврдња, за то постоје експериментални докази; У биологији и медицини је прихваћено да живот сваког индивидуалног организма створеног путем сексуалне репродукције настаје зачећем, Судаћи према свим критеријумима модерне молекуларне биологије, живот је присутан од зачећа; Људски живот почиње зачећем; Почетак људског живота са биолошког становишта је једноставна и јасна ствар – почетак је зачећа.

Након научног прогреса који је разјаснио када је људски живот у биолошком смислу,<sup>155</sup> теорија личности се подијелила на систем који се означава као хуманизам, и на систем који се означава као персонизам. Посљедњи је преусмјерио своју пажњу са емпиријског питања „када живот настаје“, на телеолошко питање „када настаје живот који је потребно заштити правом на живот“.<sup>156</sup> Оба система заснивају своје критеријуме за одређивање личности искључиво на типично људским карактеристикама, било генетским, било когнитивним. Несугласице међу њима се тичу наше есенцијалне карактеристике (или скупа карактеристика) које завређују морални статус. Персонизам сматра да су когнитивне способности те које носе моралну вриједност и завређују статус личности. Насупрот овоме, хуманизам тврди да су физички атрибути то што има моралну вриједност и доноси статус личности. Сходно наведеном, ова два система заузимају различите ставове у погледу питања шта је то што чини људе вриједним заштите. Опис ових ставова нуди Перинг, који сматра да персонистички систем схвата људске субјекте као некога ко разумије значења и који су у стању да дјелују плански, док систем хуманизма-натурализма људе дефинише као биолошке машине,<sup>157</sup> - животиње. Различити аутори, у оквиру

---

<sup>153</sup> Glover Jonathan, *Causing Death and Saving Jobs* (London: Penguin, 1977), 127.

<sup>154</sup> Powell, John. *Abortion: The Silent Holocaust*. 1981. Allen, Texas: Argus Communications, 70-74. (reference and quotes taken from Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 21).

<sup>155</sup> Downs M. Karen, Embryological Origins of the Human Individual, *Controversies in Science & Technology* (2008): 2.

<sup>156</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010).

<sup>157</sup> Погледати Perring Charles, Degrees of Personhood, *The Journal of Medicine and Philosophy* (1997):22,1997.

наведених система, су предлагали различите услове за морални статус сматрајући их морално битним.

На повезаност између моралног субјективитета и статуса личности указивао је и Сапонзис, тако што је настојао да расвијетли значај личности у моралном смислу и што је тврдио да „Личност је биће чији се интереси морају поштовати због тога што, када се одређује шта је морално прихватљиво, мора се узети у обзир шта је достојанствено, а шта понижавајуће, шта је корисно, а шта штетно, (...) за особу које се предузете акције тичу.“<sup>158</sup> Де Грација је методолошки конципирао појам моралног субјективитета структурирајући га са три презумпције (моралне презумпције). Он сматра да „Рећи да X има морални субјективитет значи рећи да (1) остали субјекти имају обавезе према X, (2) X има интересе и (3) да су обавезе макар дјелимично условљене X-овим интересима“.<sup>159</sup> Ворен предлаже идентичне претпоставке објашњавајући да смо морално обавезни да пажљиво узмемо у обзир потребе, интересе или благостање другог субјекта, „не само због тога што се можемо окористити штитећи га, ми или друге особе, већ због тога што његове потребе имају моралну вриједност саму за себе“.<sup>160</sup> Овдје је потребно истаћи да је повезивање моралног и правног субјективитета довело до конфузије између моралног и метафизичког типа личности о чему ће више ријечи бити накнадно.

### 3.1. Натурализам-хуманизам

#### 3.1.1. Позиције

Натурализам-хуманизам (или анимализам), као систем у оквиру теорије о личности тврди да припадност *homo sapiens* врсти није само релевантно, већ и одлучујуће за правни субјективитет.<sup>161</sup> Када дефинише морални субјективитет, овај систем сматра да треба почети од тачке коју дијеле сви припадници људске расе – генетску конструкцију. Лијао сматра да су гени физичка карактеристика која оставља простора да и друге врсте буду признате за носиоце моралног субјекта на основу њихових особина.<sup>162</sup> На том курсу, он тврди да је посједовање генетике основ за морални субјективитет што је довољно да се

---

<sup>158</sup> Sapontzis F. Steve, A Critique of Personhood, *Ethics*, (1981): 91, 609.

<sup>159</sup> DeGrazia David, Moral Status As a Matter of Degree? *The Southern Journal of Philosophy* (2008): XLVI, 183.

<sup>160</sup> Warren Anne Mary, *Reverence for Life in Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000), 4.

<sup>161</sup> Cushing Simon, Against “Humanism”: Speciesism, Personhood, and Preference, *Journal of Social Philosophy*, (2003); 34, 556–571.

<sup>162</sup> Liao S. Matthew, The Basis of Human Moral Status, *Journal of Moral Philosophy* (2010): 7, 159-179.



буде ималац права. Лијао сматра да варијације у оквиру људске генетске конструкције не искључују такве људе из моралног статуса.<sup>163</sup>

Кадлак је формулсао став који је сличан ставовима које заступају други аутори у оквиру овог система. Он је предложио, да се као одредница правног субјективитета користи чланство у моралној заједници<sup>164</sup> тврдећи да најодрживија поставка гласи:

- (1) морална заједница се састоји од моралних субјеката и све и само особе су морални субјекти
- (2) Морална заједница се састоји од моралних пацијената<sup>165</sup> и све и само особе су морални пацијенти
- (3) Морална заједница се састоји од моралних субјеката и само су људи морални субјекти (мада не сви).
- (4) Морална заједница се састоји од моралних пацијената и сви и само људи су морални пацијенти (иако нека нељудска бића су такође морални пацијенти).

Кадлак је даље развио хуманистичко-персонистички концепт према којем не постоји ништа у структури персонизма што би искључивало могућност да су сви и само људи особе, јер се правни субјективитет заснива на особинама „биолошке врсте *homo sapiens*.”<sup>166</sup> Он тврди да његов концепт није хуманистички, јер посебна вриједност која је препозната људским бићима, не произилази директно из чланства у врсти *homo sapiens* радије, она произилази из чињенице да припадници ове врсте задовољавају критеријуме за стицање правног статуса. Кадлак тврди да је, такође, могуће и да други ентитети задовоље постављене критеријуме.

Сличне његовим су и позиције Филипе Футе, која иначе заговара систем хуманизма.<sup>167</sup> Она сматра да људска способност да користи моралне судове приликом доношења одлука разликује људе од осталих врста. Њено је мишљење да предметна људска способност захтјева и другачије моралне судове који се могу адекватно примјенити на њих.<sup>168</sup> Слично, под моралним субјектима који би требало да уживају заштиту права на живот Карнеин сврстава оне који су способни да буду вођени моралним

---

<sup>163</sup> S. Matthew Liao, “The Genetic Account of Moral Status: A Defense,” *Journal of Moral Philosophy* 9 (2012): 268.

<sup>164</sup> Kadlac Adam, *Humanizing Personhood*, *Ethic Theory Moral Prac* (2010): 13, 424.

<sup>165</sup> То су они који нису у стању да имају обавезе али уживају бригу моралних субјеката. Сликовито али не сасвим адекватно би било означити их као објекти.

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> Foot Philippa, *Natural goodness* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

<sup>168</sup> Ibid. 5.

побудама.<sup>169</sup> Томпсон сматра да се концепт хуманизма-натурализма везује за дефинитивни производ природе, који је развијан на овој планети континуирано током еволуције.<sup>170</sup> Полазећи од грубе дефиниције хуманизма, која се заснива на неопходности и довољног посједовања људског ДНК за морални субјективитет, аутори из ове групе су чак дискутовали и о томе који дио људског тијела је носилац правног субјективитета. Неки аутори из ове групе су чак тврдили да су тијела особе.<sup>171</sup> Слична се дискусија водила и у оквиру персонизма, гдје је дебата вођена о томе да ли су особе глава, мозак<sup>172</sup> или одређени дијелови мозга. Кушинг разликује изворни хуманизам од нужног хуманизма и земаљског хуманизма.<sup>173</sup> Нужни хуманизам предлаже да су сви и само (невини) биолошки људи једина бића која би могла бити морални и правни субјекти, док земаљски хуманизам сугерише да су сви и само (невини) биолошки људи једина бића која фактички, у свијету каквим га познајемо, су носиоци моралног и правног субјективитета. Кроз призму варијација између ове двије врсте хуманизма, Кушинг представља перспективе изворног спицисизма као и позиције става који се заснива на врсној припадности као показатељу субјективитета, а који се означава као натурализам-хуманизам. У контексту дебате о абортусу, Ноан сматра да је зачетак од стране људских родитеља показатељ људске природе зачетог бића.<sup>174</sup>

Уопштено говорећи, аутори из ове групе одбацују метафизички дуализам тј. негацију права на живот живим људима. Када разматрају питање нашег идентитета они се ограничавају на физички монизам као мјерило моралног статуса и одредницу правног субјективитета. Овај приступ чини се подударним са претходно наведеним моралним презумпцијама које би се могле конкретизовати како слиједи:

- (1) људске особе су недвосмислено морални субјекти и засигурно имају моралне (или природне) обавезе према беспомоћним припадницима своје врсте без обзира на локацију или структурални положај у коме се налазе,

---

<sup>169</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 17.

<sup>170</sup> Thompson Michael, *Apprehending human form*, in: (ed), Anthony O'Hear, *Modern moral philosophy*, (Cambridge: Cambridge University Press 2004), 59.

<sup>171</sup> Bernard Williams, 'Are Persons Bodies?' in *Problems of the Self*, (Cambridge University Press 1973).

<sup>172</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 32.

<sup>173</sup> Cushing Simon, Against "Humanism": Speciesism, Personhood, and Preference, *Journal of Social Philosophy*, (2003); 34, 556–571

<sup>174</sup> Noonan T. John in *Contemporary Moral Problems*, (ed). White E. James (St. Paul, MN: West, 1997), 117, 118.

- (2) нерођени припадници људске врсте имају (временски-релативан) интерес да уживају неометан развој, тј. да остану живи,<sup>175</sup>
- (3) људске особе имају обавезу да поштују и штите основни интерес нерођених људи.

Ворен би се противила изведеном закључку са својим мултикритеријским концептом моралног субјективитета према којем је правни субјективитет само једна од додатних претпоставки за стицање пуног моралног субјективитета (морални статус).<sup>176</sup> Сматрам да њен концепт није примјенљив на предмет ове дискусије. За разлику од њене поставке, мишљења сам да је морални субјективитет уопштени показатељ правног субјективитета а не обратно. Ворен дефинише мултикритеријски концепт моралног субјективитета који одлучујуће почива на формалистичком правном субјективитету. Ентитет који је дефинисан као правни субјект, како она то види, има пуни морални субјективитет. Међутим, формални статус често не почива на логичности, најчешће он извире из институционалног капацитета који га утврђује, и као такав се не може користити за генерисање правила у етици којима би се рјешавали проблеми у филозофији морала.<sup>177</sup> Њен концепт, евентуално се може користити, као пречица за рјешавање конфликта између човјека и животиње, али не даље од тога. У овом смислу Бикамп описује два проблема код узимања правног статуса за мјерило моралног статуса. Први се односи на потешкоће у његовој примјени

јер већина карактеристика на којима се заснива правни субјективитет (интелигенција, морално резонување, самосвијест, рационално дјеловање, емотивни живот итд.) могу да се нађу самостално један од другог и стичу се постепено, док морални субјективитет има или нема. Да ли неко ужива морално уобзиравање у односу на друге, не састоји се од степена.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> DeGrazia David, Identity, Killing, and the Boundaries of Our Existence, *Philosophy & Public Affairs* (2003): 31(4), 433.

<sup>176</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000), 22.

<sup>177</sup> Hare Mervyn Richard, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press 1952), 31.

<sup>178</sup> Tom L. Beauchamp, The Failure of Theories of Personhood, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 9.4 (1999), 309–324.

Други проблем произилази из потешкоћа у етичком смислу јер је могуће да ентитет и без правног статуса може имати релевантне интересе и мимо захтјеваних карактеристика.<sup>179</sup>

### 3.1.2. Ко је хуманистичка личност?

- то је ентитет од којег се, због њеног хуманог поријекла, очекује да ће бити у стању да имитира облике понашања који су установљени у оквиру социјалне заједнице доминантне људске групе

Као што смо видјели, овај систем предлаже чланство у *homo sapiens* врсти као одлучујућу карактеристику за морални обзир. Неки аутори из ове групе заговарају врсни ексклузивитет, док други сматрају да се чланство у људској врсти морално вреднује због њихових физичких особина које, као такве, не искључују друге врсте. Примјетно је да постоји значајна академска подршка „ширењу круга“ правног субјективитета на друге врсте што заправо искључује прихватљивост изворног хуманизма-натурализма. У одређеном смислу, критика специсизма је сасвим основана. Најснажнија критика тврди да је специсизам једнак расизму или скесизму. У том смислу, Кушинг сматра да је хуманизам морално неодржив и да је специсизам, када се анализира, заиста директно аналоган расизму и сексизму.<sup>180</sup> Једни разлог, како он тврди, што специсизам није сматран толико погрешним као расизам и сексизам је тај што данас по аутоматизму претпостављамо да су жене и небијелци морални субјекти једнаки бијелцима ( у смислу да посједују иста основна права и слободе), док, такође, по аутоматизму претпостављамо да припадници других врста нису субјекти у том смислу.<sup>181</sup> Насупрот овоме, Стајбок сматра да: „Постоји.. битна разлика између расизма или сексизма и специсизма.“<sup>182</sup> Она то објашњава на тај начин што ми не третирамо животиње другачије на основу тога што имају крзно и перје, него због тога што су оне фактички различите од људи, и то на начин који је од значаја за морални статус. Аргументи на којима заснива своје тврдње базирани су на томе да засигурно није погрешно да пружамо посебну бригу припадницима наше врсте побуђени саосјећајношћу или заштитничким осјећајем, итд. Главни разлог због којег се не сматра да је специсизам једнак расизму је њена перцепција самог расизма. Она сматра да „није

---

<sup>179</sup> Ibid.

<sup>180</sup> Cushing Simon, Against “Humanism”: Speciesism, Personhood, and Preference, *Journal of Social Philosophy*, (2003); 34, 556–571.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Bonnie Steinbock, Speciesism and the Idea of Equality, *Philosophy* (1978): 53, 247.

расистички пружити посебну пажњу припадницима своје врсте; расистички је одступити од моралних обавеза према особи због њене или његове расе.<sup>183</sup>

Један од најпроминентнији критичара специсизма је Питер Сингер Он сматра да је специсизам „предрасуда или пристрасност у корист интереса припадника властите врсте против интереса припадника других врста“<sup>184</sup> Сингер сматра, да тежња за једнакошћу не почива на интелигенцији, моралним капацитетима, физичкој снази или сличним фактима.<sup>185</sup> Сматрајући да је једнакост морални идеал, он наводи да се она не може заснивати на простим чињеницама, Сингер сасвим коректно каже да: „Уколико биће пати, не постоји морално оправдање за занемаривање те чињенице.“ Дакле, Сингер поставља сензибилитет у средиште тежњи за моралним субјективитетом (макар када су у питању припадници других врста).

Што се мене тиче, све три наведене позиције су мериторне у одређеној мјери. Било би сасвим погрешно (расистички) одступити од моралних обавеза према особи због њене или његове расе; истовремено фактичке разлике у способностима не могу да оправдају дерогацију моралног субјективитетима мање способнима (чак и ако су оне резултат дефекта<sup>186</sup> у оквиру врте *homo sapience*), што се односи и на припаднике других врста. Уколико бисмо жељели да подржимо специсизам било би неопходно одредити које су то особине које чине морално значајну разлику између врста, узевши у обзир премисе дефинисаног концепта моралног субјективитета. Да ли је то генотип или фенотип? Уколико бисмо предложили генотип за одлучујућу карактеристику која издваја људе у односу на остале врсте, такав приједлог не би могао да се одржи у односу на чињеницу да људи дијеле преко 98.4% генетске конструије са шимпанзама.<sup>187</sup> Судаћи према генетској структури, разлика између људи и шимпанзи није у генетској конструкцији, разлика је само у генетској шминки. У овом контексту се не могу занемарити недавна открића која су расвијетлила да је генетски код готово универзалан.<sup>188</sup> Чини се да нас научни прогрес

---

<sup>183</sup> Ibid. 256.

<sup>184</sup> Cushing Simon, *Animal Liberation*, 2nd ed. (New York: Random House 1984), 1–24 Reprinted in *Contemporary Moral Problems*, (ed). White E. James (St. Paul, MN: West, 1997), 459.

<sup>185</sup> Singer Peter, *Animal Liberation: A New Ethics for Our Treatment of Animals*, (New York: HarperCollins 1975), 5.

<sup>186</sup> *CF* Singer Peter, *Speciesism and Moral Status*, *Journal compilation Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd*, (2009), 573.

<sup>187</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 2.

<sup>188</sup> Koonin, Eugene V.; Novozhilov, Artem S. *IUBMB Life*. Feb2009, Vol. 61 Issue 2, p99-111. *CF* Jestin, J. L.; Kempf, A. *Journal of Molecular Evolution*. Nov2009, Vol. 69 Issue 5, p452-457.

приближава Швајцеровом ставу да је сав живот једно,<sup>189</sup> дајући нам физичке доказе за ову тврдњу. Дакле, није одрживо употребљавати генетску конструкцију као средство за формалну дистинкцију између врста. С тога, генотип се не може сматрати морално значајном особином. Уколико бисмо предложили фенотип за одлучујућу карактеристику, нужно бисмо прихватили да су неке циркуске животиње особе, док се то не би могло рећи за читаве групе правно способних људи. Такође, постоје значајне фенотипске разлике између људи који живе у постиндустријским друштвима великих градова и оних који живе у удаљеним руралним или дивљим подручјима. Сада, који од могућих фенотипа би требало сматрати парадигматским? Због чега? Уколико прихватимо да фенотип чини моралну разлику између људи и животиња, подразумијева се да по истом критеријуму постоје моралне разлике између људи. Ако је судити по концепту моралног субјективитета нити је (људски) генотип нити је (људски) фенотип релевантан. Због наведеног специсизам није одржив „изам“.

### 3.2. Персонизам

Након представљања различитих приједлога о томе шта је морално најзначајније у контексту предмета овог рада, дискусија ће се позабавити оним ставовима који су други најчешће заговарали у теоретским расправама, или су били основа за стварање законских рјешења.

#### 3.2.1. Когнитивна својства као критеријум правног субјективитета

Савремена персонистичка мисао је преобладајуће заокупљена разматрањем моралног значаја когнитивних карактеристика груписаних у различитим комбинацијама којима се настоји структурирати и заокружити правни субјективитет. У том смислу, Дајмонд предлаже да су способност резоновања и самосвијести то што нас чини људима,<sup>190</sup> и сходно томе - носиоцима правног субјективитета. Корнегај предлаже да су то „различите способности за свјесна искуства, социјална одговорност, апетити, емоције (укључујући осјећај бола и пријатности, бихевиоралне реакције), памћење, учење као и

---

<sup>189</sup> Schweitzer Albert, *Civilization and Ethics: The Philosophy of Civilization Part II* (London: A.& C. Black 1929), 248.

<sup>190</sup> Diamond Cora, *The importance of being human*, in: *Human beings*, (ed), Cockburn David (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 35.

способност посвећивања нечему, разумјевање и језик.”<sup>191</sup> Сингер приписује апсолутни морални значај когнитивитету.<sup>192</sup> Ворен предлаже сљедеће карактеристике које један ентитет сврставају у ред особа:<sup>193</sup>

(1) свијесност (о унутрашњим и вањским објектима и догађајима), нарочито способност да се осјећа бол; (2) резоновање (развијена способност да се рјешавају нови и релативно комплексни проблеми); (3) предузимање активности по властитом нахођењу (акција која је релативно независна у односу на генетику или вањски утицај); (4) способност да се комуницира на било који начин порукама неограничене врсте и то не само у погледу њиховог садржаја већ и на погледу њихових тема; (5) посједовање представе о себи и самосвијести, било индивидуалне, било врсне или и једне и друге.

Реган сматра да су особе „индивиде које посједују различите софистициране способности, нарочито укључујући способност да доносе непристрасне моралне принципе на основу којих одређују шта би у односу на све, којих се одлука тиче, требало учинити и, које након таквог одређења слободно то учине или не учине.”<sup>194</sup> Истовремено, он наглашава да „ове способности могу бити морално релевантне, али уколико су морално значајне, значајне су без обзира на то да ли их посједује биће које је члан наше врсте или није”<sup>195</sup>

### **3.2.1.1. Сензибилност као критеријум правног субјективитета**

Једна од најчешће предлаганих карактеристика, у оквиру овог система, је способност за осјећање. Намјерно излагање оваквог бића патњи је морално неоправдано, или макар захтјева снажан разлог. С обзиром, да је патња унутрашњи осјећај могуће је да чак ни припадници исте врсте не пате (или макар не у истом интензитету), из истих разлога. Интензитет психолошке патње узроковане истим поводом варира између врста, или чак између припадника исте врсте (политипске врсте). Због тога, субјективне

---

<sup>191</sup> R. Jo Kornegay, *Hursthouse's Virtue Ethics and Abortion: Abortion Ethics without Metaphysics?* *Ethic Theory Moral Prac* (2011), 14:51–71, DOI 10.1007/s10677-010-9230-2

<sup>192</sup> Singer Peter, *Practical Ethics*, (Cambridge: Cambridge University Press 1993), 87.

<sup>193</sup> Warren Anne Mary, *On the moral and legal status of abortion*, *Monist* (1973), 55.

<sup>194</sup> Regan Tom, *The case for animal rights*, (Berkeley: University of California Press 1983), 151.

<sup>195</sup> *Ibid.*

перцепције патње (или благостања) не могу се легитимно користити као етички приоритет. Субјективизам је одсјечен од било које научно релевантне методологије.

Због наведеног, овдје ће пажња бити посвећена моралном значају, способности да се доживи физичка патња која је заједничка свим бићима која су способна за сензације. Према овом приједлогу, способност да се осјети бол је одредница правног субјективитета, тј. доноси пуни морални статус.<sup>196</sup> Овај критеријум нужно доводи животиње, као и пренаталне људе, у оквире правног субјективитета и статуса личности. Ова теоретска поставка је већ рефлектована у различитим законодавствима. Тако на примјер, Француска Народна скупштина је 25.04.2014. године усвојила амандмане на Грађански законик којим је измијењен статус животиња. Од усвајања Грађанског законика 1804. године правни статус животиња је био изједначен са статусом ствари. Измјенама животиње су дефинисане као „осјећајна жива бића”,<sup>197</sup> као што су то биле и 1804. године. У односу на пренатални људски живот, већина националних законодавстава у Сједињеним Америчким Државама је усвојила законе из групе тзв. феталних права (fetal rights)<sup>198</sup> и/или феталног бола (fetal pain).<sup>199</sup> У погледу пренаталног живота, постоји значајна количина доказа да је нерођени човјек у стању да осјети бол.<sup>200</sup> Што се тиче ове способности, Самнер је сматра јединим валидним критеријумом моралног статуса.<sup>201</sup> Узимајући у обзир доказе, да човјек у пренаталном стадијуму може да осјећа бол, Самнер закључује да абортус може да буде дозвољен само у првом триместру и не после тога, осим у изузетним случајевима.<sup>202</sup> Ворен прихвата да интересе бића, које је у стању да осјећа, треба узети у обзир у утилитаријанском смислу, и да треба бити третирано као сврха по себи и никада као средство.<sup>203</sup>

---

<sup>196</sup> DeGrazia David, Moral Status, Human Identity, and Early Embryos: A Critique of the President's Approach, Symposium: Defining the почетак and the end of људски живот *Journal of Law, Medicine & Ethics* (2006), 54.

<sup>197</sup> [http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc\\_news?disp3\\_1205403945\\_text](http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_1205403945_text)

<sup>198</sup> Henricks Jennifer, What да Expect When You're Expecting: Fetal Protection Laws that Strip Away the Constitutional Rights of Pregnant Women, *Boston College Law School*, (215): 35, 121.

<sup>199</sup> Watson Katie, Abortion Bans Premised on Fetal Pain Capacity, Hastings Center Report 2012.

<sup>200</sup> Bellieni Valerio Carlo and Buonocore Giuseppe, Is fetal pain a real evidence? *The Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine*, (2012): 25(8), 1203–1208.

<sup>201</sup> Sumner Wayne Leonard, *Abortion and moral theory*, (New Jersey: Princeton University Press 1983), 136.

<sup>202</sup> Ibid. 152.

<sup>203</sup> Warren Anne Mary, The Moral Significance of Birth, *Hypatia* (1989): 4, 46-64.



### 3.2.1.2. Свијест као критеријум правног субјективитета

Многи аутори предлажу различита испољавања свијести за критеријуме правног субјективитета нудећи различите аргументе у прилог својим тврдњама. На примјер, Мајкл Толи предлаже сљедећу комбинацију:

- 1) способност да се предвиди властита будућност и да се имају жеље у погледу властитог будућег положаја, 2) способност да се има концепт о себи, 3) бити свој, 4) самосвјест, 5) способност изградње самосвијести.<sup>204</sup>

У односу на овај критеријум, чак се може тврдити да нити су физички нити психолошки континуитет одлучујући за заштиту права на живот. Постоје двије ситуације које се могу користити да се ово прикаже. Што се тиче физичког континуитета, није далеко од реалности да се нечији дијелови тијела и органи, изузев церебралног дијела мозга, замјене вјештачким справама.<sup>205</sup> Што се тиче психолошког континуитета, према дуалистичким теоријама, есенција личности може да постоји без обзира на стање тијела или чак смрт. Како је они дефинишу, данас та есенција личности може да буде складиштена на сервер након чега је могуће препородити ту личност (не нужно у људском облику), или прецизније, могуће ју је рематеријализовати (не нужно као биолошки ентитет). Чак шта више, могуће јој је пробудити савјест.<sup>206</sup> Од овог момента, према теорији идентитета која се назива теорија отјелотвореног ума, настаје људско биће,<sup>207</sup> али не нужно по први пут. Чини се да је непромјенљивост стања смрти превазиђена.<sup>208</sup> Обе ситуације резултирају тзв. техничким човјеком који би несумњиво уживао заштиту права на живот. Ворен тврди да живот, сам по себи, не представља довољан основ за пуни морални статус.<sup>209</sup> Она тврди да биолошки живот чак није ни неопходан услов за пуни морални статус. Овдје, она јасно разликује биолошки живот који посједују природни организми од онога што се назива социјалним, и који могу да посједују рукотворене машине. За посједовање друге врсте живота неопходно је да је ентитет свјестан и

---

<sup>204</sup> Tooley Michael, *A defence of abortion and infanticide*, in *The Problem of Abortion*, (ed.), Feinberg Joel (California: Wadsworth Publication Company 1973), 51-91.

<sup>205</sup> Baker Rudder Lynne, *Big-Tent Metaphysics Abstracta* Special Issue (2008), I, 9.

<sup>206</sup> Dennett Daniel, *Consciousness in human and robot minds*, (London: Royal Society 1994), 18-29.

<sup>207</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 269.

<sup>208</sup> Погледати McMahan Jeff, *An Alternative да Brain Death*, symposium: defining the почетак and the end of људски живот, *Journal of Law, Medicine & Ethics* (2006), 44-48.

<sup>209</sup> Warren Anne Mary, *Reverence for Life in Moral Status: Obligations да Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000).

самосвјестан што представља карактеристике засноване на когнитивним атрибутима. Даље, Ворен тврди да бисмо били морално обавезни да им признамо морални статус због њихових менталних капацитета и понашања који су у равни са нашим.

Несумњиво, капацитети засновани на когнитивним способностима су важна људска карактеристика у расправама о моралном статусу. Овде ћу обрадити један од најспецифичнијих аргумената из ове групе који је користио Бонин у свом ремек дјелу “*A Defence of Abortion*”. Он га назива „аргумент симетрије“ и дефинише га како слиједи:

П1: Карактеристика чијим губитком неко губи право на живот је карактеристика чијим се првобитним стицањем добија право на живот.

П2: Карактеристика чијим губитком неко губи право на живот су електричне мождане активности.

3: Карактеристика чијим се првобитним стицањем добија право на живот јесу електричне мождане активности.<sup>210</sup>

Аргумент симетрије снажно је подржан са правног аспекта. Наиме, правни однос почиње наступањем релевантних чињеница. Електричне мождане активности су правно релевантне чињенице, с обзиром да њиховим нестанком престаје заштита права на живот. Поставља се питање зашто право на живот не би и настајало истовремено када и оне? Бонин разликује иницијалне мождане активности од организованих активности кортекса које се почињу одвијати између 25. и 32. гестацијске недеље. Он тврди да се појава организованих активности кортекса треба прихватити као критеријум за одређивање почетка заштите права на живот. Према његовом мишљењу, „кортекс критеријум“ је у сагласности са описаним аргументом симетрије, аргументом који се односи на дистинктивну људску особину (*humanness*) и модификовану верзију аргумента будућност-као-наша, те закључује:

Фетус стиче морални статус који имамо ти и ја, чим стекне свјесне жеље.

Фетус стиче свјесне жеље током периода када стиче организоване електричне активности на церебралном дијелу кортекса и овим стицањем он такорећи добија статус. Прихватити наведено значи прихватити кортекс критеријум.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 130-133.

<sup>211</sup> Ibid. 127.

Међутим, цјелокупан Бонинов закључак је погрешан. Наиме, узрочна веза између свјесних жеља и организоване електричне активности на церебралном дијелу кортекса није спорна са научног аспекта. Чак се може тврдити да, без наведених електричних активности, није могуће имати свјесне жеље. Али који су докази да је посједовање организованих електричних активности довољно за изградњу свјесних жеља? Засада, поуздано знамо да само комплетирано формиран мозак, са својим унутрашњим структурама, укључујући и више мождане везе, може да омогући изградњу свјесних жеља. Мождани развој у овом смислу је окончан битно након рођења.<sup>212</sup> Такође, да би неко могао да има свјесне жеље неопходно је да има знање, или макар представу о жељеном објекту. Фетус нема нити знање нити представу о било чему у довољној мјери која би му омогућила свјесне интерпретације властитих нагона ка нечему (или евентуалних жеља). Због тога, чак и фетус у каснијем гестацијском добу не може имати свјесне жеље. Могуће је да фетусов мозак од момента стицања организованих електричних активности има много потенцијала да развије свјесне жеље, али Бонин одбацује морални значај потенцијала.<sup>213</sup> Његов „кортекс критеријум“ био би битно одрживији да га је везао за континуитет организованих електричних активности, него за продукцију свјесних жеља. Међутим, прихватање континуитета као морално и правно релевантне одреднице би донијеле приговор арбитрности његовим ставовима јер постоје и други континуитети који настају прије (или после) „кортекс критеријума“. Генетски континуитет индивидуе отпочиње најраније. Он настаје на самом почетку постојања индивидуе (или он сам представља њен почетак), и ефективно траје до смрти. О овом критеријуму ће бити више ријечи касније.

Такође, „кортекс критеријум“ је комбинација биолошких особина (организоване електричне активности) и посљедичних социолошких способности (свјесне жеље). Требало би примјетити да су елементи ове конструкције изабрани интуитивно. Стицање организованих електричних активности су само једна од четири круцијалне тачке неуралног развоја и не постоји „сагласност о томе који је аспект неуралног развоја најважнији, и као такав заслужује да буде означен као критични моменат у којем особа

---

<sup>212</sup> Gogtay, N., J.N. Giedd, et al. 2004. Dynamic mapping of human cortical de-velopment during childhood through early adulthood. *Proceedings of the National Academy of Sciences* 101: 8174-8179. Reference taken from Jason T. Eberl and Brandon Brown, *Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses, Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*, ed. Stephen Napier (Springer, 2011).

<sup>213</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 45-49.

настаје.<sup>214</sup> Што се тиче дијела конструкције „свјесне жеље“, видјели смо да су оне само једна од бројних способности које су предложене као морално значајне. Због наведеног не постоји одржив разлог за прихватање предметне био-социјалне комбинације за одредницу почетка права на живот. Аутори Џејсон Т. Еберл и Брендон Браун су истакли диспарат између развоја и менталних дефеката као кључну препреку за прихватање предметног аргумента.<sup>215</sup> Док се развој одвија по реду, на предвидљив и програмиран начин, дефекти се углавном не одвијају на описани начин и нисмо у прилици да предвидимо њихов ток.<sup>216</sup>

Џејсон Т. Еберл и Брендон Браун истичу још једну значајну примједбу за употребу критеријума „рођења мозга“ која се односи и на „кортекс критеријум“. Наиме, они су препознали да, сваки критеријум који почива на можданим активностима (било да се користи за утврђивање почетка или краја живота), „говори у прошлом времену, тј. о догађају који се већ десио.“<sup>217</sup> На основу тога, ови аутори сасвим основано тврде да „схватити да смо пропустили да препознамо мозак који функционише, у особи која је заправо жива већ неко вријеме, је узнемирујућа могућност, утолико више, уколико је наш пропуст да поштујемо присутни живот довео до смрти или трајне штете“.<sup>218</sup> У складу са овим, они даље тврде да „ембриони и фетуси треба да буду третирани као да имају онтолошки и морални статус као особе због њиховог унутрашњег потенцијала да развију мозак који подржава самосвјесно рационално размишљање.“<sup>219</sup>

### 3.2.2. Когнитивна својства и морални статус

Чини се да когнитивне карактеристике, а изнад свих способности да се осјети бол, могу да буду референте за оно што се назива емпиријским или општим правним статусом. Прихватање овог приједлога би изједначило касни абортус и убиство одређених животиња са кривичним дјелом убиства. Међутим, овај приједлог је споран из неколико разлога. У развојном смислу, способност да се осјећа бол, као и све друге когнитивне карактеристике, настају постепено и могу да осцилују током живота. Вариабилност когнитивних капацитета је препозната од стране Арнесона као неповољна за заснивање

---

<sup>214</sup> Jason T. Eberl and Brandon Brown, *Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses, Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*, ed. Stephen Napier (Springer, 2011), 7.

<sup>215</sup> Ibid, 6.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> Ibid.

<sup>218</sup> Ibid, 8.

<sup>219</sup> Ibid.

моралног статуса на њима.<sup>220</sup> Количина и квалитет когнитивних капацитета сигурно варира између ембриона, фетуса, новорођенчади, тешко ретардираних људи, људи који су претрпјели тешка оштећења мозга, дементних, комираних и здравих одраслих компетентних људи. Наведено би значило, да би поједини одрасли људи били више особе него други који су у нпр. измјењеном стању свијести. Конзистентна примјена критеријума ,заснованих на когнитивним способностима, би значила заштиту нерођених људи у другом триместру гестације, док би комирани пацијенти били изузети од заштите. Ворен сугерише да би свијест, или могућност повратка свијести, могли бити једини одрживи критеријуми за потпуну и једнаку заштиту постнаталних људи.<sup>221</sup> Према оваквом ставу, људи који су изгубили могућност повратка у свјесно стање не би уживали пуну и једнаку заштиту, те би се на њима могли проводити медицински експерименти. Са друге стране, ова ауторка одбацује приједлог да правни субјективитет почиње са стицањем свијести „јер постоје многа свјесна створења (нпр. мишеви) којима већина нас не би било спремно приписати једнак морални статус“.<sup>222</sup> Чињеница је да, уколико би се правни субјективитет заснивао на когнитивним карактеристикама, многе групе људи би остале без заштите.

У циљу превазилажења ових недостатака, Карнеин предлаже да људима треба додијелити специјалну заштиту, јер типични припадници људске врсте су подобни за морални статус.<sup>223</sup> Такође, у циљу превазилажења недостатака које са собом носи инсистирање на апсолутном моралном значају когнитивних карактеристика, Бортолотти предлаже да сви који могу да дјелују умуишљајно (који су разумни и аутономни у одређеној мери, и који су у стању да дјелују на остварењу или задовољењу циља), треба да уживају моралном статусу, „чак и ако можда не задовољавају критеријум рационалног резоновања и моралне агентуре“.<sup>224</sup> Овај аутор препознаје потребу ревизије традиционалног инсистирања на разуму и аутономији на тај начин да се направи дистинкција између „(а) минималног коришћења ових капацитета, показано од стране некога ко је у стању да иницира акције на основу вјеровања, жеља и преференција, и (б) потпуног коришћења ових капацитета које је неопходно за рационалне резоне и моралну

---

<sup>220</sup> Arneson J. Richard, *What, if anything, renders all Humans Morally Equal? Peter Singer and His Critics*, (ed.), Jamieson Dale (Oxford: Blackwell 1999).

<sup>221</sup> Warren Anne Mary, *The Moral Significance of Birth*, *Hypatia* (1989): 4, 46-64.

<sup>222</sup> Ibid.

<sup>223</sup> Karnein Anja , *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 17.

<sup>224</sup> Bortolotti Lisa, *Disputes over Moral Status: Philosophy and Science in the Future of Bioethics*, *Health Care Anal* (2007): 15,153–158 DOI 10.1007/s10728-006-0031-7

агентуру.<sup>225</sup> Проблем са умишљајним дјеловањем, како га је дефинисао Бортолотти, произилази из његове зависности од манифестације. Без упражњавања установљеног образаца понашања нема ни моралних субјеката. Повезано проблематично питање је који тип понашања легитимно свједочи свјесна стања неопходна за морални статус. Примједбе на такве позиције су елабориране у оквиру дискусије о постављању правне фикције о личности као предуслова за заштиту права на живот.

Оба аутора, Карнеин и Бартолотти дискутују о правном субјективитету који се заснива на моралном статусу, а који се пак заснива на „својствима и капацитетима као што су морална агентура и морална мотивација“<sup>226</sup>. Са друге стране Ворен, и многи други аутори, који такође инсистирају на значају когнитивних карактеристика, своју пажњу посвећују метафизичкој димензији правног субјективитета, који се супротно претходном, односи на идентификацију „скупа психолошких својстава које посједују све и само личности.“<sup>227</sup> У сваком случају, не треба правити конфузију између ова два типа правног субјективитета.<sup>228</sup>

Иако аутори из ове групе заговарају морални значај различитих когнитивних карактеристика они пропуштају да образложе како њихово посједовање, или не посједовање, утиче на било коју моралну презумпцију. У том смислу, Бикамп тврди да „никакав скуп когнитивних својстава не доноси морални статус, и да метафизичка димензија личности није довољна нити за правни субјективитет, који се заснива на моралном статусу, нити за морални статус.“<sup>229</sup> Након утврђивања „десидерата за критеријум моралног статуса“, који би „требало да буде примјенљив на основу нашег актуелног научног знања, и требао би да буде подржан солидним етичким оправдањем, и у складу са нашим моралним институтима и социјалним праксама“, <sup>230</sup> и уочавања битне везе између неких психолошких својстава и подобности за морални статус, Бартолотти закључује да „критеријум за личност не испуњава наведене десидерате“.<sup>231</sup> С тога, када одговарају на питање када, ако икада, *conceptus* постаје личност, аутори из ове групе не

---

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> Tom L. Beauchamp, The Failure of Theories of Personhood, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 9.4 (1999), 309-324.

<sup>227</sup> Ibid.

<sup>228</sup> Ibid. 310.

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> Bortolotti Lisa, Disputes over Moral Status: Philosophy and Science in the Future of Bioethics, *Health Care Anal* (2007): 15,153–158 DOI 10.1007/s10728-006-0031-7

<sup>231</sup> Ibid.

заснивају своје ставове научном методу. Обично, они “стварају велику конфузију крећући се, између чисто метафизичких захтјева, до захтјева било за моралном компонентом личности, било за моралним статусом.”<sup>232</sup> Већина њих су морални субјективисти и своје ставове граде било на властитим вјеровањима, било на властитим перцепцијама шта већина људи мисли (или је спермна да мисли). Тако на примјер, када разматра шта има, а шта нема морални субјективитет, Ворен о томе пише као да је то ствар вјеровања.<sup>233</sup> Такође, Викс примјећује да су све предметне „теорије мериторне на неки начин, али у одређеном смислу избор било које од њих је чисто арбитражна одлука.“<sup>234</sup>

### 3.2.3. Виабилитет као критеријум правног субјективитета

Поред способности да осјети бол (стадијум у којем нерођено дијете постаје чулно), теорија је предложила виабилитет (стадијум у којем нерођено дијете постаје способно да преживи ван утробе, са или без медицинске помоћи) за одредницу правног субјективитета.<sup>235</sup> Правни значај виабилитета је препознат у законодавствима у упоредном праву.<sup>236</sup> Овај критеријум снажно заговара и Викс због тога што су, по њеном мишљењу, од овог стадијума интегрисане функције људског организма.<sup>237</sup> У том смислу, она тврди да „кључни захтјев за једну индивидуу да буде квалификована за специјалну правну заштиту коју ужива људски живот је интегрисано функционисање људског организма. Такво функционисање је вођено од стране мозга и захтјева довољно развијена плућа, која су у могућности да главне органе снабдијевају кисеоником.”<sup>238</sup> Она даље закључује да, људски организам има потенцијал да функционише на описани начин од виабилитета до мождане смрти, и да због тога треба да ужива посебну заштиту коју уживају припадници људске врсте током тог периода, без обзира на рођење или свијест.<sup>239</sup> Кевон сматра је у

---

<sup>232</sup> Tom L. Beauchamp, The Failure of Theories of Personhood, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 9.4 (1999), 309-324. 312.

<sup>233</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000).

<sup>234</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 17.

<sup>235</sup> Погледати Warren Anne Mary, *The Moral Significance of Birth*, *Hypatia* (1989): 4.

<sup>236</sup> Pickles Camilla, Personhood: Proving Significance of the Born a Жив Rule with Reference to Medical Knowledge of Fetal Viability, *Stellenbosch Law Review* (2013), 151-153.

<sup>237</sup> Wicks, E., *The right to Life and Conflicting Rights of objection is actu the Others* (Oxford University Press, 2010), 19,20.

<sup>238</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 239.

<sup>239</sup> Ibid.

етичком смислу одрживо приписати морални значај овом критеријуму.<sup>240</sup> Бонин дефинише критеријум виабилитета у ширем смислу. Он сматра “да је фетус виабилан уколико било гдје постоје техничка средства за одржање, чак и ако нису доступна конкретном фетусу.”<sup>241</sup> Уже схватање дефинише виабилитет као тачку од које нерођено дијете може да преживи ван утробе самостално.<sup>242</sup>

Прихватање виабилита као релевантног критеријума би, на извјестан начин, представљало хуманистичко персонистички приступ предмету овог истраживања. Уколико прихватимо да, способност да се осјети бол доноси општи правни субјективитет, виабилитет би значио стицање посебног правног субјективитета. Виабилитет наступа непосредно након стицања способности да се осјети бол, и од те тачке нерођено дијете није животно зависно од незамјенљиве индивидуе, тј. оно је аутономно у односу на мајку, има лице, руке и ноге, прсте и стопала. Све ово представља релевантне карактеристике и за друштвену индивидуализацију људског бића. Требало би истаћи, на овом мјесту, да чак и Томсон прихвата да је фетус већ постао особа доста прије рођења,<sup>243</sup> указујући на стадијум не каснији од виабилитета.

Критеријум виабилитета је споран из практичних разлога, али и са аспекта концепта моралног статуса. Практични проблем са широким схватањем виабилитета, описала је Викс, наводећи да чини правни субјективитет и припадајућу заштиту зависну од стања модерне технологије и њене доступности одређеном фетусу.<sup>244</sup> Она каже да „чини се да постоји нешто апсурдно у помјерању границе због које бисмо могли рећи прошле године овај фетус не би био особа на овом стадијуму, али пошто су додатно опремили јединицу интензивне његе, он то јесте”<sup>245</sup>

Слична примједба може се наћи код Корнегај<sup>246</sup> Морално и правно неприхватљив значај локације, тј. географије нерођеног дјетета и труднице, је директна посљедица широке дефиниције виабилитета. Очигледно, технолошки напредак носи различите

---

<sup>240</sup> Keown John, *The scope of the offense of child destruction in The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Људску живом* (Oxford University Press 2012).

<sup>241</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 131-132.

<sup>242</sup> Pillay Rani, The почетак of human personhood: is South African law outdated? *Stellenbosch Law Review = Stellenbosch Regystydskrif* (2010): 21, 230-238.

<sup>243</sup> Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1), 46.

<sup>244</sup> Wicks, E., *The right da Life and Conflicting Rights of objection is actu the Others* (Oxford University Press, 2010), 19.

<sup>245</sup> Wicks, E., *The right da Life and Conflicting Rights of the Others* (Oxford University Press, 2010), 125.

<sup>246</sup> R. Jo Kornegay, Hursthouse’s Virtue Ethics and Abortion: Abortion Ethics without Metaphysics? *Ethic Theory Moral Prac* (2011), 14:51–71, DOI 10.1007/s10677-010-9230-2.



могућности и повећану свијест о моралном значају, чак и морални статус медицинским роботима.<sup>247</sup> У том смислу, Ворен тврди да евентуална технолошка могућност обезбјеђивања вјештачких утроба не би могла да установи моралну обавезу према нерођеном дијетету. У складу са тим, она одбацује критеријум виабилитета сматрајући да би нас он присилио да “учинимо опасан искорак између технолошке могућности и моралне обавезности”.<sup>248</sup>

Што се тиче концепта моралног статуса, виабилитет је стадијум на којем нерођено дијете постаје способно за преживљавање ван утробе, што у већини случајева захтјева мање напора (обавеза) према његовом/њеном преживљавању. Вјероватноћа да преживе повећава им се природно, или путем вјештачког третмана за одржање. Мајка постаје замјенљива и њене обавезе су мање од те тачке. Дакле, стварне обавезе моралних субјеката, у односу на виабилно нерођено дијете, могу бити само мање у поређењу са обавезама према дјетету у стадијуму прије виабилитета. Такође, није јасно како виабилитет утиче на садржај или обим интереса пренаталног живота. Зато, није могуће тврдити да моралне обавезе, које почивају на интересима, се повећавају стицањем виабилитета. Нити је могуће тврдити да нерођено дијете уопште нема интересе. Сходно томе, виабилитет би могао бити одбачен као ирелевантан према концепту моралног статуса. Уколико прихватимо виабилитет као одлучујућу одредницу правног субјективитета, то би подразумевало да прихватамо да модерна технологија заузима централно мјесто за одређивање нечијег моралног статуса. Сљедствено, требали бисмо тврдили да пацијенти који су неспособни за преживљавање, без вјештачке подршке, су искључени из моралне агентуре, без обзира на стање чула или свијести (ово се такође односи и на техничког човјека). Што се тиче уско дефинисаног виабилитета, друга етичка примједба произилази. Наиме, природни виабилитет није временски одређена тачка на развојном путу.<sup>249</sup> То је потенцијални резултат који зависи од различитих фактора, клиничких и социјалних и који може бити потврђен тек након рођења.<sup>250</sup> Дакле, није поуздан критеријум за одређивање почетка заштите права на живот. Ми не можемо знати да ли је одређено нерођено дијете било виабилно или није, без обзира на гестацију.

---

<sup>247</sup> Gunkel J. David, *The Rights of Machines: Caring for Robotic Care-Givers at Machine Medical Ethics* (Ed), Simon Peter van Rysewyk, Matthijs Pontier (Springer International Publishing Switzerland 2015), 151 – 166,

<sup>248</sup> Warren Anne Mary, *The Moral Significance of Birth*, *Hypatia* (1989): 4, 46-64.

<sup>249</sup> Pickles Camilla, *Personhood: Proving Significance of the Born a Жив Rule with Reference да Medical Knowledge of Fetal Viability*, *Stellenbosch Law Review* (2013), 146-164.

<sup>250</sup> *Ibid.*

Можемо само претпоставити. Како било, претпоставке нису погодно тло за утемељење основних права. У правно спорним ситуацијама, презумпције подразумјевају употребу приступа „у корист сумње“ који није прихватљив начин за рјешавање спорих питања у веома осјетљивим областима.

#### **3.2.4. Рођење као критеријум правног субјективитета**

Друга персонистичка теорија је предложила рођење као одредницу правног субјективитета. Употреба овога критеријума је правно прихваћена широм Европе гдје сачињава необориву презумпцију правне фикције о личности. За разлику од претходно предложених одредница, рођење се не може сматрати карактеристиком кандидата за стицање правног субјективитета. Оно није повезано ни са једном способношћу, или капацитетом ентитета чији правни субјективитет почива на њему. То је биолошки догађај који происходи из мајчиних тјелесних способности. У биолошком смислу, рођење означава тачку од које се структурална позиција људског бића дефинитивно мијења. Оно није више искључиво зависно од тјелесних функција незамјенљиве индивидуе. Такође, од овог момента, људско биће почиње да се социјализује и ступа у интеракцију са члановима друштвене заједнице. Ворен сматра да су социјална интеракција и самосвијест есенција правног субјективитета. Судаћи по њеним ставовима, личност уобичајено долази у постојање само у, и кроз друштени однос.<sup>251</sup> Капацитети за самосвијест, који почивају на “људским искуствима”, такође се тада развијају. Очигледно, теорија рођења одлучујуће почива на следећа два аргумента: први се односи се на структуралну позицију која је промјењена кроз овај догађај, док се други односи се на чланство у нашој друштвеној заједници.

Што се тиче првог аргумента, он се заснива на критеријуму зависности од помоћи. Обично, теорија рођења у ЕХ-У правном дискурсу преобладајно почива на гестацијској конекцији која доноси структуралну диспозицију пренаталном људском животу. Суштински, он почива на претпоставци да онај који доминира има неограничена овлашћења над беспомоћним. Таква позиција, наравно, не може се засновати ни на једној главној етичкој теорији;<sup>252</sup> то је конструкција различитих исам-а. Судаћи по Харје,

---

<sup>251</sup> Warren Anne Mary, *The Moral Significance of Birth*, *Hypatia* (1989): 4, 46-64.

<sup>252</sup> Solbakk, J.H. 2011. *Vulnerability: A futile or useful principle in healthcare ethics?* In *Sage handbook of health care ethics*, ed. H. ten Have, R. Chadwick, and E. Meslin. Beverley Hills, CA: SAGE.

рањивост је конститутивни елемент дигнитета.<sup>253</sup> Како тумачи Карнеин , овлашћење гравидне жене да одбије да асистира, искључује ембрионе из заштите права на живот.<sup>254</sup> Истовремено, овај аутор не пориче да особе требају заштиту највише “када су још увијек рани ембриони.”<sup>255</sup> Употреба овога аргумента је спорна у односу на недоношчад који такође захтијевају помоћ да одрже виталне функције и *in vitro* ембриони који нису животни зависан од асистенције незамјенљиве индивидуе. Што се не односи на доношчад, дјецу која су рођена на вријеме. Критика коју је дала Викс, против чињења правног субјективитета и припадајуће заштите зависним од стања модерне технологије и њене доступности одређеном фетусу,<sup>256</sup> такође исто важи и овдје. Што се тиче *in vitro* ембриона, они би могли имати бенефит од временске разлике између фертилизације и гестације, зато што не постоје више незамјенљиве индивидуе о чијој помоћи њихова егзистенција почива. Зато, *in vitro* ембриони не зависе од тјелесне функције незамјенљиве индивидуе, и засигурно су у бољој структуралној позицији у поређењу са позицијом *in vivo* ембриона. Такође, посредством одређене технике могуће је одстранити ембрион из жениног тијела (за потребе преимплантантне генетске дијагностике или чак трансфера у другог примаоца), што такође утиче на његов правни статус.<sup>257</sup> Уколико прихватимо да правни субјективитет и припадајућа заштита зависи од стања модерне технологије онда, судећи по Ворен, која се противи тој могућности, смо присиљени да учинимо искорак од технолошке могућности ка моралној обавезности.<sup>258</sup> Значај рођења је сведен само на нормативну, и како се приближавамо вјештачкој замјени за женино тијело, рођење губи чак такав значај, “и зачеће може да заузме своје мјесто.”<sup>259</sup> Дакле, рођење је врста друштвене иницијације, која је значајна некима као што је другима крштење или обрезање. Одрживост предметног критеријума може се посматрати из аналогне перспективе која се односи на питање: када заштита престаје да постоји? Као што је већ речено у вези техничког човјека, није далеко од реалности да се нечији дијелови тијела и

---

<sup>253</sup> George Harris, *Dignity and vulnerability: Strength and quality of character* (Berkeley-Los Angeles: University of California Press 1997).

<sup>254</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 17.

<sup>255</sup> *Ibid*, 61.

<sup>256</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 19.

<sup>257</sup> Ford Mary, *Evans v The United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?* *Human Rights Law Review* (2008): 8(1), 182.

<sup>258</sup> Warren Anne Mary, *The Moral Significance of Birth*, *Hypatia* (1989): 4, 46-64.

<sup>259</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 24.

органи, замјене вјештачким справама.<sup>260</sup> Иако тај ентитет није способан да преживи без асистенције, видјели смо да Ворен тврди, да бисмо били морално обавезани додијелити им морални статус и припадајућу заштиту права на живот због њихових менталних и бихевиоралних капацитета који су упоредиви са нашим.<sup>261</sup> Такође, пацијенти у коми су у радикално „помоћ-зависној“ позицији. Нити на једној од ових ситуација структурална диспозиција не искључује беспомоћне из заштите права на живот, или из статуса дигнитета.

Што се тиче другог аргумента, он почива на значају локације. У том смислу, Кевон сматра да је “правни статус нерођеног, *in vivo* дјетета, преписиван чињеници да се налази у утерусу, радије него у чињеници да је нерођено дијете.”<sup>262</sup> Судаћи по Ворен, није промјена локације то што рођење чини морално значајним, значајним га чини то што представља “улазак у социјални свијет”<sup>263</sup> који позива на *јачу* заштиту новорођенчета. Али, социјалне способности новорођенчета су једнаке способностима *in vivo* или *in vitro* ембриона. Социјална интеракција коју новорођенче узрокује има исти садржај као што је имао и у моменту у којем је мајка постала свјесна трудноће. Због тога, не видим како такав улазак може да раздвоји новорођенче од *in vivo* или *in vitro* ембриона на морално и правно значајан начин.

Имајући у виду, да се социјалне способности новорођенчета не разликују од способности нерођеног дјетета, непосредно прије рођења, или рођење нема значај за правни субјективитет или је инфантицид нешто једнако абортусу. У том смислу, Толи прихвата да рођење не може да направи разлику у моралном статусу.<sup>264</sup> Како било, он тврди да нити су абортус, нити рани инфантицид, озбиљно погрешни зато што, судаћи по њему, ентитет не може имати *снажно* право на живот, осим уколико је способан да жели сопствену континуирану егзистенцију. Таква способност даље захтјева да ентитет посједује концепт о себи као о континуираном субјекту свјесног искуства.<sup>265</sup> Такође, критеријум рођења не може се оправдати ни под теоријом о персоналном идентитету. Мекмахан објашњава да, према ономе што назива *Psychological Account* (варијанта унутар

---

<sup>260</sup> Baker Rudder Lynne, Big-Tent Metaphysics , Abstracta SPECIAL ISSUE I, 2008, 9.

<sup>261</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000).

<sup>262</sup> Keown John, *The human embryo in vitro: person, chattel, or dolphin?* in *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Људску животом* , (Oxford University Press 2012), 197.

<sup>263</sup> Warren Anne Mary, *The Moral Significance of Birth*, *Hypatia* (1989): 4, 46-64.

<sup>264</sup> Tooley Michael, *Abortion and infanticide*, (Oxford: Oxford University Press 1983), 41.

<sup>265</sup> Ibid.

теорија о персоналном идентитету) постојање није почело све до одређеног момента у којем се формира физички организам, што се догађа у каснијим стадијумима трудноће.<sup>266</sup> У супротном, признавање правног субјективитета по рођењу без “тачке између рођења и зачећа која је довољно значајна да означи почетак егзистенције нове индивидуе, чини се да би неко морао да закључи да је ова индивидуа почела постојање зачећем (у сврху потпуности требало додати да није почео да постоји прије зачећа).”<sup>267</sup> Такође, Гублини и Минерва тврде да тзв. „абортус након –рођења“ (убијање новорођенчета) треба бити дозвољено у свим случајевима у којима је дозвољен абортус, укључујући случајеве када новорођенче није са недостатком. Они темеље овакву тврдњу на сљедећим аргументима:<sup>268</sup>

- (1) фетуси и новорођенчад немају исти морални статус као стварне особе,
- (2) чињеница да су и једни и други потенцијале особе морално је ирелевантана и (3) усвојење није увијек у најбољем интересу стварних људи.

Теорија рођења суочава се са снажним критикама и од стране супротног крила дебате о абортусу. Кевон је добро представио правни значај рођења у свијетлу научних открића. Он тврди: “Уколико би било зачето двоје *in vitro* дјете и оба нарасту до 40-те недеље, да ли би закон могао разумно препознати првог као личност, само зато што су се он или она живи родили, али не и другог?”<sup>269</sup> Критеријум рођења не може избјећи критику арбитрности. Наиме, рођење као и фертилизација, није догађај – то је процес. Тај процес значајно се разликује уколико се одвија природно, у односу на то када се одвија путем царског реза. Постоји неколико тачака у процесу природног рађања које би могле бити узете за граничну линију између личности и неличност као што су: дилатација и отварање материце (рани трудови, активни трудови, транзиција), одвајање, пресјецање пупчане врпце, изbacивање плаценте, први дах, први плач и тако даље. Сада, која тачка треба бити морално и правно толико значајна да би била основ за тако значајну дистинкцију, и зашто? У крајњој линији, бирање било које од њих је арбитрарна одлука. На примјер,

---

<sup>266</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 46.

<sup>267</sup> Ibid, 7-8.

<sup>268</sup> Giubilini Alberto, and Minerva Francesca, *After-birth abortion: why should the baby live?* <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full.pdf+html> (March 2016).

<sup>269</sup> Keown John, *The human embryo in vitro: person, chattel, or dolphin?* in *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Људски живот*, (Oxford University Press 2012), 198.

уколико се опредјелимо за критеријум окончаног рођења (крај процеса који резултирао са живорођеним дјететом), неко би могао изнијети сличне примједбе на овај критеријум као што је Бонин то учинио на критеријум завршене фертилизације.<sup>270</sup> Ова анализа указује да постоје значајне примједбе на морални значај рођења, као и сљедствену могућност проширења пренаталних права на дјечије животе.<sup>271</sup>

### 3.2.5. Способност наметања обавезе и ПРЛ

Друга перспектива у вези питања правног субјективитета је предложена од стране приступа који се фокусира на прву моралну презумпцију. Према њему, морални агенти су само они који могу имати очекивања од нас, тј. они који могу наметнути обавезе нас.<sup>272</sup> У сагласности са овом перспективом, личност је одређена као формална категорија, што представља формалну посвећеност њеној заштити. Како било, главна примједба овом приступу правном субјективитету остаје. Наиме, не постоји разумно образложење зашто штитимо окружење на корист неких иманентних будућих генерација и прихватамо да нам оне могу наметнути обавезе, док истовремено негирамо тај капацитет предстојећим генерацијама које су већ међу нама?<sup>273</sup>

Скорија теорија је надоградила овај приступ аргументом потенцијалности (што ће бити елаборирано касније). Једна од верзија унапређеног древног аргумент је тзв. Принцип резерве према личности (ПРЛ),<sup>274</sup> који сугерише да наша посвећеност према личности тражи од нас да усвојимо позитиван став према стварању личности. Карнеин тврди да наша посвећеност особама неће рећи само како да цијенимо и третирмо ембрионе који заправо заврше као особе, већ ће нам дати грубе смјернице о томе како да мислимо о ембрионима који имају разумну шансу да постану личности, тј особе.<sup>275</sup> Могло би се рећи да, иако искључује ембрионе из заштите права на живот зато што нису личности, ПРЛ им додјељује одређену моралну вриједност због њиховог типичног капацитета. Разлог због којег ембрионима не би требало дати заштиту права на живот,

---

<sup>270</sup> Boonin also makes distinction between those two notions in Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003).

<sup>271</sup> *CF* Lawrence Torcello, *A Precautionary Tale: Separating the Infant from the Fetus*, *Res Publica* (2009), 15:17–31 DOI 10.1007/s11158-008-9060-4.

<sup>272</sup> Steinbock Bonnie, *Life before birth: The moral and legal status of embryos and fetuses*, (Oxford: Oxford University Press 2011).

<sup>273</sup> Погледати DeGrazia David, *Obligations to Future Generations in Creation Ethics: Reproduction, Genetics, and Quality of Life* (Oxford University Press 2012), 198-220.

<sup>274</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), ,17.

<sup>275</sup> *Ibid.*

према Карнеин, налази се у њиховој структуралној позицији у којој жена која их носи може одбити да асистира. Суштински, њен аргумент за недавање правног субјективитета ембрионима је у чињеници да би њихово право на живот могло бити ограничено у корист интереса друге личности. Али, право на живот и није апсолутно право и оно може бити ограничено такође и признатим особама. Из перспективе концепта о моралном статусу, структурална позиција није од значаја.

### 3.2.6. Градуалистичко поимање правног субјективитета

Сљедећа, иако не оригинална, перспектива је градуалистичко поимање правног субјективитета. Није оригинална пошто је већ примјенљивана у законима. На Уставној Конвенцији било је договорено да се црнци броје као да су „3/5 личност.”<sup>276</sup> Са друге стране, имајући у виду, да ниједан критеријум који личности доноси морални значај се не појављује одједном у пуном капацитету; градуализам је у суштини овога система. Као Аристотел,<sup>277</sup> Парфит тврди да постоји транзициони процес од људског бића до личности који траје и састоји се од степени.<sup>278</sup> Слично као Парфит,Квин дефинише да:“постајање стварне особе може да буде процес у времену. Током тог процеса будућа особа долази у постојање, у свијет, постепено. Онтологија у питању тога укључује идеју о обиму у којем је нека индивидуа у датом тренутку постала у потпуности, стварна или реална—или. .. степен у којем већ у потпуности постоји.”<sup>279</sup> Чини се да Векс, такође, подржава градирани правни субјективитет када запажа да “ да је почетак људског живота процес, не неки догађај, и напредак је релативно континуиран кроз девет мјесеци трудноће и, круцијално, након тога”.<sup>280</sup> Због тога, осим дистинкције између морално значајних личност-људи и морално безначајних не-личност-људи, персонизам такође уводи разлику између личности којима је додјељен пуни морални статус и оних којима није. Сапонзис је сматрао, да “постоје различити степени моралне димензије статуса личности, тј., морални статус дјецe, у многим инстанцама, жена, сиромашних, и изгредника.”<sup>281</sup> Судаћи по његовом мишљењу, “бити личност није само имати право на живот већ и права на дигнитет и

<sup>276</sup> Levinson Sanford “Who counts?” “Sez who?”, *Saint Louis University Law Journal* (2014): 58, 938-943.

<sup>277</sup> Aristotle, *History of Animals Books I-III* (Loeb Classical Library No. 437),

<sup>278</sup> Parfit Derek, *Reasons and Persons* (Oxford: Clarendon Press 1984), 322.

<sup>279</sup> Quinn Warren, Abortion: Identity and Loss, *Philosophy and Public Affairs* (1984): 13, 24 –54.

<sup>280</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 17.

<sup>281</sup> Sapontzis F. Steve, A Critique of Personhood, *Ethics*, (1981): 91, 610, note 9.

испуњен живот (...)”<sup>282</sup> Али, он је нагласио да је право на живот најосновије право,<sup>283</sup> због чега је искључено из било каквог градуализма, што се односи и на његову заштиту.

Швајцер је снажно критиковао градуализам моралног статуса. Он је тврдио да су сви покушаји сортирања живих ствари, унутар група чији чланови имају различит морални статус, опасни и погрешни.<sup>284</sup> Швајцер тврди да, једном када дозволимо градирање морала, “долази сљедећи став да може постојати живот који је безвриједан, чија повреда или деструкција није битна. Онда, у категорију безвриједног живота треба укључити, у зависности од околности, различите врсте људи, или примитивне људе.”<sup>285</sup> Такав Швајцеров аргумент је оквалификован као “клизав”, од стране неких.<sup>286</sup> Судајући по Ворен, такви аргументи не праве никакву дистинкцију између изворне идеја и њених логичких или психолошких посљедица.<sup>287</sup> Швајцер очигледно подразумијева да дистинкције у моралном статусу (оригинална идеја) води према прихватању идеје о мањој вриједности људских живота (посљедица оригиналне идеје). Осим чињенице да су Швајцерове скепсе историјски доказане, засигурно би људски животи били градирано као значајни или мање значајни уколико се прихвати градирано морално и правно статус. Ово је нарочито случај када је у питању почетак заштите права на живот. Бикамп, такође одбацује степености правно субјективитет који је заснован на градираном моралном статусу. Она тврди да: “Гдје је некој индивида додијељен директни морални обзир, он није сачињен од степени.”<sup>288</sup> Због тога, Воренина примједба не може да искључи Швајцеров аргумент, што се тиче предмета овог истраживања. Не видим ниједан неодољив морални разлог за преиспитивање правног стандарда о категоричној и једнакој заштити основних права. Реган, такође инсистира да градуализам није одржив зато што подразумијева да морални статус почива на “одређеном скупу врлина, или изврности”, а не на вриједности која је урођена моралним агентима. Он тврди да, било који други основ за морални статус, различит од урођене вриједности, је арбитражан и “може се тврдити да је било шта, као што је богатство или припаданост ‘правој’ раси или полу..”<sup>289</sup>

---

<sup>282</sup> Ibid.

<sup>283</sup> Ibid.

<sup>284</sup> Schweitzer Albert, *Out of My Life and Time: An Autobiography* (New York: Holt, Rinehart & Winston, 1933).

<sup>285</sup> Ibid, 233.

<sup>286</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000).

<sup>287</sup> Ibid.

<sup>288</sup> Beauchamp T (1999), The failure of theories of personhood. *Kennedy Inst Ethic* 9(4): 309–324

<sup>289</sup> Regan Tom, *The case for animal rights*, (Berkeley: University of California Press 1983), 233,234.



Живојиновић такође приговара градуалистичком приступу питању правног субјективитета, тврдећи да биолошки развој не треба утицати на стицање вишег моралног статуса и правно признање.<sup>290</sup> Она сматра да логична последица таквог признања подразумејева прихватање аристотеловске “одгођене хуманизације”.<sup>291</sup>

### 3.2.7. Ко је персонистичка личност?

-то је ентитет са довољно великим мозгом способним да имитира образце понашања установљене унутар доминантне људске друштвене заједнице

Судећи по Перинг, психолошка својства су основ за раздвајање између онога што он назива *општим*, и *посебним* правним субјективитетом.<sup>292</sup> У односу на морални значај когнитивних способности, Сингер тврди да бисмо “требали напустити нашу вјеру у једнаку вриједност људског живота, зато што људи не посједују једнаке когнитивне способности”.<sup>293</sup> Сингер сматра да ментални недостаци сврставају људе у нижи морални статус зато што нису “ми”.<sup>294</sup> Још аблеистичкија тврдња је да дигнитет произилази из когнитивних капацитета.<sup>295</sup> Овај аутор, такође, уочава значајну подударност својих позиција са нацистичким, али он одбацује могућност понављања холокауста због данашњих историјских околности. Чини се да Сингер сматра, да је холокауст био нешто погрешно само због величине, а не због суштине (дехуманизација људи у циљу да оправда њихово уништење). Имајући у виду, да овај аутор пропушта да објасни како недостатак когнитивних способности лишава некога из концепта моралног статуса, и на који начин ниже способности негативно утичу на морални статус, не намјеравам даље разматрати такву позицију. Може се закључити да, уколико прихватимо когнитивне способности као одреднице правног субјективитета, било би их неопходно прво измјерити у циљу одређења да ли је неко био личност у релевантно вријеме. Сходно томе, правна заштита таквог правног субјективитета била би веома тешка. Такође, било би веома тешко заступати да су физички квантитативне разлике пресудно важне у моралном и правном смислу. Наиме, разлике у когнитивним способностима између нерођеног дјетета у

---

<sup>290</sup> Живојиновић Драгица, *Правни положај нерођеног детета* (Крагујевац: Inter Print 2009), 25.

<sup>291</sup> Ibid.

<sup>292</sup> Perring Charles, Degrees of Personhood, *The Journal of Medicine and Philosophy* (1997): 22,1997.

<sup>293</sup> Singer Peter, Speciesism and Moral Status, *Journal compilation Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd*, (2009), 567.

<sup>294</sup> Ibid. 573.

<sup>295</sup> Ibid, 578.

другом/трећем триместру, и парадигматске личности произилази из мањег мозга ових првих. Не постоје квалитативне или структуралне разлике између њихових мозга.<sup>296</sup> Прихватање когнитивних способности за одредницу правног субјективитета подразумејева да прихватамо да је величина заиста битна. Имајући у виду, да разлика између мозга модерног човјека и шимпанзе није у вези са структуром, већ само у вези са величином,<sup>297</sup> чини се да је величина стварна одредница правног субјективитета. Величина тијела је сматрана релевантном од стране Груб, који тврди да “(...) не може се озбиљно тврдити да замрзнут двоћелијски, четвороћелијски или осмоћелијски ембрион (...)”<sup>298</sup> завређује било коју врсту правног субјективитета. У *Davje v Davje*<sup>299</sup> Врховни Суд у Тенесију такође је приписао правни значај величини. На основу извјештаја *American Fertility Society* “*Етичке расправе о новим репродуктивним технологијама*” ,Врховни Суд Тенесија је сматрао да је пренатални живот у стадијумду у којем има 32 ћелије сличнији вишећелијском ентитету, “него лабавом скупу идентичних ћелија”,<sup>300</sup> када је разматрао да ли се у правном смислу, рани ембрион (у оквиру првих 14 да након фертилизације) разликује од неког ембриона у каснијем стадијуму.

Након несрећног бављења питањима из развојне биологије, изгледало је као да су филозофи начинили пун погодак са когнитивним наукама. За разлику од развојне биологије која је објаснила када живот почиње, научници из области когнитивних наука, и научници из повезаних дисциплина, још увијек настоје да ухвате нематеријалне неодредљивости у мозгу. Ово је веома плодно тле за *креативне идеје* о томе шта ми суштински јесмо. Филозофи су истакли различите теорије о томе како когнитивне способности (ум, свијест, интелект), функционишу и која је њихова природа, у циљу да објасне зашто су толико важне да завређују морални обзир и заштиту. У том смислу, Денет критикује незнаљачко мијешање унутар питања когнитивних наука од стране

---

<sup>296</sup> Погледати Volpe J. Joseph, *Neurology of the Newborn*, 4th ed. (Philadelphia: Saunders, 2001), ch. 2.

<sup>297</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 2.

<sup>298</sup> A Grubb, *The legal status of the frozen human embryo*, in *Challenges in Medical Care* (ed), A Grubb (John Wiley & Sons, 1992), 75.

<sup>299</sup> *Davis v Davis* 842 SW 2d 588 (1992).

<sup>300</sup> *Ibid.* para 38.

филозова. Он их назива „сјецикесама“.<sup>301</sup> Еделман, такође, тврди да већина теорија изложених од стране филозофа не садрже обиљежја неопходна за научну теорију.<sup>302</sup>

#### 4. РЕАЛНОСТ ПРОТИВ ФИЛОЗОФСКИХ И ПРАВНИХ ФИКЦИЈА

У односу на филозофске фикције у наредним разматрањима посветићу пажњу реактуелизовним ставовима- да смо ми суштински нематеријална ментална бића.<sup>303</sup> Ови реактуелизовни ставови су у одређеној мјери подржани од стране технолошког напретка. На примјер, неке од предложених когнитивних карактеристика су природно повезане са биолошким ентитетом, али из данашње перспективе неке од њих могу постојати одвојено од биолошког ентитета. На примјер, Локов приједлог који се односи на сјећања о властитим искуствима, или Парфитов приједлог психолошког континуитета и повезаности (везе између сјећања, жеља, намјера и њиховог испуњења)<sup>304</sup> не захтевају континуитет нумерички идентичног људског тијела. “Ово нам може показати у чему је персонални идентитет садржан; не у идентитету супстанце, већ, као што сам рекао, у идентитет у свијести...”<sup>305</sup> Чак шта више, у смислу модерне технологије, оне уопште не требају биолошко тијело. Умјето тога, оне могу бити подржане мегабајтима или гигабајтима меморије која може бити складиштена на УСБ-у. Ако буду интегрисане у неки темплејт вјештачке интелигенције чак би било могуће ступити у интеракцију са њима. Слично, Денет тврди да је свијест аналогна компјутерском софтверском програму, гдје је мозак у улози хардвера.<sup>306</sup> У том случају, мој *Фејсбук* профил може дати довољно информација за умножавање дијела мене који је личност.

---

<sup>301</sup> Dennett Daniel, The Part of Cognitive Science That Is Philosophy, *Topics in Cognitive Science* (2009): 1, 231–236

<sup>302</sup> Edelman Gerald, Consciousness: The remembered Present, *Annals of the New York Academy of Sciences* (2001): 929, 111-122

<sup>303</sup> Погледати Jaegwon Kim, *Mind in a physical world*, (Cambridge: MIT Press 1998); Mills Eugene, Interactionism and physicality. *Ratio*, (1997): 10(2), 169–183; Lycan William, Giving dualism its due. *Australasian Journal of Philosophy*, (2009): 87(4), 551–563; Swinburne Richard, Substance dualism, *Faith and Philosophy*, (2009): 26(5), 501–513; Hart William *The engines of the soul*, (Cambridge: Cambridge University Press 2009); Vasilyev Vadim, The hard problem of consciousness’ and two arguments for interactionism, *Faith and Philosophy*, (2009): 26(5), 514–526; Zimmerman Dean, From property dualism да substance dualism, *Aristotelian Society Supplementary Volume*, (2010): 84(1), 119–150; Robert C. Koons, George Bealer, *The waning of materialism*, (Oxford: Oxford University Press 2010); Mark C. Baker and Stewart Goetz, *The soul hypothesis: Investigations into the existence of the soul* (New York: Continuum 2011). Lara D. Francisco, Should we Sacrifice Embryos да Cure People? *Human Affairs* (2012): 22, 623–635, Doi: 10.2478/s13374-012-0050-z.

<sup>304</sup> Parfit Derek, We Are Not Human Beings, *The Royal Institute of Philosophy* (2012), 5-28.

<sup>305</sup> Locke John, *Essay Concerning Human Understanding*, Book II, chapter XXVII *Of Identity and Diversity* 62.

<sup>306</sup> Dennett C. Daniel, *Consciousness Explained* (London: Penguin, 1991), 209-26.

Став дуализма је да *conceptus*-у не може бити признато право на живот зато што му недостају карактераистике које завређују морални обзир. Таква позиција почива на три концептуалне премисе. Прва премиса је немогућност *conceptus* –а тј. пренаталног живота уопште, да испуни критеријуме правног субјективитета (да стекне релевантне особине); друга премиса је да је правни субјективитет одређен метафизиким-нематеријалним карактеристикама *што га чини суштински метафизичком у нарави*; и трећа премиса сматра да је правни субјективитет предуслов за заштиту права на живот. Прва и друга премиса спадају у филозофске фикције, док трећа претендује на категорију правних фикција.

#### **4.1. Прва премиса : *conceptus* не може испунити критеријуме правног субјективитета**

Што се тиче прве премисе, видјели смо да она не стоји у односу на већину предложених одредница правног субјективитета. Уколико прихватимо да правни субјективитет почива на когнитивним способностима, или било којем другом предложеном критеријуму, морамо прихватити да је сваки од њих сачињен од степени, и сваки од њих може бити посједован од стране не-људи. Прво значи да је одређени степен релевантних карактеристика настао у пренаталом стадијуму. Не постоји поуздан доказ да се релевантне карактеристике суштински мијењају током развојног пута између њихове појаве и рођења. Постоје докази да се промјена односи на квантитет, не на квалитет. Такође, релевантне особине осцилују током живота у квантитативном смислу. Сходно томе, степен постнаталне заштите не би требао да буде конзистентан и категоричан, што је морално и правно неодбрањива позиција. Што се тиче другог значења, Ворен уводи разлику између емпиријски правног субјективитета (посједовање карактеристика укључујући и оне који су захтјевани за моралну агентуру) и моралног правног субјективитета (посједовање права).<sup>307</sup> Она сматра, да је емпиријски правни субјективитет довољан, али не и неопходан, за морални правни субјективитет: “неким свјесним бићима којима недостаје морална агентура (тј., нису емпиријске особе) може бити одобрен морални правни субјективитет све док то не лишава емпиријске личности одређених

---

<sup>307</sup> Warren Anne Mary, The Abortion Issue, in *Social and Personal Ethics*, (ed.), William H. Shaw Belmont, (CA: Wadsworth, 1996), 127–36.

права.”<sup>308</sup> Сада је јасно да се морална агентура не може искључиво задржати за постнаталне људе, тј. да треба бити призната и не-људима. Како било, остаје спорно од које тачке пренатални људи треба да буду заштићени?

## 4.2. Друга премиса : метафизика-нематеријална личност

Што се тиче друге премисе она се састоји од двије повезане презумпције. Прва презумпција је да је правни субјективитет суштински метафизичка ствар, а друга презумпција је да су метафизичке особине нематеријалне природе .

### 4.2.1. Прва презумпција: метафизички ексклузивитет

Ова презумпција уводи разлику између моралног концепта (који је мјерљив и означава статус), и метафизичког концепта (који је описан и означава одређену врсту ствари), а који су оба уобичајено обухваћени у оквиру појма “личност”. Дефинисање правног субјективитета као да је сачињен од моралног и метафизичког концепта и подложно је снажној критици. У том смислу, Сапонзис наводи да та два концепта имају различите функције, садржаје, и контрасте, и да “не постоји кредибилна теорија значења која може бити употребљена да је подржи”.<sup>309</sup> Повезаност је начињена од стране “хуманистичке, егалитаристичке моралности”, по којој је нечији идентитет то што завређује оба концепта. Он сматра да је једини идентитет који се ту појављује чланство у врсти, који он назива “раширени идентитет”. Сапонзис тврди да не постоји: “логиголингвистичко, односи се на правила логике или лингвистике; емпиријско, односи се на институције, осјећања, или феноменолошке доказе; или трансцедентално, односи се на неопходне услове за могућу моралност”,<sup>310</sup> образложење да оправда “зашто два термина са различитим значењима се, и поред тога, односе на скуп истих бића”.<sup>311</sup> Због тога, он сматра да је “раширени идентитет” арбитран. Сходно наведеном, дефинисање правног субјективитета само унутар метафизичког-нематеријалног контекста избјегава овај снажни критицизам. Како било, треба бити истражено да ли је одбрањиво дефинисати правни субјективитет као да је одвојен од биолошког идентитета.

---

<sup>308</sup> Ibid.

<sup>309</sup> Sapontzis F. Steve, A Critique of Personhood, *Ethics*, (1981): 91, 611.

<sup>310</sup> Ibid.

<sup>311</sup> Ibid.

#### 4.2.2. Друга презумпција: особине нематеријалне природе

Нити систем хуманизма, нити систем персонизма, негирају да смо живи ентитети. Почевши од ове неспорне чињенице, требали бисмо разматрати да ли је могуће бити жив човјек, а не посједовати живот. Није спорно да биолошка компонента људског бића је жива од зачећа па надаље, тј. да тзв. људска животиња постоји.<sup>312</sup> Оно што је спорно у теорији је, на којој тачки људско биће стиче живот који је вриједан заштите? Неки тврде да сваки живи ентитет има живот који завређује заштиту, док други тврде да просто биолошко функционисање није људски живот – биолошки ентитет људског поријекла треба да буде обогаћен са метафизичком компонентом како би имао људски живот који је законом заштићен. Судаћи по првој, монистичкој позицији, људско биће је људски организам и сваки живи човјек има живот. Мекмахан одбацује овај приступ зато што, судаћи по њему, то би подразумевало да неко наставља да постоји као леш након смрти.<sup>313</sup> Судаћи по другом, дуалистичком приступу, људски живот (тј. живот личности) садржи двије компоненте – физичку и метафизичку.<sup>314</sup> Под овим приступом могуће је бити жив човјек, али и не посједовати живот. Постоје двије верзије дуалистичког погледа на људску суштину. Сарле их означава као “материјални дуализам”, који се односи на увјерење да су ум и тијело двије различите врсте материје, и “дуализам власништва” који се односи на увјерење да су „ментални“ и „физички“ двије различите врсте својстава или особина које омогућавају једној супстанци да посједују и једну и другу.<sup>315</sup> Карактеристично “материјалном дуализму” и “дуализму власништва” је презумпција да су физичка и ментална компонента суштински битно различите. Сходно томе, когнитивне способности (ум, свијест, интелект) чине метафизичку компоненту која није објашњива у чисто физичким терминима. На овај начин ново питање (када живот почиње у сврху заштите права на живот?) које је иницирало развој персонизма разматрано је у теорији из призме повезаног онтолошког питања (метафизике идентитета): шта смо ми ако не биолошки ентитети?<sup>316</sup> Ова конфузија заправо има дугу историју, и била је филозофски обрађена од стране Аристотела, као и од стране Декарта, који се питао “Али шта, онда, сам

---

<sup>312</sup> Parfit Derek, *We Are Not Human Beings*, *The Royal Institute of Philosophy* (2012), 7.

<sup>313</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 30

<sup>314</sup> Погледати Baker Rudder Lynne, *Big-Tent Metaphysics Abstracta Special Issue* (2008), I, 12.

<sup>315</sup> Searle R. John, *The Mystery of Consciousness* (London: Granta Books 1997), xii.

<sup>316</sup> Olson T .Eric, *Was I Ever a Fetus?* *Philosophy and Phenomenological Research* (1997): 57, Olson T .Eric, *The Human Animal: Personal Identity without Psychology* (New York: Oxford University Press, 1997); Lynne Rudder Baker, “What Am I?” *Philosophy and Phenomenological Research* (1999): 59.

ја?”<sup>317</sup> Декарт је сматрао да је он нематеријални ум.<sup>318</sup> Његови ставови су коришћени као основа за филозофски приступ означено као декартизам, по којем је наша суштина нематеријални ум.

Улитимативна дистинкција између претпостављено нематеријалних когнитивних и материјалне тјелесне компоненте представља теоријске позиције класичног дуализма. Ова теорија претпоставља да смо ми суштински особе, неки ентитети који само окупирају тијела. Сходно томе, тијело је само претходник личности. Према позицијама класичног дуализма било би могуће нестати заједно са правом на живот из живог тијела,<sup>319</sup> што је радикална негација психо-физичког односа. У покушају да негирају фактички однос између ентитета који је означен као личност, и биолошког ентитета повезаног са њим (уколико уопште прихватимо да су они два различита ентитета), неки тврде да ми никада нисмо били *conceptus* или новорођенчад. Чак шта више, екстремна верзија овога приступа подразумјева да ми никада нисмо били рођени.<sup>320</sup> Сљедствено, абортус и инфантицид нас не могу убити.

Да бисмо провјерили да ли је предметна презумпција одбрањива, требали бисмо одговорити на питање да ли физичка носећа компонента живота, има капацитет да *створи* (као да је различита супстанца) или да надогради (као да је у питању развојно уређење властите каквоће) својства која чине метафизичку компоненту.<sup>321</sup> У том циљу, користећи темпорални критеријум и критеријум физичке условљености.

#### 4.2.2.1. Темпорални критеријум

Темпорални критеријум је коришћени да расвијетли да ли су претпостављене метафизичке карактеристике временски одвојиве од физичких активности мозга; критеријум физичке условљености је кориштен да се испита да ли су претпостављене карактеристике нематеријалне природе узрочно условљене. Темпорални критеријум неизбјежно се односи на питања из области биохемијских наука, и наука о когнитету као што је.. да ли су наше мисли узрок или резултат електричних можданих активности ?

---

<sup>317</sup> René Descartes, *Meditations on First Philosophy*, an English translation Cress A. Donald (Indianapolis: Hackett Publishing Co., 1979), 19.

<sup>318</sup> Ibid.

<sup>319</sup> Shoemaker Sydney, Personal Identity: A Materialist's Account, in *Personal Identity*, (ed.), Shoemaker Sydney and Richard Swinburne (Oxford: Blackwell 1984), 108-09.

<sup>320</sup> Погледати DeGrazia David, Persons, Organisms, and Death: A Philosophical Critique of the Higher-Brain Approach, *Southern Journal of Philosophy* (1999): 37, 424.

<sup>321</sup> Погледати also McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 7-14.

Суштина ових питања је шта долази прво? Имајући у виду, да ми не можемо измјерити да ли постоји временска разлика између потенцијално нематеријалних карактеристика и њихове физичке експресије,<sup>322</sup> можемо закључити да метафизички елементи нису временски одвојиви од физичке функције мозга (што је упориште за физички монизам и препрека за тврдњу да смо ми суштински психолошка-нематеријална бића). Због такве неодвојивости, чини се да су ум и повезане операције физичке. Али, наша тренутна немогућност да измјеримо евентуалне временске разлике не треба бити разлог за утемељење крајњег закључка о природи когнитивних способности.

Са ове тачке, чини се да мој закључак... на основу темпоралног критеријума не слиједи у односу на слободну вољу. У поређењу са другим појмовима, који описује људску вољу, кованица “слободна воља”, може обухватити све аспекте избора и жеља (биле оне рационалне, ирационалне, објективне, субјективне итд.). За разлику од ума или свијести, наша слободна воља чини се да је временски одвојива од реакција мозга. Судаћи по општим претпоставкама, одлука о чему мислити претходи наредним мислима. Након одлуке о чему мислити, или које емоције евоцирати, сљедствене физичке реакције се догађају. Вољност је једино дјело које не захтјева физички или рационални стимуланс. Она је покретач за себе. Феноменолошка тврдња да ментални догађаји немају ефекта на догађаје у природи не звучи тако убједљиво када је у питању слободна воља. Слободна воља упошљава когнитет и утиче на физичке функције изазивајући физичке догађаје,<sup>323</sup> али не зависи од било којег од њих. Засигурно, физички догађаји могу утицати на слободну вољу кроз механизме осјећаја, али не одлучујуће. Франкфурт, чак, сматра да слободна воља представља одредницу правног субјективитета.<sup>324</sup> У том смислу, сматрам да је слободна воља чак важнија од статуса личности. Слободна воља је кључна ствар у грађанскоправним и кривичноправним питањима. Кант је сматрао да је слобода једино право које је урођено, тј. које припада “сваком човјеку по основу његовог хуманума.”<sup>325</sup> Колико знамо, људска слободна воља је међу карактеристикама које су квалитативно одвојиве од воље не-људи. Не предлажем, на основу ове тврдње, да би наше евентуално незнање требало негативно утицати на морални статус или на однос према живим бићима.

---

<sup>322</sup> Rosenthal DM, *Dualism*, (Routledge Encyclopedia Philosophy 1998).

<sup>323</sup> For further discussion about mind-body interaction refer da Sangiacomo Andrea and Forge De La Louis, Non-Transfer Argument' for occasionalism, *British Journal for the History of Philosophy*, (2014): 22 (1).

<sup>324</sup> Frankfurt G. Harry, Freedom of the Will and the Concept of a Person, *Journal of Philosophy* (1971), 5-22.

<sup>325</sup> Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, an English translation by Mary Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 63.



Примједба на тврдњу о слободној вољи као да је нематеријална може бити аналогно заснована на Еделмановим условима које треба примјењивати у теоријама из области когнитивних наука.<sup>326</sup> Наиме, ако је слободна воља нематеријална, онда не би могла бити изведено из закона физике. Ово је у супротности са првим Еделмановом условом ( физички услов), који подразумјева да предложена теорија не би требало да се противи законима физике. На први поглед чини се да је тешко усагласити идеју о нематеријалној слободној вољи са тренутно валидним научним знањем. Али, слободна воља је емпиријски догађај. Доказ за то је доступан кроз емпиријске или кроз мисаоне експерименте. Иако постоји значајан скептицизам према употреби мисаоних експеримената у науци, мисаони експерименти који почивају на емпиријским чињеницама, и који су способни да дају емпиријске доказе, не могу се подвргнути тој критици.<sup>327</sup> Због тога, чак и ако је нематеријална, егзистенција слободне воље може бити научно доказана.

Проблеми са идејом о слободној вољи, као о нематеријалној људској карактеристици, настају када је тестирамо у односу на критеријум физичке условљености (*causal determinacy*). Прво, слободна воља подразумјева процес доношења одлуке. У том смислу, Денет каже: “Могуће је, колико знамо да су наше одлуке и потези уистину увећани, макроскопски ефекти квантумских неодредивости који се дешавају у нашем мозгу.”<sup>328</sup> Он тврди да “чак иако неодредивости у нашем мозгу, на субатомском квантум-механичком нивоу, наше су макроскопске одлуке и дјела сва одређена од стране њих самих; квантум ефекти могу да дјелују самоотказно, не и појачавајуће (...).” Судаћи по Кухл и Квирин, слободна воља није слобода од казуалних детерминанти, већ је слободан избор врсте понашања између бројних доступних опција, од којих је свака узрочно одређена од стране различитих објективних услова.<sup>329</sup> Чак шта више, процеси у мозгу иницирају неке од, ако не све, наших моторичких потеза чак прије него их постанемо свјесни.<sup>330</sup> Због тога, не само да је одлука одређена физичким догађајима, чини се да су

---

<sup>326</sup> Edelman Gerald, Consciousness: The remembered Present, *Annals of the New York Academy of Sciences* (2001): 929,111-122

<sup>327</sup> Stuart T. Michael, Cognitive Science and Thought Experiments: A Refutation of Paul Thagard’s Skepticism, *Perspectives on Science* (2014): 22(2), 264-287.

<sup>328</sup> Dennett C. Daniel, I Could not have Done Otherwise-So What? *The Journal of Philosophy*, (1984): 81(10), 557.

<sup>329</sup> Kuhl Julius and Quirin Markus, Seven steps toward freedom and two ways да lose it. Overcoming limitations of intentionality through Self-confrontational coping with stress. *Social Psychology*, (2011): 42, 74-84.

<sup>330</sup> Libet, B., Gleason, C. A., Wright, E. W., & Pearl, D. K. (1983). Time of conscious intention да act in relation да onset of cerebral activity (readiness-potential): The unconscious initiation of a freely voluntary act. *Brain*, 106(3),

све претходне опште представе о слободној вољи су погрешне. Судећи по неким, слободна воља је само илузија.<sup>331</sup>

Друго, да би смо били у стању да мислимо о нечему или да размотримо доступне опције морамо их прво бити свјесни (имати знање о томе или имати искуства са тим). Ово доводи слободну вољу у везу са свијешћу.<sup>332</sup> Декарт је сматрао да постоје материјалније ствари изван њега које су извори његових идеја, и којима су његове идеје биле сасвим сличне.<sup>333</sup> Уколико је он у праву, да наше идеје условљено почивају на материјалним стварима, онда не постоји ништа у нама што може бити нематеријално. Ова тврдња подразумјева да оригинална или креативна открића (за које је захтјевана слобода од било које врсте ограничења и акцију – слободну вољу) нису могућа. Нисам сигуран да ово није тачна тврдња.

У односу на оригиналности наших открића можемо се запитати: Шта смо икада изумили што нема свој еквивалент у природи? – Ништа. Сваки изум наше цивилизације сагласан је законима физике. Сва наша открића у области било које науке су само објашњења како су ствари установљене. Сада, да ли креативност- посљедње упориште слободне воље, је одређена спољним материјалним свијетом? Истраживања креативности су означила личне, когнитивне, развојне, и друштвене факторе, као услове креативности.<sup>334</sup> Рунко је дефинисао персоналну креативност као процес током којег је неки аспект искуства умишљајно трансформисан.<sup>335</sup> Слична дефиниција може се наћи код Хајман, по којем је креативност способност разумијевања, развијања, и исказавања нових односа.<sup>336</sup> Наведене дефиниције се састоје од три елемента: искуство, умишљајност – воља, и трансформација. Што се тиче искуства, чини се да наука није способна да открије његов неурални еквивалент.<sup>337</sup> Али, то што је означено као свјесно искуство настаје као резултат фактичких догађаја, што га сврстава унутар категорија физички зависних

---

623–642. Reference from Christophe le Mouëel, Self and the Paradox of Free Will, *Psychological Perspectives*, (2014):57, 27.

<sup>331</sup> Harris Sam, *Free will* (New York: Dover 2012), 45.

<sup>332</sup> Hallett Mark, Volitional control of movement: The physiology of free will, *Clinical Neurophysiology*, (2007): 118(6), 1179.

<sup>333</sup> Patterson Sarah and Cottingham John, Descartes on Nature, *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary* (2013): lxxxvii, 242.

<sup>334</sup> Barnaby Nelson and David Rawlings, Its Own Reward: A Phenomenological Study of Artistic Creativity *Journal of Phenomenological Psychology* 38 (2007), 217–255.

<sup>335</sup> Runco, M. A. (2010, January). Empirical possibilities of the personal theory of creativity. Paper deживred at the Create '10 conference at St. Luis, Costa Rica. Reference from Doyle L. Charlotte, Dimensions of the Creative Episode: Old Categories, New Perspectives *Creativity Research Journal*, (2011), 23(1), 51–59.

<sup>336</sup> Heilman M. Kenneth, *Creativity and the brain*, (New York: Psychology Press 2005).

<sup>337</sup> Chalmers DJ. The puzzle of conscious experience. *The Hidden Mind. Scientific American* (2002), 90-100.

догађаја. Ворен, која тврди да правни субјективитет није биолошки концепт, сматра да је капацитет посједовања свјесних искустава најосновнија одредница личности.<sup>338</sup> Судаћи по Барсалу, Кајл Симонс, Барбју и Вилсон, неуралне мреже шифрирају и складиште информације о повезаности између семантичке репрезентације, акција одређених објеката, које емоције или осјећања, неки објекат или идеја може изазвати, као и сјећања о сусретима са објектима, радњама, и концептима,<sup>339</sup> што значи да је искуство зависно од неуролошке структуре. Због тога, свјесно искуство је узрочно одређено и структурално зависно од мозга-материје. Детекција његових неуралних еквивалената није обавезна да би се доказала материјална природа под таквим околностима.

Што се тиче умишљајности, видјели смо да воља није слободна од биохемијских-материјалних ограничења. Ротенберг тврди да унутрашња структурална ограничења слободне воље су код људи смјештена у десној хемисфери фронталног режња.<sup>340</sup> Што се тиче способности за трансформације, Рунко сугерише да је она критеријум креативности.<sup>341</sup> Трансформација засигурно не може да се деси без физичке опреме. Неки су прогласили да продукција нових и иновативних идеја захтјева манипулацију знањем.<sup>342</sup> Због тога, нити су наша наука, нити умјетности, нити култура изоловане од свијета и ослобођене од физичких ствари. Постизање нечега што није узрочно одређено, или нечега више у односу на оно што већ јесмо, подразумева корак даље за наше ограничене способности што, логично, ми нисмо способни да урадимо. Чак и наша вјера почива на овако дефинисаној свијести. Због тога, слободна воља је само једна из скупа материјалних когнитивних способности. Није чудо што се историја понавља.

#### 4.2.2.2. Критеријум физичке условљености

Под критеријумом физичке условљености, предложена верзија “суштине личности”.<sup>343</sup> можемо тестирати сљедећим питањима. Како бисмо икада могли са успјехом

---

<sup>338</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000), 94.

<sup>339</sup> Barsalou W. Lawrence, Kyle Simmons William, Barbey K. Aron and Wilson, Christine, Grounding conceptual knowledge in modality-specific systems, *Trends in Cognitive Science*, (2003): 7, 84–91.

<sup>340</sup> Vadim Rotenberg, The Essence of Free Will and of its Real Main Restriction, *Activitas Nervosa Superior*, (2014): 56(1-2), 53-54.

<sup>341</sup> Doyle L. Charlotte, Dimensions of the Creative Episode: Old Categories, New Perspectives *Creativity Research Journal*, (2011), 23(1), 51–59.

<sup>342</sup> Nickerson S. Raymond, *Enhancing creativity*, in: *Handbook of creativity* (ed.), Sternberg J. Robert, (New York: Cambridge University Press 1999).

<sup>343</sup> DeGrazia David, Are we essentially persons? Olson, Baker, a reply, *The Philosophical Forum* (2002): XXXIII (1), 101-120.

третирати ментална обољења са лијековима материјалне природе, ако је психа нематеријалне природе? Зашто је свијест, уколико је нематеријалне природе, толико зависна од структуре материјалног мозга?<sup>344</sup> Уколико смо одређени искључиво когнитивним способностима, шта се онда дешава са биолошким ентитетом који је постојао прије тачке на којој смо стекли психолошке способности?<sup>345</sup> И уколико смо бића одређена свијешћу, како се ентитет који одржи биолошке функције, али изгуби свијест, нумерички разликује од нас – његових претходника?<sup>346</sup> Уколико смо бића одређена континуираним сјећањима, шта се онда дешава када је психолошки континуитет умножен, да ли смо и ми такође умножени?<sup>347</sup> Такође, вјештачко стварање свијести<sup>348</sup> не би било замисливо. Очигледно, предложени концепт је у супротности са природом тј. биолошким чињеницама.

Тарлаци тврди да: “Чак најмањи покрет у тијелу налази свој еквивалент у уму, и све у уму производи ефекат на тијело.”<sup>349</sup> Таква зависност менталних догађаја од физичког дала је повода за феноменолошку тврдњу да су ментални догађаји само споредни ефекти физичких догађаја. Сходно томе, Мекмаханова дефиниција да смо ми, *отјелотворени умови*<sup>350</sup>, је ствар интуитивног избора. Судећи по примјењеним критеријумима можемо бити једнако дефинисани на суштински сасвим супротан начин, тј. као да смо *оумљена тијела*. Не негирам могућност да је ум је сачињен од бројних “одвојивих функцијом-одређених процесних система, којих сви или већина обављају одређене функције (у садржајном смислу), чије операције нису подложне вољи, [...] и чије унутрашње операције могу бити недоступне остатку когнитива”.<sup>351</sup> Али, није их могуће издвојити физичких процеса. Де Грација, такође, сматра да, судећи по Мекмахановом погледу, “ум мора бити нешто физичко,”<sup>352</sup> тј. животињско. Толестен, такође, подржава поглед о нашој животињској природи.<sup>353</sup> Дакле, на основу темпоралног критеријума, метафизички

---

<sup>344</sup> Tarlaci Sultan What Should a Consciousness Mind-Brain Theory be Like? *NeuroQuantology* (2013): 11, 368.

<sup>345</sup> Погледати Tollefsen Christopher, Abortion and the Human Animal, *Christian Bioethics* (2004): 10.

<sup>346</sup> Olson, *The Human Animal*, 73-94.

<sup>347</sup> DeGrazia David, Are we essentially persons? Olson, Baker, a reply, *The Philosophical Forum* (2002): XXXIII (1), 115-16.

<sup>348</sup> Dennett Daniel, *Consciousness in human and robot minds*, (London: Royal Society 1994), 18-29.

<sup>349</sup> Tarlaci Sultan What Should a Consciousness Mind-Brain Theory be Like? *NeuroQuantology* (2013): 11, 366.

<sup>350</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 66-69.

<sup>351</sup> Carruthers Peter, *The Architecture of the Mind* (Oxford: Oxford University Press 2006), 12.

<sup>352</sup> DeGrazia David, Identity, Killing, and the Boundaries of Our Existence, *Philosophy & Public Affairs* (2003): 31 (4), 421.

<sup>353</sup> Tollefsen Christopher, Abortion and the Human Animal, *Christian Bioethics* (2004): 10. 105–116.

елементи не постоје у одвојености од физичке функције мозга (или макар не у овом материјалном свијету); критеријум физичке условљености расвијетлио је да су настајање и квалитет когнитивних способности такође (casually determined) материјално зависни. Због тога, предложене когнитивне способности нису нематеријалне природе; оне све имају свој физички неурални еквивалент.

Чак и ако одбацимо мој закључак, који је подударан са општеприхваћеним мишљењем у области когнитивних наука,<sup>354</sup> по којем су когнитивне способности резултат уређења ствари/материје,<sup>355</sup> и даље није могуће негирати да је интеракција између “нематеријалне природе” ума и материјалног мозга обавезна како би ум могао бити у стању да се искаже. Слична интеракција између онога што је сматрано за нематеријално, и онога што је сматрано за материјално, је примјећена од стране Картесијанс као веза између ума и тијела, и од стране Бекера као веза између особе и тијела.<sup>356</sup> Уколико занемаримо ово као снажан доказ његове зависност од физичког, и усвојимо вјеровање да је мозак само предуслов, или и алатка, за умну експресију, морали бисмо усвојити да ум претходи мозгу, што подразумевијева почетак заштите тог бића истовремено са настајањем његовог тијела.

#### 4.3. Опажања

Уколико је претходно поменуто тачно, и де Спиноза<sup>357</sup> између осталих, је у праву о слободној вољи, онда не постоји други закључак, него да се метафизичка компонента не састоји од нематеријалних елемената у дуалистичком смислу; ментално је материјално; метафизичка компонента у потпуности је сачињена од физичких елемената; живот је биолошки догађај; сви живи људски ентитети имају субстантивно и квалитативно једнак живот. Сљедствено, физичка компонента живота *се надограђује* или, прецизније, увећава властиту супстанцу кроз развојни пут који на некој тачки резултира са опаживим експресијама својстава који граде метафизичка компонента личности. Због тога, чак и ако је метафизичка компонента нешто посебно, она потпада под физичку носећу компоненту и као таква она је њен субстантивни дио. Сличан закључак може се наћи код Џојса који тврди да “ниједно живо тијело не може ‘постати’ личност, осим ако већ није личност.

---

<sup>354</sup> Thagard Paul, *The Brain and the Meaning of Life*. (Princeton: Princeton University Press 2010).

<sup>355</sup> McGinn Colin, Can we solve the mind-body problem? *Mind* (1989): 98, 349-366.

<sup>356</sup> Baker Rudder Lynne, Persons and the metaphysics of resurrection (accepted for publication in Religious Studies published by Cambridge University Press).

<sup>357</sup> Benedict de Spinoza, *The ethics* (New York: Penguin 2005), ,73.

Ниједно живо биће не може постати било шта што већ суштински није.”<sup>358</sup> Такође, у овом смислу разумијем Мекмаханову тврдњу да је метафизичка компонента зависна од развоја фактичке.<sup>359</sup> Очигледно, Сапонзис сасвим разумно повезује метафизичку димензију личности са људским тијелом.<sup>360</sup> Можда због свега што је претходно појашњено сматрамо да је биолошко клонирање морално погрешно. Наука и дуалисти се залажу да су наши унутрашњи потези – који формирају социјалне интеракције - увећани ефекти квантумских немјерљивости (без обзира да ли су материјалне или нематеријалне природе, одредиве или неодредиве). Дакле, инсистирање на томе да смо почели постојати тек када је наш мозак постао довољно велики да изврши увећања, тј. трансформише микро акције у макро, заиста се чини да је ништа више од пуког вјеровања у значај величине. Овакве тврдње су једнако апсурдне као и тврдња да је наша генетска конструкција настала тек онда када је постала довољно велика да би била уочљива.

Да сумирамо: У крајњој линији, тачан одговор на дилему о нашој суштини није потребан;<sup>361</sup> били ми тијела или умови, мериторни дио нас доведен је у постојање на сингамији. Живот је у потпуности натурализован. Дакле, једини поуздан немонистички закључак је да биолошки живот стиче додатак –суплементарну социјалну димензију. Стицање те димензије формално нас подводи под правну фикцију личности. Ово је аргумент који подржава тврдњу да у моралним и правним разматрањима централно мјесто припада носећој компоненти која је субстантивно заокружена цјелина. Не постоје адекватније особине за утемељење права на живот од самог живота. Хипотетички случај који је често истакнут да подржи тврдњу да смо ми у суштини умови, односи се на браћу близанце “А” и “Б” који су претрпјели саобраћајну несрећу. “А” је претрпио озбиљне тјелесне повреде, а “Б” пати од оштећења мозга. Користећи модерне технологије, хирурзи имплантирају повријеђен мозак од “А” у нетакнуто тијело од “Б”. Имајући у виду, да већина људи *вјерује* да “А” је тај који наставља да живи, закључак је да су особе умови.<sup>362</sup> Како било, овај случај потврђује да смо ми тјелесно-зависна бића, не само када је у

---

<sup>358</sup> Joyce E. Robert, *When Does a Person Begin?* in *New Perspectives on Human Abortion* (eds), Hilgers W. Thomas, Horan J. Dennis, and David Frederick (Maryland: University Publications of America, Inc. 1981), 351.

<sup>359</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 8.

<sup>360</sup> Sapontzis F. Steve, *A Critique of Personhood*, *Ethics*, (1981): 91, 608.

<sup>361</sup> Conee Earl, *Metaphysics and the morality of abortion*, *Mind, New Science* (1999): 108, 619–646 argues that the metaphysics makes no moral difference да the issue of abortion morality.

<sup>362</sup> Lara D. Francisco, *Should we Sacrifice Embryos да Cure People?* *Human Affairs* (2012): 22, 623–635, Doi: 10.2478/s13374-012-0050-z.

питању наш почетак, већ када је у питању и наш континуитет. Можда ово не рјешава дилему о томе шта је наша суштина, да ли је то носећа компонента, или њен дио који представља личност. Али, то питање је изван обима овога истраживања. Који од ових дијелова је наша суштина није релевантно у сврху одређења почетка заштите права на живот. Право на живот штити носећу компоненту као примарни заштићени објекат. У супротном, људи којима недостају социјалне димензије живота, или адекватна опрема да се укључе у социјалну интеракцију оба били искључени из моралног статуса и заштите права на живот. Такав приступ у многостручности је у супротности са концептом моралног статуса и правним правилима у области заштите права на живот. Сходно томе, у сврху заштите права на живот не постоји дистинкција између људског бића и људског живота, тј. није могуће бити живи људски ентитет без да се има живот.

Алтернативно, уколико одржимо декартске перцепције наше суштине,<sup>363</sup> такође не би било могуће бити жив интегрисан људски ентитет без да се има живот. Судајући по декартским позицијама, мозак је сведен на ниво прости алатке за умну експресију. Егзистенција ума не зависи од мозга. Јунг је хипотезирао да мозак служи као “трансформаторска станица” каналишући интензитет психе у оквиру свјесне перцептуалне екстензије.<sup>364</sup> Јунг је сматрао да “ је психа дјетета у свом пресвјесном стању све осим *tabula rasa*; да је већ изведена на препознатљиво индивидуалан начин, и чак шта више, опремљена је са свим специфично људским инстинктима, као и са *a priori* основама виших функција. *Ego* почива на овако компликованој основи.”<sup>365</sup> Дејвид Чамерс сматра, да “протофеноменална својства” постоје у природи и бивају трансформисана у свјесно искуство кроз процес увећања интензитета од стране мозга.<sup>366</sup> Требао бих, такође, додати да, када је разматрао везу између мозга и субјективног искуства, Кох је закључио да је “субјективност ,такође, радикално различита од било чега физичког због чега је настајући феномен.”<sup>367</sup> Због тога, једина неарбитрарна тачка на којој је наш суштински дио, у декартском смислу, доведен у егзистенцију је сингамија, тачка на којој је отјелотворена генетска конструкција створена.

---

<sup>363</sup> That is firmly objected by McMahan Jeff, An Alternative да Brain Death, symposium: defining the почетак and the end of људски живот, *Journal of Law, Medicine & Ethics* (2006), 44-48.

<sup>364</sup> *The collected works of C. G. Jung* an English translation by R. F. C. Hull, *Mysterium coniunctionis*, (Princeton: Princeton University Press 1963).

<sup>365</sup> Jung Carl Gustav, *Memories, dreams, reflections* (New York: Random House 1961), 381.

<sup>366</sup> Chalmers David, *The conscious mind: In search of a fundamental theory* (New York: Oxford University Press 1996), 299.

<sup>367</sup> Koch Christof, *Consciousness: Confessions of a romantic reductionist* (Cambridge, MA: MIT Press 2012), 119.

Заговарана позиција је блиска Шварцеровом концепту „Поштовања за Живот“ (*Reverence for Life*), по којем је органски живот је неопходан и довољан за пуни морални статус.<sup>368</sup> Као конкурентски Шварцеровом концепту, Ворен предлаже оно што назива „Живот Плус“ став, по којем је органски живот довољан за неки морални статус, али не и за пуни морални статус.<sup>369</sup> На први поглед чини се да Воренов „Живот Плус“ поглед не противрјечи мом закључку о натурализованом животу нарочито, што и ја, такође, препознајем тај Плус елемент. Али Ворен Плус елемент конституише као основ за увођење степенастог моралног статуса, и неизбјежно градирану заштиту. Са друге стране, тај додатни елемент, по мом мишљењу, је нека врста проширења обима биолошког живота. Дакле, он не може начинити моралне или правне разлике између оних који га имају у поређењу са онима који га немају. Сљедствено, рани прекид трудноће није ништа мање проблематичан у поређењу са касним прекидом трудноће.

#### **4.4. Трећа премиса: правни субјективитет као предуслов заштите права на живот**

Неизбјежно питање које произилази када испитујемо одрживост треће премисе теорије правног субјективитета је, зашто живо људско биће које посједује људски живот није препознат као личност у сврху заштите права на живот? У циљу провођења обухватног истраживања, корисно је издвојити додатне услове које живи човјек треба да испуни како би био препознат под правном фикцијом означеном као “личност”. Требало би истаћи да постоје чврсти аргументи да се сматра да је нерођено дијете личност.<sup>370</sup> На примјер, након разматрања различитих приједлога за критеријуме правног субјективитета, Ралф изводи општи “отисак” правног субјективитета:

- 1) организам је заправо у егзистенцији (*versus* организма који још увијек није створен, као што је случај кад пар намјерава да зачне дијете), 2) организам је сасвим генетски и физички човјек (*versus*, на примјер, организма животињског поријекла коме је убризган људски ДНК), и 3) постојање средњих и/или виших капацитета који чине одлике личности.<sup>371</sup>

---

<sup>368</sup> Schweitzer Albert, *Out of My Life and Time: An Autobiography* (New York: Holt, Rinehart & Winston, 1933).

<sup>369</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000), 25.

<sup>370</sup> Keyserlingk EW, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care* (Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, 1984).

<sup>371</sup> Ralph Amanda, Personhood and the Fetus: Settling the Dispute, *Online Journal of Health Ethics* (2011):7 (2), 10



Како било, заступање ове позиција није неопходно у сврху овог истраживања, које се суштински односи на примјењивост правно прихваћене дефиниције “личности”, и на нове изазове у области заштите живота.

Правне фикције су традиционално схваћене као “или (1) изјава изложена са потпуном или дјелимичном свијести о њеној погрешности, или (2) погрешна изјава толерисана због корисности.”<sup>372</sup> Правне фикције су дефинисане од стране Дел Мар као “суспензија једне, или више потребних оперативних чињеница што води ка наметању повезане нормативне последице, гдје се предметна суспензија усваја због (1) недостатка доказа о неким претходно потребним чињеница; или (2) присуство супротних доказа.”<sup>373</sup> Из представљених дефиниција правне фикције можемо издвојити њихове опште особине. Правне фикције су формалне конструкције чије се грешке толеришу због недостатка мјеродавног знања. Тај недостатак компензован је њиховом корисношћу.

У зависности од њихове врсте, сврха правне фикције може да се разликује.<sup>374</sup> У том смислу Демос описује догматске фикције који су усвојене као одговор на притиске да се асимилију нови правни облици, или нове фактичке околности, унутар већ постојећих правних оквира.<sup>375</sup> У овом правцу, Кануер сматра да је сврха правне фикције да омогући употребу права на нова правна питања и околности.<sup>376</sup> У претходним разматрањима, представио сам како се правна фикција личности промјенила, и почела да разликује људско биће од личности. До тада, фикција правног субјективитета може бити оквалификована као догматска фикција. Фулер тврди да фикција постаје опасна када је у њу вјеровано и када изгуби своју корисност.<sup>377</sup> Имајући у виду, да је корисност издвојена као обавезни елемент фикције, Фулер сасвим основано тврди да, када је корисност изгубљена та формална конструкција престаје бити фикција.<sup>378</sup> Након што је усклађена са позицијама развојне биологије у погледу почетка постојања људског бића, правна фикција личности је трансформисана из догматске у историјску правну фикцију. Опис појединих историјских фикција, које је дао Демонс, могу адекватно обухватити карактер правне фикције личности. Наиме, он дефинише историјске фикције као да садрже необориву

---

<sup>372</sup> Fuller L. Lon, *Legal Fictions* (Stanford University Press; New impression edition 1968), 9.

<sup>373</sup> Del Mar Maksymilian, Legal fictions and legal change, *International Journal of Law in Context*, (2013): 9(4).

<sup>374</sup> Demos Raphael, Legal Fictions, *International Journal of Ethics* (1923): 34, 37–58

<sup>375</sup> Ibid.

<sup>376</sup> Knauer J. Nancy, Legal Fictions and Juristic Truth, *St. Thomas Law Review* (2010): 25, 70-120.

<sup>377</sup> Fuller L. Lon, *Legal Fictions* (Stanford University Press; New impression edition 1968), 9.

<sup>378</sup> Ibid.

презумпцију.<sup>379</sup> Презумпција, да правни субјективитет настаје рођењем је необориви елемент фикције личности. Такође, разлог за усвајање историјских правних фикција<sup>380</sup> су, такође, садржани у узроцима који су довели до трансформације карактера фикције личности. Како било, многи правни и етички проблеми су повезани са њиховом употребом чак иако би биле унапређени. Енкарнасион снажно критикује употребу историјских правних фикција. Он тврди да су историјске правне фикције уведене да елиминишу правне промјене. Због тога, оне обмањују јавност чак “када правна фикција не укључује умишљајну превару, оне и даље обамањују и потцјењују јавни дискурс .”<sup>381</sup>

Очигледно, прихваћена сврха правне фикције је да опслужи процес реформисања права. Такође, научници који тврде да правна фикција “има неоправдано лошу репутацију” препознају потребу “за заузимање више диахроног, динамичног погледа од корисности правних фикција” у свијетлу неопходних правних промјена.<sup>382</sup> Тежња ка реформисању права у области заштите права на живот наметнута је од стране нове пријетње које произилазе из напретка у биомедицини. Предметне пријетње су фактичке и неко би могао да тврди да оне не треба да утичу на правна правила. Судаћи по Дворник чињенице, као феномен, немају друго значење од онога које им је дато унутар друштва којем се дешава.<sup>383</sup> Преведено на наша разматрања, уништавање ембриона у сврху добијања матичних ћелија не представља уплитање у људски живот уколико се догађа у Уједињеном Краљевству, али представља уколико се догађа у Њемачкој. Јасно, Дворникове позиције нису примјениве у области заштите живота. Значај стварног у конструисању правног субјективитета било је недвосмислено препознато у мисли која је развијена у оквиру теорије о личности. Кључни проблем са Дворникиновим позицијама произилази из разлика у методу права, као једне од друштвених наука, и метода биомедицине, као једне од природних наука.<sup>384</sup> Први се бави регулисањем понашања унутар друштвене заједнице. У том циљу, он производи друштвене-формалне чињенице да воде друштва. Други се тиче биолошких реалности, требало би да их сазна и опише (у оквиру изазова првог и другог доба). У посљедње вријеме, он чак ствара њихове нове

---

<sup>379</sup> Demos Raphael, *Legal Fictions*, *International Journal of Ethics* (1923): 34, 37–58.

<sup>380</sup> *Ibid.*

<sup>381</sup> Encarnacion Erik, On Raphael Demos’s “Legal Fictions”, *Ethics* (2015): 125, 540–542

<sup>382</sup> Погледати Del Mar Maksymilian, *Legal fictions and legal change*, *International Journal of Law in Context*, (2013): 9(4).

<sup>383</sup> Dworkin Ronald, *Social Sciences and Constitutional Rights—The Consequences of Uncertainty*, 6 *J.L. & EDUC.* 3 (1977).

<sup>384</sup> Погледати Fuller L. Lon, *Legal Fictions*, *Illinois Law Review* (1930): 25, 902.

облике (у оквиру изазова трећег доба). Дистинкција између првог и другог може бити описна користећи Мекдоналдове разлике између “феноменолошког” и “еписматичког”.<sup>385</sup> Први појам користи се са категоријама као што су атрибути који обухватају неправне особине, док се други користи категоријама као што су основе/оправдања и позицијама; правне власти, исмима, правним доктрине, мњењима итд.. Дакле, биолошке реалности морају бити схваћене као разлог или за реформу, или за стварање права.

Што се тиче ове специфичне фикције, признавање правног статуса личности у тренутку његовог или њеног рођења је уобичајен правни стандард у Европи.<sup>386</sup> Нека законодавства дефинишу овај моменат прецизније прописујући да процес мора бити потпуно окончан. Чак, уколико није увијек изричито подвучено, сви закони установљавају самоевидентан предуслов да дијете мора доћи у свијет живо како би постигло правни субјективитет. Неке јурисдикције установљавају презумпцију живог рођења за случајеве када може бити сумње. У већини других правних система, ово питање мора бити утврђено по општим принципима доказивости; и неке земље захтјевају, додатно, да дијете мора бити способно да остане живо и имати људски облик.<sup>387</sup> Али, ова фикција нужно не искључује право на живот људским бићима у пренаталном стадијуму.<sup>388</sup> Са друге стране, правно признавање права на живот прије рођења не значи, *per se* признавање правног субјективитета тј. статуса личности.<sup>389</sup> Због тога, савремена теорија и пракса разликују агенте права на живот<sup>390</sup> од агентата правног субјективитета.<sup>391, 392</sup> То је, такође, случај и у англо-саксонском правном систему. У том смислу, Скот тврди да “супротно, што је често претпостављано, право заправо вреднује фетус, и вриједи се присјетити на који начин оно то чини без додјеливања права.”<sup>393</sup>

---

<sup>385</sup> MacDonald Peck Susan, *Professional Academic Writing in the Humanities and Social Sciences*, (Edwardsville: Southern Illinois University Press 1994).

<sup>386</sup> Enders Christoph, A right да have rights- the German Constitutional concept of human Dignity, *NUJS Law Review* (2010): 3, 258.

<sup>387</sup> International encyclopedia of comparative law. Vol. 4, Persons and family / chief editors Aleck Chloros, Max Rheinstein, Mary Ann Glendon ( Boston : Martinus Nijhoff. 2007), 2-3.

<sup>388</sup> German Federal Constitutional Court, February 25, 1975 (BVerfGE 39, 1), and May 28, 1993 (BVerfGE 88, 203).

<sup>389</sup> Погледати Section 1 *Почетак of legal capacity of German Civil Code*, at [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0025](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0025), November 2013.

<sup>390</sup> Boonin also makes distinction between those two notions in Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003).

<sup>391</sup> Sameat: Elizabeth Wicks, “The Meaning of ‘Life’: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties” *Human Rights Law Review* 12:2(2012), 209.

<sup>392</sup> For critical view on such position of the Commission refer to Aurora Plomer, “Foetus right to life, The case Vov France” *Human Rights Law Review*, 5:2, (2005), 317, 319.

<sup>393</sup> Rosamund Scott, The English Fetus and the Right да Life, *European Journal of Health Law* (2004): 11, 348.

Сада треба истражити да ли формална конструкција личности може одржати статус правне фикције, и сходно томе, да ли се може користити као инструмент за реформисање/стварање права? Да би се на ово одговорило позитивно, предметна правна конструкција мора почивати на недостатку мјеродавног знања које резултира њеном знаном погрешношћу и корисношћу.

#### **4.4.1. Недостатак мјеродавног знања**

Што се тиче недостатка мјеродавног знања, овај основ не може подржати употребу фикције личности у области изазова првог и другог доба. Заправо, овладавање новим знањима је иницирало преиспитивања даље примјенљивости фикције личности. Данас имамо поуздано знање о почетку људског живота без обзира на то коју теорију неко усваја. Такође, јасна је и правна фикција личности, која садржи необориву презумпцију рођења и чини се да је дизајнирана насупрот том знању. Можда је својевремено фикција личности била “непроцјењиво цјелисходна за превазилажење ригидности права”<sup>394</sup> у древна времена, када је проширила правни субјективитет на ширу популацију. Али сада, када ова фикција суспендује заштиту неким људима противно поузданом знању, њена употреба требала би бити напуштена зато је изгубила корисност. Ова тврдња је нарочито снажна у области изазова другог доба, гдје је временска разлика између зачећа и имплантације омогућила да пренатални живот избјегне ултимативни конфликт са интересима безвољних прогенитора.

Уопште, употреба правних фикција је сведена на “ране правне системе” и “зрели системи немају потребу да прибјегавају таквим, наводно, непоштеним средствима реформисања права.”<sup>395</sup> Паунд карактерише правне фикција “примитивним”<sup>396</sup> и као такве, оне нису прикладне модерним временима и развијеним системима који се руководе свјесним развојем права.<sup>397</sup> У односу на примјенљивост конструкције личности, Гордијан тврди да је концепт о личности непогодан да буде централни концепт у биоетичким дебатама.<sup>398</sup> Чак шта више, он сматра да “биоетички проблеми могу бити анализирани још боље и јасније на овај начин, зато што се не требамо више замарати са наведеним

---

<sup>394</sup> Maine Sir Henry, *Ancient Law* (London: Oxford University Press 1931 [1861]), 22.

<sup>395</sup> Del Mar Maksymilian, Legal fictions and legal change, *International Journal of Law in Context*, (2013): 9(4), 453.

<sup>396</sup> Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, (New Brunswick: Transaction Publishers 1999 [1963]), 169.

<sup>397</sup> Ibid.173.

<sup>398</sup> Bert Gordijn, The Troublesome Concept of the Person *Theoretical Medicine and Bioethics* (1999): 20.

недостацима употребе тог концепта.<sup>399</sup> Бикамп критикује употребу фикције личности као да је сувише нејасна, сувише захтјевна, и сувише тешка за употребу.<sup>400</sup> Треба држати на уму да описне потешкоће повријеђују биолошке реалности које су само објашњене од стране развојне биологије. Уколико вјештачки задржимо употребљивост фикције личности у смислу како је сада правно стандардизована, морали бисмо је ослонити на нетачне фактичке премисе. Ово ће даље резултирати поновним актуелизовањем догматског карактера ове фикције, или њеном трансформацијом у емпиријску правну грешку којој недостаје корисност.

Може се учинити да се неке фикције могу примјенити у области питања трећег доба. Наиме, за разлику од ситуације из области питања првог и другог доба, у области изазова трећег доба није увијек предвидиво које карактеристике ће створени ентитет да (бити способан да) развије; може бити нејасно којој врсти припадају и коју етику (људску или животињску) треба примјењени на њих, да ли је њихов живот светиња и када почиње, да ли имају потенцијал за правни субјективитет, да ли осјећају бол, када настају њихова чула, да ли бивају свјесно побуђени и уколико да, када, да ли би били срећни, итд..? Сада, да ли требамо користити правну фикција личности са свим побројаним манама да стварамо право у тако софистицираном пољу као што је биомедицина, гдје биолошке реалности нису само описне, већ и наново створене? Мислим да не требамо, зато што је правна фикција личности доказано погрешна и није погодна да се користи као инструмент за промјену права. Чак шта више, она се не може користити ни као алатка за стварање права.

#### **4.4.1.1. Значај мјеродавног знања у конституисању правне фикције личности: Пилатов суд**

Као што сам показао кроз претходна разматрања научници, заговорници теорије о личности, су примарно закупљени настајањем различитих реалитета, који по њиховом мишљењу, завређују морални обзир, схватили они те реалитете као да су материјалне или нематеријалне природе. Неисцрпна листа предложених реалитета, поред осталог, садржи свијест,<sup>401</sup> савијест,<sup>402</sup> капацитет за осјећај,<sup>403</sup> резоновање,<sup>404</sup> психолошки континуитет,<sup>405</sup>

---

<sup>399</sup> Ibid.

<sup>400</sup> Beauchamp L. Tom, The Failure of Theories of Personhood, *Kennedy Institute of Ethics Journal* (1999): 9(4).

<sup>401</sup> Crosby F. John, Person and consciousness, *Christian Bioethics* (2000): 6(1), 47.

<sup>402</sup> Warren Anne Mary, The Moral Significance of Birth, *Hypatia* (1989): 4, 46-64.

<sup>403</sup> Sumner Wayne Leonard, *Abortion and moral theory*, (New Jersey: Princeton University Press 1983), 136.

сјећања о властитом искуству,<sup>406</sup> људску вољу,<sup>407</sup> жељу за властиту континуирану егзистенцију,<sup>408</sup> софистициране способности,<sup>409</sup> крајњи продукт природе,<sup>410</sup> чланство у врсти,<sup>411</sup> чланство и моралној заједници,<sup>412</sup> бесмртна нематеријална природа душе,<sup>413</sup> итд.. Такав метод обећава велики значај знања генерисаног из релевантних дисциплина (мјеродавно знање) у конституисању правне фикције личности. Међутим, то није тако. Имајући у виду, да је рођење правно прихваћена тачка на којој почиње правни субјективитет, треба истражити зашто ова тачка претеже мјеродавно знање који снажно истиче да су предложене карактеристике личности настале знатно раније.

Нема сумње, носећа компонента почиње са опазивим експресијама когнитивних способности, или било које друге особине након рођења, тј. од када дијете уђе у нашу друштвену заједницу. Након овог момента, већина филозофа и правника залажу се да, биолошка компонента стиче људски живот, и биолошки ентитет постаје личност. Како било, рођење само по себи, не ствара било коју карактеристику личности. Ниједна субстантивна промјена се не догађа рођењем; рођење укључује пуке екстерне промјене које су биле разматране у оквиру дискусије о рођењу као критеријуму правног субјективитета. Сходно томе, према прихваћеним стандардима, није важно да ли (унутрашња) метафизичка компонента, или било која друга особина постоји прије рођења или не постоји. За правну фикцију личности, ирелевантно је када смо ми прво способни да осјетимо бол или да формирамо жеље и, на основама стварних жеља, “идеалну диспонтентну жељу”<sup>414</sup> да наставимо са животом. Оно што је битно је на којој постнаталној тачки људско биће стиче способност да их испољи на друштвено препознат начин? Дакле, правна фикција личности представља друштвено препознату физичку манифестацију, а не посједовање било које особина. То је формална рефлексија (правно усвајање) људских фенотипских карактеристика. Правна фикција личности почива на типично људским

---

<sup>404</sup> Warren Anne Mary, On the moral and legal status of abortion, *Monist* (1973), 54.

<sup>405</sup> Buchanan Allen and Brock Dan, *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, (Cambridge: University Press 1990).

<sup>406</sup> Locke John, *Essay Concerning Human Understanding*, Book II, Chapter XXVI, Section 9.

<sup>407</sup> Foot Philippa, *Natural goodness* (Oxford: Oxford University Press, 2001), 5.

<sup>408</sup> Tooley Michael, *Abortion and infanticide* (Oxford: Calderon Press 1983).

<sup>409</sup> Regan Tom, *The case for animal rights*, (Berkeley: University of California Press 1983), 151.

<sup>410</sup> Thompson Michael, *Apprehending human form*, in: *Modern moral philosophy* (ed) Anthony O’Hear, (Cambridge: Cambridge University Press 2004), 59.

<sup>411</sup> Cushing Simon, Against “Humanism”: Speciesism, Personhood, and Preference, *Journal of Social Philosophy*, (2003): 34, 556–571.

<sup>412</sup> Kadlac Adam, Humanizing Personhood, *Ethic Theory Moral Prac* (2010): 13.

<sup>413</sup> Погледати Perring Charles, Degrees of Personhood, *The Journal of Medicine and Philosophy* (1997): 22,1997.

<sup>414</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), ,73-89.

образцима понашања. Капитални значај њихове манифестације је претпостављен од стране Артменка, који одбацује тврдњу да је ембрион личност зато што “није физички опремљен да покаже било коју врсту понашања.”<sup>415</sup> Такав правни субјективитет није изузет од природних узрока, пошто је предусловљен људским генотипом. Могуће, дјеца у вишедјетним трудноћама демонстрирају неку врсту понашања која може бити еквивалент социјалним везама. Примјећено је, да се у одређеној мјери самосвијест, за коју се претпоставља да је предуслов за друштвене интеракције, настаје одмах након рођења.<sup>416</sup> На основну самосвијести, дијете реагује на додир, што указује да оно разликује себе од окружења.<sup>417</sup> Та врста осјетљивости на додир почиње од осме недеље гестације.<sup>418,419,420,421,422</sup> Четири-D слике показују фетусе како ‘плачу’ након вањског стимуланса.<sup>423</sup> Али, такве евентуалне интеракције између дјеце вјероватно почивају на урођеном друштвеном инстинкту, док су наше друштвене интеракције, судећи по психијатру Владимиру Ротенбергу, засноване на друштвеним мотивима.<sup>424</sup> Због тога, нерођено дијете не може бити препознато под појмом “личности”.

Швајцер сматра да, уколико поставимо универзално валидне дистинкције вриједност између различитих врста живота, ми ћемо завршити вреднујући их према њиховој већој или мањој дистанци, на којој се чини да они стоје у односу на нас људска бића—како их ми сами просуђујемо. (...) <sup>425</sup> Чини се да оба, натурализам-хуманизам, и персонизам потврђују Швајцерово мишљење. Без обзира колико убједљиво може да

<sup>415</sup> Artemenko Oleg, *Inspirations from Potential: Does Human Embryo in vitro Possess Full Moral Status?* Master’s Thesis in Applied Ethics Centre for Applied Ethics Linköping University, Presented June 2010, 24.

<sup>416</sup> Vadim Rotenberg, *The two high levels of self-identification in relationships да consciousness, social motives and Brain Laterality, *Activitas Nervosa Superior*, (2012): 54(3-4), 77.*

<sup>417</sup> Ibid.

<sup>418</sup> Salihagić Kadić, A., Predojević, M., *Fetal neurophysiology according да gestational age, *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*. (2012): 17(5), 3.*

<sup>419</sup> Fitzgerald Maria, *Neurobiology of fetal and neonatal pain*, in *Textbook of Pain*, (eds), Wall P, Melzack R, (Edinburgh: Churchill Livingstone 1994), 153–63.

<sup>420</sup> Mellor DJ, Diesch TJ, Gunn AJ, Bennet L. The importance of ‘awareness’ for understanding fetal pain, *Brain Research Reviews*, (2005): 49, 457.

<sup>421</sup> *Neonatal Pain. Suffering, Pain and Risk of Brain Damage in the Fetus and Newborn* (ed), Giuseppe Buonocore, Carlo V. Bellieni Погледади L. Giuntini & G. Amato, *Analgesic Procedures in Newborns*. (Verlag:Springer 2008). KJS, Maze M. Fetuses, fentanyl, and the stress response. *Anesthesiology*. 95 (2001), 823-825.

<sup>422</sup> Tran, KM. Anesthesia for fetal surgery. *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*. 15 (2010), 40-45. Myers LB, Bulich LA, Hess, P, Miller, NM. Fetal endoscopic surgery: indications and anaesthetic management. *Best Practice & Research Clinical Anaesthesiology*, (2004): 18(2), 241, para.2, 231-258.

<sup>423</sup> Gingras JL, Mitchell EA, Grattan KE, Fetal homologue of infant crying, doi:10.1136/adc.2004.062257 .

<sup>424</sup> Vadim Rotenberg, *The two high levels of self-identification in relationships да consciousness, social motives and Brain Laterality, *Activitas Nervosa Superior*, (2012): 54(3-4), 78.*

<sup>425</sup> Schweitzer Albert, *Out of My Life and Time: An Autobiography* (New York: Holt, Rinehart & Winston, 1933), 233.

звучи, хуманизам инсистира на правном субјективитету носеће компоненте само зато што се очекује да ће бити способна да се уклопи унутар друштвено препознатих образаца понашања, тј. због њиховог капацитета за самозаступање.<sup>426</sup> Без обзира колико су прогресивни, персонисти заговарају правни субјективитет животиња на основама егоцентричне емпатије, тј. само зато што су животиње као и ми (осјећајна бића). У том смислу, када разматра аргументе за морални и правни статус животиња, Ворен истиче да животиње “ће патити на доста сличне начине као што патимо и ми под таквим околностима.”<sup>427</sup> Сингер, најпроминентнији заговорник ослобађања животиња, цитира примјере великог мајмуна који је постигао између 70 и 95 на људског IQ-а и схватао око хиљаду знакова; пса са способношћу да препозна људски говор; сивог папагаја који може схватити око стотину ријечи и одговорити на нова питања,<sup>428</sup> истичући да чланови других врста могу имати особине које су релевантне за статус личност. Сингер, као и сви други, не успјева да оправда такав фаворитизам на непристрасан и поуздан начин, и његова етика је оквалификована као “само друга инстанца спицизма.”<sup>429</sup> Де Гарсија, такође, тврди да је личност неко ко има довољно „типично“ људских когнитивних својства, што га чини “довољно сличним да завриједи инклузију под концепт”.<sup>430</sup> Судаћи по Енглиш, моралност “мора забранити одређен третман пре-личности који значајно наликују личности.”<sup>431</sup> Чак и егалитаријанци захтјевају да неко има уобичајено људска својства како би му био додјељен морални статус једнак као и људима. Судаћи по Регану, субјекат-живота су индивидуе које “имају вјеровања и жеље; перцепција, сјећања, и осјећаја за будућност, укључујући њихову властиту будућност; емотивни живот заједно са осјећањима задовољства и бола; преференце и интересе за добробит; способност да иницирају акције у циљу жеља и циљева; психофизички идентитет током времена.”<sup>432</sup> Најсликовитије прихватање манифестација, као одлучујуће битних за правни субјективитет, може се наћи

---

<sup>426</sup> Погледати Dennett C. Daniel, *Consciousness Explained* (London: Penguin, 1991), 416-417.

<sup>427</sup> Warren Anne Mary, *The Rights of the Nonhuman World*, in: *Environmental Philosophy: A Collection of Readings* (eds.), Robert Elliot and Arran Gare, (University Park: The Pennsylvania State University Press, 1983), 109-131.

<sup>428</sup> Singer Peter, *Speciesism and Moral Status*, *Journal compilation Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd*, (2009), 569.

<sup>429</sup> Fjellstrom Roger, *Is Singer's Ethics Speciesist?* *Environmental Values*, (2003): 12 (1), 91-106.

<sup>430</sup> DeGrazia David, *On the Question of Personhood beyond Homo sapiens*, in *In Defense of Animals* (ed), Piter Singer, (Blackwell Publishing Ltd. 2006), 42 and further.

<sup>431</sup> English Jane, *Abortion and the Concept of a Person*, In *Arguing About Abortion*, (ed), Lewis M. Schwartz, (Belmont, CA: Wadsworth 1993). Reference taken from Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 96.

<sup>432</sup> Regan Tom, *The case for animal rights*, (Berkeley: University of California Press 1983), 243.



код Сапонтиза. Он тврди да: “Без обзира колико је супериорно његово понашање, пас никада не може бити личност (...) и без обзира колико је инфериорно понашање људског дјетета, или хендикепираног човјека, он је увијек личност”.<sup>433</sup> Разлог зашто су промотери правног субјективитета животиња ограничени у својим разматрањима на описни начин је њихово вјеровање да само животиње, које имају бихевиоралне карактеристике парадигматске личности, су способне имати исте интересе као и људи. Ово их даље овлашћује за стицање вишег моралног статуса,<sup>434</sup> што је у значајној супротности са самим концептом моралног статуса. У том смислу, Бикамп, такође, препознаје да “не постоји налог за претпоставку да само својства дистинктивне за чланство у људској врсти рачунају на правни субјективитет, или пружају морални статус.”<sup>435</sup>

Дакле, није мјеродавно знање то што уводи правне разлике између људских пре-личности и личности, већ је то способност манифестације образаца понашања специфичних за људску врсту која може бити потврђена само након рођења. Пружање или ускраћивање права на основу способности, или неспособности прокламације умјесто на реалитетима је суштина Пилатовог суда. Сходно томе, правни субјективитет је достигнуће.

#### 4.4.2. Корисност

Повезивање грађанских права за ентитет, који је препознат као личност, потиче из Римског права. У циљу стицања пуног правног субјективитета неко је морао да испуни три услова – *libertatis*, *civitatis* и *familiae* тј. да је мушкарац слободан од *patria potestam*, и да је римски грађанин. Први критеријум трајно је остао на снази. Други критеријум није никада формално напуштен, али су његови стварни ефекти били неутралисани након издавања *Edict Caracalla* у 212, којим је одобрен *ius liberorum* и римско грађанство свакој слободној индивидуи у царству. Пратећи историју правног субјективитета (појма личности) видјећемо да је она заправо правна и друштвена борба различитих група да буду препознате унутар тог појма заједно са бијелим или доминантним мушкарцима. Прво, то су били црни робови који су традиционално сматрани за не-личности у правном

---

<sup>433</sup> Sapontzis F. Steve, A Critique of Personhood, *Ethics*, (1981): 91, 608.

<sup>434</sup> On the same grounds, they preclude unborn humans from moral standing.

<sup>435</sup> Beauchamp L. Tom, The Failure of Theories of Personhood, *Kennedy Institute of Ethics Journal* (1999): 9(4), 311.

смислу. Овај традиционалистички филозофски и правни поглед је утицао на одлуку Врховног суда Вирџиније из 1858., у којој је било наглашено да: “У очима права... роб није личност.”<sup>436</sup> Урођеници су, такође, били суочени са потешкоћама у настојању да буду препознати под појмом личности. Правни научник, Џорџ Карнфилд, тврди у *American Law* из 1881. да: “Индијанац није личност по значењу Устава.”<sup>437</sup> На европском континенту правни субјективитет жена је судски ускраћен 1909. у случају *British Voting Rights*, у којем је било наглашено да “законска ријеч ‘личност’ ни у каквим околностима не укључује жене.”<sup>438</sup> Овакав судски приступ је под утицајем западне филозофске мисли тога времена по којем су жене сматране морално инфериорним.<sup>439</sup> Током наци-доба Јевреји су били искључени из правног субјективитета.<sup>440</sup> Изворно, правни субјективитет је био установљен од стране доминантне групе као инструмент за очување установљених друштвених односа. Правно разумијевање појма је било засновано на различитим предрасудама према слабијима.

Са историјског гледишта, дуго је времена прошло док су бијелци препознали истоликост свог мушког потомства, црнаца, жена, урођеника... Чак сада, неки кажу да је “[м]ушкост толико дуго била матица међународног права да је постала норма.”<sup>441</sup> У сваком добу, у којем је ослобођена нека од ових група њихово пропознавање је поносно проглашавано за напредак. И сада, сматрамо напретком уколико препознамо сличност између животиња и нас. Под таквим околностима није зачуђујуће да константно откривамо “нове облике нетрпељивости, и нове групе личности чији је морални статус неоправдано умањен.”<sup>442</sup> Инсистирање да неко буде препознат под неконзистентном и релативном правном фикцијом личности није ништа друго до средство за оправдање конзистентно лошег третирања, или чак за убијање других од стране привилегованих. Уопште, савремена правна фикција личности је погодна да опслужи дилему: коме, међу људима, треба бити дозвољено да живи?<sup>443</sup> Убијање се претпоставља као ургентна потреба, и филозофске дебате траже да је морализују из различитих разлога. Супротно

---

<sup>436</sup> Becker C. Daniel, *Personhood: A Pragmatic Guide* да *Prolife Victory in the 21st Century and the Return да First Principles in Politics* (Tks Publications 2011), 44-45.

<sup>437</sup> Ibid.

<sup>438</sup> Rachel M. MacNair, *The Psychology of Peace* (Praeger: Santa Barbara 2012), 5.

<sup>439</sup> Warren Anne Mary, *The Nature of Woman* (Inverness, Calif.: Edge press 1980).

<sup>440</sup> Rachel M. MacNair, *The Psychology of Peace* (Praeger: Santa Barbara 2012), 5.

<sup>441</sup> Charlesworth Hilary, *Feminist Ambivalence about International Law*, *International Legal Theory* (2005): 11

<sup>442</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations да Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000), 9.

<sup>443</sup> Singer Peter, *Practical Ethics*, (Cambridge: Cambridge University Press 1993).

овоме, из разлога које сам објаснио, што се животиња тиче, филозофи често не инсистирају на правном субјективитету као предуслову за заштиту живота. Реган сугерише да бисмо требали оставити отвореном могућност да би и друга бића могла такође бити „субјекти –живота“. <sup>444</sup> У то име, он тврди да бисмо требали бити опрезни у случајевима гдје постоји неизвјесност и додијелити одређеним животињама, као што су рибе, птице, и сисари испод године старости, да су носиоци моралних права. <sup>445</sup> Поново, када су људи у питању, филозофи сматрају да само они који су способни да имају будућност коју ми вриједнујемо (безболна и испланирана) требају бити поштеђени убијања пошто завређују правни субјективитет. <sup>446</sup> У том смислу, неке утилитаријанске рачунице предлажу да би нам боље било уколико никада нисмо постојали. <sup>447</sup> Сходно томе, може се извести закључак да не постоји ништа погрешно са убијањем, пошто нико нема безболну будућност. <sup>448</sup> Чак шта више, сасвим је коректно убити некога чији планови могу бити испуњени кроз не-егзистенцију (као што је рецимо тежња да оконча глад, жеђ итд.). <sup>449</sup> Правна фикција личности није коришћена као средство намјењено побољшању људске добробити, већ радије као инструмент за оправдање акција усмјерених против људских живота.

Очигледно, карактер фикције личности је непоправљиво заробљен унутар шовинистичких оквира. Она је плод отровног дрвета (fruit of the poison tree). Она не препознаје ништа осим наше властите слике у огледалу као мјере свега (на примјер, уколико животиње не комуницирају говором као ми –сматрамо их морално инфериорним <sup>450</sup>). Сходно томе, она реактуализује саму суштину категоризације која је резултирала са бјелачким искључивањем свакога осим њих самих из правног ситуирања. Њена модерна верзија такође конзистентно искључује из моралног и правног статуса све који се разликују од доминантне групе. Као смо видјели, није далеко удаљена од нацистичке идеологије, разлика је само у обиму њених ефеката. Нацисти су систематски истребљивали оне које нису могли да уклопе унутар елитистичке групе одређене

---

<sup>444</sup> Regan Tom, *The case for animal rights*, (Berkeley: University of California Press 1983), 416-17.

<sup>445</sup> Ibid.

<sup>446</sup> Marquis Don, Why abortion is immoral, *The Journal of Philosophy* (1989): 86(4), 189.

<sup>447</sup> Benatar David, *Better Never da Have Been: The Harm of Coming into Existence*. (Oxford: Oxford University Press 2006).

<sup>448</sup> Погледати Holtug Nils, Killing and the Time-relative Interest Account, *J Ethics* (2011): 15, 169–189, DOI 10.1007/s10892-010-9087-6.

<sup>449</sup> DeGrazia David, Identity, Killing, and the Boundaries of Our Existence, *Philosophy & Public Affairs* (2003): 31 (4), 428.

<sup>450</sup> Raymond G. Frey, *Interests and Rights: The Case Against Animals*, (Oxford: The Clarendon Press 1980).

физичким особинама, док се данас ради исто само од случаја до случаја. Антропоцентризам моралних теорија изгледа као да задобија извјесне разумне основе/оправдања.<sup>451</sup> Али, узимајући у обзир ниво искључивости који је урођен у правној фикцији личности и обиму негативних ефеката које је начинила људској раси, и односу људи према животињама, нису ли њени морални основи нешто више од невино антропоцентричних? Имајући у виду, све претходно поменуто, сматрам да јесу. Не тврдим да је брига за људска бића, њихове жеље и потребе, њихово задовољење, шовинистичка. Али, уколико категоризација људи, на оне који су вриједни, или невриједни заштите, и категоризација оних који су вриједни, на оне који су више, и оне који су мање вриједни, а све на основу њихових физички одређених друштвених способности, није шовинизам, шта је онда!?

Дакле, нити људски род, нити животиње имају/немају било какву корисност од правне фикције личности. Било би лакше заступати корисност нуклеарне енергије за окружење него правног субјективитета за људски род.

#### 4.5. Опажања

Установљено је да сврха фикције личности треба бити истражена у контексту сврхе коју правне фикције имају уопште, а то је да послужи у реформи/стварању права. Како би њена употреба била оправдана у описаној сврси, фикција личности нужно подразумјева недостатак мјеродавног знања што резултира њеном погрешношћу; али обавезно и корисношћу.

Што се тиче недостатка мјеродавног знања, закључак до којег се дошло, кроз дискусије, је да ова нарочита карактеристика фикције није примјенљива на питање почетка заштите живота. Под таквим околностима, могуће је одржати примјењивост фикције личности само уколико је умишљајно утемељимо на нетачним фактички премисама. Међутим, то би даље значајно утицало на карактер ове фикције и потенцијално би је трансформисало у емпиријску правну грешку. Како било, у сваком случају јој недостаје нужни елемент корисности, те се не може оправдано примјењени. Значајно је напоменути да постоје бројна академска мишљења да правне фикције нису

---

<sup>451</sup> Roman Altshuler, The Value of Nonhuman Nature: A Constitutive View, *Ethic Theory Moral Prac* (2014): 17, 469–485.

погодне за коришћење у напредним стадијумима развоја права. Ово се нарочито односи на регулативу у области биомедицине.

Што се тиче овог конститутивног елемента правне фикције, разматрање је расвијетлио да се правна фикција личности не заснива на мјеродавном знању. Са једне стране, уобичајен европски правни стандард је препознавање правног субјективитета по рођењу. Са друге стране, мјеродавно знање снажно истиче да све особине чија се морална релевантност претпоставља, и сходно томе све одреднице правног субјективитета настају прије рођења. Рођење само по себи не ствара ниједну особину релевантну за правни субјективитет, нити иједна од њих настаје током, или као резултат овога догађаја. Међутим, он је гранична линија између људске пре-личности и личности. Зашто? Научници, заговорници теорије личности, откривају да способност манифестације образаца понашања, специфичних за људску врсту постоји заправо, јер носи морални и правни значај. Ова способност може бити потврђена само након рођења, што је подударно са необоривим елементом правне фикције личности. Инсистирање на понашању, на тај начин, лишава предметну правну фикцију њених евентуалних корисности.

Што се тиче елемента корисности правне фикције, он се у односу на фикцију личности може посматрати са историјског аспекта, и са аспекта предстојећих открића. Са историјског гледишта, предметна фикција је наметнула само патњу беспомоћним члановима људске врсте. Негативно је утицала на различите групе као као што су црнци, жене, урођеници. Када упорно настављамо примјењивати критеријуме личности да одредимо нечији правни статус, није изненађујуће што континуирано откривамо “нове облике нетрпељивости и нове групе личности чији морални статус је био неправедно умањен.” Тренутно, само асимиловане животиње могу се квалификовати за моралне и правне обзире. Овакво стање се не може оправдати од стране било каквог антропоцентричног резонувања. Правна фикција личности је лишена корисности у питањима сва три доба.

Сада, имајући у виду да формална категорија правног субјективитета демонстративно не испуњава захтјеве правне фикције, то се не може оправдано користити као инструмент за реформисање/стварање права. Ровс, такође, одбацује тврдњу да је правни субјективитет неопходан као услов за посједовање моралних права.<sup>452</sup> Судаћи по

---

<sup>452</sup> Rawls John, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), ,12.

Стравсонту, постоји “ логичан примитивизам концепта личности.”<sup>453</sup> Због свих ових разлога, правни субјективитет је морално неодржив и правно погрешна формална конструкција. Имајући у виду, да нити је претпостављена под концептом о моралном статусу, носиоци моралног статуса не би требало да буду категорисани њоме у сврху заштите права на живот. У супротном, требали бисмо обавезно усвојити веома опуштenu интерпретацију права на живот по којој оно може бити *јакo*<sup>454</sup> или *озбиљно*<sup>455</sup> и, слeдствeно томе супрoтно од свега тога. Цијeна одржавања нашег вјеровања у личност је ненадомјестива (узимајући у обзир годишњи број абoртуса извршених на захтјев и број животиња које су убијене због укуса њиховог меса). Имајући у виду, све негативне ефекте који су повезани са правном фикцијом личности са једне стране, и научни напредак који би могао да нам омогући да једног дана пробудимо PVS пацијенте са друге стране, сматрам да правни субјективитет не би требало да буде референтан ни у сврху трајања права на живот.

---

<sup>453</sup> Strawson Peter Frederick, *Persons*, in: *Essays in Philosophical Psychology* (ed), Gustafson F. Donald (New York: Anceor Books 1964), 402.

<sup>454</sup> Warren Anne Mary, *The Moral Significance of Birth*, *Hypatia* (1989): 4.

<sup>455</sup> Michael Tooley, *Abortion and infaticide*, *Philosophy and Public Affairs*, (1972): 2(1).

## ГЛАВА V

### ТЕКСТУАЛНО ФОРМУЛИСАЊЕ ПРАВА НА ЖИВОТ

#### 1. УНИВЕРЗАЛНИ ПРАВНИ ИЗВОРИ О ПРАВУ НА ЖИВОТ И ПОЧЕТКУ ЊЕГОВЕ ЗАШТИТЕ

Испитати да ли универзални текстови о људским правима покривају пренатални људски живот није лак задатак. Постоје мишљења да је у већини уговора о људским правима питање сматрано, такође, контраверзним и запаљивим да би било рјешено у фази нацрта, те је било остављено отвореним за интерпретацију од стране тијела која примјењују уговоре.<sup>456</sup> Историјском методу анализе и процесу израде нацрта је додијељена кључна улога у дијелу истраживања које слиједи. У том смислу, то је важно имати на уму, да је идеја о универзалној заштити људских права била зачета у покушају да се обезбиједи најосновније људско право – право на живот. Као резултат таквих напора Универзална Декларација о људским правима је усвојена као угаоник инструмената за људска права.

##### 1.1. Универзална декларација о људским правима

Универзална декларација о људским правима била је усвојена од стране УН-ове Генералне скупштине 10.12.1948. Она је резултат искустава из Другог свјетског рата. Завршетком рата и стварањем Уједињених нација, међународна заједница је настојала да се такви злочини и конфликти никада не понове. Након великих деструкција, и никада виђених ратних страха праћених истребљењем читавих група људских бића на основу њиховог етничког поријекла, менталних или/и физичких карактеристика, или политичких погледа, идеја о генерализације заштите људских права постаје прихваћена на универзалном нивоу.<sup>457</sup> У овом правцу, Морнсинк наглашава да “су дубоке истине откривене у уму холокауста, и убрзо након тога, стављене на папир”.<sup>458</sup> Документ који је разматран, и који ће касније постати Универзална декларација о људским правима, разматран је на првој сједници Генералне скупштине 1946., након чега је задужена посебној комисији. Комисија, на свом првом састанку почетком 1947., овластила је своје чланове да формулишу оно што је названо " прелиминарни нацрт Међународна повеља

---

<sup>456</sup> Wicks Elizabeth , The Meaning of ‘Life’: Life in International Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review* (2012): 12(2). 208.

<sup>457</sup> Погледати Avramov Smilja, *Међународно јавно право*, (Београд: Академија за дипломатију и безбедност 2011), 366-369; Етински Родољуб, *Међународно јавно право*, (Београд 2010) 213 - 217;

<sup>458</sup> *Погледати* Morsink Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000), 40.

људских права". Касније, рад преузет од стране формалног комитета за израду нацрта, састављен од чланова комисије из осам држава, изабраних поштујући географску заступљеност. 17.06.1947. године. Комисија Комитета, за израду нацрта, формулисала је Међународну повељу права која је гарантовала право на живот у свом члану 3. приједлог чилеанског представника за формулисање овог члана гласи:

Свака личност има право на живот. Ово право обухвата право на живот од момента зачећа; право на живот неспособних, имбецила и безумних. Укључује право издржавања оних који не могу да се издржавају властитим радом; и подразумјева дужност државе да се постара да се таква подршка начињени доступним.

Нацрт члана 3. који је усвојен на овој сесији гласи: „Свако има право на живот. Ово право може бити ускраћено само особама које су биле осуђене према општем праву за неких злочин против друштва за који је прописана смртна казна“.<sup>459</sup> Као што можемо видјети, овај приједлог уводи смртну казну као изузетак од заштите права на живот и не укључује фразу *од момента зачећа*. Усвојени текст члана 3. Универзалне декларације о људским правима не садржи одређење о смртној казни и гласи: *Свако има право на живот, слободу и безбједност личности*.<sup>460</sup> Очигледно, није било концензуса за увођење фразе *од момента зачећа* у текст декларације. Како било, постоји мишљење да је било немогуће прихватити чилеански приједлог само зато што су многа национална законодавства дозвољавала абортус.<sup>461</sup>

У том смислу, не може се превидјети историјски моменат када је *UNDHR* усвојена. У то доба, дјела против нерођеног дјетета, као што је абортус, су оквалификовани као злочини против човјечности. Девет мјесеци прије усвајања *UNDHR* (10.03.1948.), чувени *RuSHA-Trial*<sup>462</sup> окончан је доношењем неколико пресуда у вези са абортусом и његовим статусом у међународном праву. Крајњи резултат био је су два оптужена осуђена, док је један ослобођен оптужби за присилне абортусе. Седам пресуда за добровољне абортусе су

---

<sup>459</sup> At [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/3](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/AC.1/3), October 2013.

<sup>460</sup> As it was drafted at session held on 28 Jun 1948, Погледати at [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/800](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/800), October 2013.

<sup>461</sup> Alfredsson Gudmundur and Asbjørn Eide, *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement* (Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands 2005), 91, Gomez Isa Felipe, de Feyter Koen, *International protection on human rights and its achievements* (Bilbao: University of Deusto 2006), 91

<sup>462</sup> *RuSHA-Trial*, Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law, Volume 5, from: [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_war-criminals\\_Vol-V.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-V.pdf), October 2013.



такође донесене, и оптужени су проглашени невиним.<sup>463</sup> Добровољни абортуси су били такође кривично гоњени и суђени у то вријеме. Међународни војни трибунали су квалификовали абортусе у случајевима *Goreing* и *Greiflet* као злочине против човјечности и геноцид.<sup>464</sup> Двије норме усвојене у међународном праву довеле су до таквог судског поимања абортуса. Прва је била усвојена у члану 43. Конвенција о законима и обичајима рата на копну (Хашка конвенција IV, 1907.), и њеног анекса: правилник која се тиче закона и обичаја рата на копну,<sup>465</sup> који обавезује окупациону силу да поштује законе окупиране земље, што су њемачке власти пропустиле да ураде у Пољској (у којој су абортуси били забрањени). Срж одбране, уопште, била је примједба на *ex post facto*, и у тим специфичним случајевима, да одређене државе укључене у рат нису биле потписнице наведене Конвенције. Уистину, примјењивост члана 43. Конвенције је сведена на злочине почињене у Пољској, или у другим државама гдје је национално законодавство забрањивало абортус. Међутим, процес је обухватио и абортусе који су се догодили у Њемачкој пошто је суспензија заштите живота нерођеном дјетету,<sup>466</sup> сматрано за злочин. Злочини који су се догодили на окупираној националној територији су изван обима члана 43 Хашке конвенције IV, 1907., и ти злочини падају под обим друге норме усвојене у члану 46. Хашке конвенције IV, 1907., који обавезује странке да поштују животе особа. Тужилац из Совјетског Савеза (чије национално законодавство је дозвољавало абортус још од 1924.) инсистирао је да статус жртве у овом злочину осим мајци припада и нерођеном дјетету. Уопште, оптужница није настојала да докаже кршење било којег мјеродавног извора (који у конкретном случају сачињавају међународни извори, Лондонска повеља, и национални извори као што су: кривични закони цивилизованих народа, кривични закони окупираних земаља) директно, и судско прихватање овога концепта који резултирао пресудом свједочи став да дјела против живота нерођеног дјетета чине кршење широког спектра међународног права и достигнућа цивилизације.

Чињенице, да су добровољни абортуси и абортуси почињени у оквиру обима члана 46. Хашке конвенције IV, 1907. били оквалификован као злочини против човјечности,

---

<sup>463</sup> Погледати Tuomala C. Jeffrey, *Nuremberg and The Crime Of Abortion, Faculty Publications and Presentations, Liberty University* (2011), 283.

<sup>464</sup> Tuomala C. Jeffrey, *Nuremberg and Crime of Abortion, University of Toledo Law Review*, [http://digitalcommons.liberty.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1047&context=lusol\\_fac\\_pubs](http://digitalcommons.liberty.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1047&context=lusol_fac_pubs), February 2014.

<sup>465</sup> The Hague 18 October 1907 at <http://www.icrc.org/ihl/intro/195?OpenDocument>, October 2013.

<sup>466</sup> Which was introduced in Germans legislation, for more details about history of abortion regulation in Germany refer да Eser Albin, *Reform of German Abortion law First Experiences, The American Journal of Comparative Law*, (1986): 34(2), <http://www.jstor.org/stable/840150> October 2013.

неизбјежно су утицале на интерпретацију стандарда у заштити људских права, а тиме и на актуелну/наредну израду инструмената за њихову заштиту. Постоји разноликост међу позицијама у питањима као што су: од којег пренаталног момента се треба додијелити заштита, који обим заштите да се обезбједи за одређено доба гестације, који је правни статус нерођеног дјетета итд. Могло би се рећи да је опште мишљење да живот треба бити заштићен прије рођења.

## 1.2. Декларација о правима дјетета

Декларација о правима дјетета <sup>467</sup> усвојена је 1959., готово 10 година након UNDHR, која у својој Преамбули уводи „(...) дијете , из разлога физичке и менталне незрелости, треба специјалну заштиту и његу, укључујући адекватну правну заштиту, прије и након рођења“. Практични ефекти ове преамбуларне норме не могу се изоловати из контекста Бечке конвенције у уговорном праву (Бечка конвенција) и њених одредби. Члан 31. Бечке конвенције гласи „у сврху интерпретације уговора обухватиће, уз текст, и његову преамбулу, (...)“. Због тога, може се тврдити да су одредбе ове Декларације намјењене заштити нерођене дјеце, једнако као што су и намјењене заштити рођене дјеце.<sup>468</sup> Моменат у којем дијете почиње да постоји није утврђен за потребе ове Декларације. Ово може значити да предлагачи Декларације нису намјеравали да уведу обавезу на државе потписнице да нерођеном дјетету пруже заштиту од самог момента зачећа. У сваком случају, сигурно је да предлагачи нису намјеравали да оставе дијете незаштићеним кроз цијели пренатални период.

Преамбула осликава континуитет позиција међународног права, имајући у виду да је поменута посебна заштита дјетета била наглашена у Женевској декларацији о правима дјетета из 1924., што је такође препознато у Универзална декларацији о људским правима. Заштита права на живот нерођеном дјетету може се сматрати као облик посебне заштите. Намјера да се заштити живот нерођеног дјетета такође је исказана кроз неколико нормативних активности међународне заједнице након усвајања UNDHR. Четврта Женевска конвенција (1949.),<sup>469</sup> даје посебну асистенцију дјечи испод 15 година, трудницама и мајкама дјеце испод седам година старости (члан 14., 16., 38 (5), и 50).. Женевски протокол II (1977), уз ову Конвенцију у члану 6. (4), прописује да „смртна казна

<sup>467</sup> Adopted by UN General Assembly Resolution 1386 (XIV), of 10 December 1959, Погледати at <http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>, October 2013.

<sup>468</sup> Погледати Blanchfield Luisa, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Background and Policy Issues*, (Congressional Research Service 2011), 15.

<sup>469</sup> <http://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, October 2013.

се (...) неће спровести на трудним женама или мајкама мале дјеце.<sup>470</sup> Ово одредба вуче коријене из Римског права и повезује право Женевских конвенција са логиком заштите коју је пружало Римско право. Конвенција о превенцији и кажњавању злочина геноцида (1948.),<sup>471</sup> у свом члану 2., прописује да геноцид значи (...) наметање мјера намјењених да спријече рођења унутар групе; и тешко је тврдити да ова норма, заједно са директном заштитом групе, не покрива заштиту нерођеног дјетета.

### 1.3. Међународна конвенција о грађанским и политичким првима

Међународна конвенција о грађанским и политичким првима (ICCPR) је сљедећи кључни инструмент људских права који се директно заснива на UNDHR. члан 6. (1) ICCPR the гласи: „Свако људско биће има урођено право на живот. „Ово право ће бити законом заштићено. Нико неће бити арбитарно лишен живота.“ коментар број: 6, параграф 5. Комитета за људска права објашњава да израз „урођено право на живот“ у члану 6. „не може бити исправно схваћено на рестриктиван начин“. Уопште, „сматрано је да право на живот није право додјељено индивидуи од стране друштва. Друштва, заправо, имају дужност према индивидуи—да штите његово право на живот.“<sup>472</sup>

Широка подршка међу представницима држава на Трећем комитету (за социјална, хуманитарна и питања из области културе) Генералне скупштине указује да је ова одредба била умногоме подржана због теорије природног права која сматра да људска права постоје изван позитивног права. Према члану 6., право на живот је урођено и неутуђиво; долази из наше природе као људских бића, не из закона било које државе.<sup>473</sup> Иако је постојао широк концензусу о потреби за реafirмацијом заштите права на живот, ипак су постојале кључне разлике у приступима његовом формулисању.<sup>474</sup> Оне се тичу широког обима питања као што су: да ли је право на живот апсолутно право, да ли би оно требало да укључује позитивну обавезу да државе гарантују право на живот против незаконитих потеза државе или/и индивидуе итд. Питање да ли право на живот треба бити заштићено од момента зачећа, такође је довело до дискусије. На нацрт предметног члана, који је

<sup>470</sup>

At <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=DDA40E6D88861483C12563CD0051E7F2>, October 2013.

<sup>471</sup> Adopted by Resolution 260 (III), A of the United Nations General Assembly on 9 December 1948, at <http://www.hrweb.org/legal/genocide.html>, October 2013.

<sup>472</sup> Bossuyt Marc, Guide da the ‘Travaux Preparatoires’ of the International Covenant on Civil and Political Rights (Dordrecht: Martinus Nijhoff 1987), 119.

<sup>473</sup> Ibid, 115.

<sup>474</sup> For more details refer da Ramcharan G. Bertrand, *The Right da life in international law*, Hague Academy of International Law, Center for Studies and Research 1985, 42-57.

формулисан од стране Комисије за људска права, Белгија, Бразил, Ел Салвадор, Мексико, и Мароко уложили су амандмане (2573 IA) који су предвиђали увођење заштите права на живот од момента зачећа. Разлог за неприхватање овога амандмана био је тај што државе нису биле способне да одреде тачан моменат зачећа тј. било је немогуће за државу да пружи заштиту од момента и испуне своју евентуалну позитивну обавезу.<sup>475</sup>

Са аспекта члана 32. Бечке конвенције који уводи да „током које може бити да додатна средства интерпретације, укључујући припремне нацрте уговора и околности под којима су усвојени закључци“, могуће је да тврдити како слиједи. Прво, намјера за заштиту нерођеног дјетета није била упитна, те с тога одредбе ICCPR су утврђене да је дијете живо.<sup>476</sup> Друго, чињеница да живот почиње прије рођења, и сљедствена потреба да се заштити, нису биле спорне. Заштита живота нерођеног дјетета била је спорна само у односу на њен почетак.

Намјера да се заштити нерођено дијете може, такође, бити потврђена кроз анализу коришћене терминологије која укључује коришћење одреднице *урођено*. Интерпретација фразе *урођено право на живот*, која је усвојена од стране ICCPR-овог интерпретативног тијела (HRC's), наглашава да она не може бити уска.<sup>477</sup> Општи коментар број 6 захтјева да државне странке преузму позитивне мјере да осигурају право на живот, нарочито мјере да повећају шансе да се живот одржи. Употреба овога термина, такође, може подржати став да дистинкцију између живота (као биолошке чињенице) и права на живот (као социо-правног феномена) не треба чинити, тј. мијешати, и да право на живот није дато од државе, али да треба бити заштићено путем њених инструмената.<sup>478</sup> Употреба помоћног глагола (*has*) у садашњем времену од глагола „имати“ умјесто употребе помоћног глагола у будућем времену (*shall*), од глагола „хтјети“, може подржати став да је живот заштићен од самог почетка (када год то било) сам по себи, и да је заштита безусловна.<sup>479</sup> Међутим,

---

<sup>475</sup> Погледати Detrick Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, (Netherlands: Kluwer Law International 1995), 134.

<sup>476</sup> Position of the embryology is that they are ажив from the very почетак of their existence, i.e. fertilization. Refer да Yanagimachi Ryuzo, *Mammalian fertilization, The psychology of reproduction*, (New Yourk, 1988), 135. The unique genetic package of an individual is laid down at fertilization. Погледати Dawson Karen, *Fertilization and moral status, a scientific perspective, Embryo experimentation* (Cambridge University Press 1990), <http://jme.bmj.com/content/13/4/173.full.pdf>, November 2013.

<sup>477</sup> Погледати General Comment No. 06: The right да life (art. 6), 30.04.1982, at <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3>, October 2013.

<sup>478</sup> Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (Kehl am Rhein: Engel 2005), 125.

<sup>479</sup> More about meaning of used terminology refer to: Detrick Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, (Netherlands: Kluwer Law International 1995), 126.

узимајући у обзир околност, да медицина тога времена није била способна да да потпун одговор на питање када се догодило зачеће, тј. када позитивна обавеза државе настаје, било је практичније се да избјегне употреба фразе *од момента зачећа*. Околности под којима је овај члан формулисан оставља отвореним питање да ли је фетус у потпуности, или дјелимично заштићен његовим одредбама.<sup>480</sup> Викс сматра да: “члан 6.(1) успјешно индицира да је (а) право на живот морално, или природно право, право које је старије од позитивно правне заштите државе потписнице; (б) да је урођено свим људским бићима; и (в) да је апсолутно право, и да је само повријеђено уколико држава арбитрарно одузима живот некој индивидуи”.<sup>481</sup>

Може се учинити да HRC-ов општи коментар број 28, о једнакости права између мушкараца и жена, који тражи да државе странке, када пријављују о праву на живот заштићеним од стране члана 6., да дају информацију у било којој мјери која је предузета од стране државе, у циљу помоћи женама да се спријече нежељене трудноће, и да осигурају да се оне не морају подвргнути тајним абортусима опасним по живот,<sup>482</sup> чини се противан изнијетој тврдњи. Када разматрамо ову могућност двије чињенице треба узети у обзир. Прво, општи коментар се не односи на обим члана 6. ICCPR. Коментар, даље, сугерише превенцију (не абортус) као мјеру за заштиту живота жена.

Такође, постоје други УН инструменти који садрже термин *урођено* када установљавају право на живот као што је Конвенција о правима дјетета,<sup>483</sup> и Конвенција о правима особа са инвалидитетом<sup>484</sup>.

#### 1.4. Конвенција о правима дјетета

Конвенција о правима дјетета у члану 6. (1) гласи: „Државе чланице препознају да свако дијете има урођено право на живот.“ Опште је мишљење да овај члан даје исте гаранције као и члан 6. (1) ICCPR. Разматрања о почетку заштите права на живот су

---

<sup>480</sup> Погледати Alfredsson G., Asbjørn E., *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*, Martinus Nijhoff publishers, The Netherlands 2005, 96.

<sup>481</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 42.

<sup>482</sup> Погледати Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, HRI/GEN/1/Rev. 7 (2004), (Compilation of General Comments), at 179 para 10.

<sup>483</sup> Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49, at <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf>, October 2013.

<sup>484</sup> Entry into force on 3 May 2008, at <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>, October 2013.

избјегнута, како би Конвенција била прихватљива за државе са различитим националним законодавствима по овом питању.<sup>485</sup> Члан 1. ове Конвенције дефинише да „за потребе ове Конвенције, дијете значи свако људско биће испод 18 година, осим ако под законом примјењивим на дијете пунољетство бива стечено раније“, чиме се уводи горња граница појма дјетинства до које се примјењују одредбе ове Конвенције. Међутим, почетак њихове примјене није дефинисан, само је индиректно указан у преамбули који садржи фразу *прије као и након рођења*. Најважније побољшање у заштити права на живот дјете које је донијела ова Конвенција је нова позитивна обавеза за државе уведена у другој реченици члана 6. која гласи: „ Државе странке ће осигурати, у максималној могућој мјери, преживљавање и развој дјетета“, што према преамбули покрива до одређеног обима пренатални и постнатални период дјетинства (до 18. година). Ефекат ове обавезе у пракси ће бити касније истражен.

### **1.5. Конвенција о правима особа са инвалидитетом**

Конвенција о правима особа са инвалидитетом у свом члану 10. уводи да: “Државне странке потврђују да свако људско биће има урођено право на живот, и да се предузму све неопходне мјере да би особе са инвалидитетом уживале осигурање живота на једнаким основама као и други.“ Овде није начињена никаква дистинкција у заштити права на живот по основу инвалидитета. Овај члан штити право на живот особи са инвалидитетом у истом обиму, као и свима другима, и његова сврха је да одстрани било коју могућу рестрикцију овог права, било у погледу његовог садржаја, било у погледу његовог обима, која би могла настати због инвалидитета. Ово може бити разлог зашто су предлагачи Конвенције о правима особа са инвалидитетом користили фразу „урођено право на живот“. Значење појма „урођено“, ће бити додатно објашњено унутар поглавља 3 у контексту људског дигнитета. Оно једнако важи и овде. Дакле, сматрам да одредба усвојена у овом члану снажно негира широко распрострањену правну праксу која уклања временска ограничења за приступ абортусу на основу феталне малформације. Чак шта више, спорно је да ли недостаци могу бити основ за абортус уопште. Разматрање на ову тему, такође, треба ставити у свијетло гаранције против дискриминације и забране против селективних абортуса по основу пола. Као што сам већ рекао, уколико пол, као тјелесна

---

<sup>485</sup> Blanchfield Luisa, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Background and Policy Issues*, (Congressional Research Service 2011), 13-14.

карактеристика, не може бити основ за абортус, онда физичка малформација, такође не може бити основ.

## 1.6. Опажања

Универзални извори људских права заузимају толерантан однос према присутним разликама правног статуса нерођеног дјетета широм свијета. Почетак заштите права на живот није одређен у универзалним изворима,<sup>486</sup> нити је искључена у пренаталном периоду.<sup>487</sup> Дилеме као што су: да ли је нерођено дијете-дијете, да ли је живо од момента зачећа и када се зачеће догодило, оставиле су нерођено дијете без експлицитне заштите која би се везивала за неки стадијум. Током формулисања, преговарачке делегације нису правиле дистинкцију између живота као биолошке чињенице и права на живот као социоправне чињенице. Може се закључити, да је питање када би заштита права на живот требала почети остављено отвореним док наука не досегне одговор на питање када је људско биће, као биолошка индивидуа, почела да постоји. Пошто је право на живот *урођено*, оно треба да буде дато само по основу егзистенције људским бићима без обзира на њихов друштвени или правни статус.

Данас, научни напредак у области биомедицине донио је јасно разумијевање људског развоја од фертилизације до рођења. Пренатални развој је подијељен у два стадијума. Први почиње зачећем и траје до 9-те гестацијске недеље (стадијум ембриона), и други од 9-те гестацијске недеље до рођења (стадијум фетуса).<sup>488</sup> У стадијуму ембриона (од 4-те гестацијске недеље) системи органа почињу се развијати.<sup>489</sup> Познато је да у 9-тој гестацијској недељи нерођено дијете посједује функционалне виталне органе као што су: мозак, срце, плућа, јетра, цријева.<sup>490</sup> Људски живот је континуирани процес без обзира колико има стадијума развоја.<sup>491</sup> Од самог зачећа он почиње да се развија, што доказује да је већ жив.<sup>492</sup> Од сингамије означен је са јединственом генетском структуром.

---

<sup>486</sup> Jacobs, F. White, R, *The European Convention on Human Rights*, fourth edition, (New York: Oxford University Press 2006), 62.

<sup>487</sup> Palević, Milan, Dakić, Dragan. Početak zaštite prava na život na Američkom kontinentu = Beginnig of right to life protection at American continent. *Журнал за криминалистику и право = Journal of Criminalistics and Law*, ISSN 0354-8872 Academy of Criminalistic and Police Studies 2013, pp 81-93 [COBISS.SR-ID 202737420].

<sup>488</sup> Погледати Radulovic Špiro, *Popularni medicinski recnik*, (Beograd 1996), 36,42.

<sup>489</sup> Nikolić, I. dr.Rančić, dr.Radenković, dr.. Čaučković, dr.. Todorović, dr.. Mitić, *Embriologija čovjeka*, Udžbenik i atlas, prvo izdanje, Mrdicinski fakultet Niš 2004, 3

<sup>490</sup> Погледати Kurjak Asim. Zmijanac, J. *Etika prenatalne dijagnostike i terapije*, (Zagreb 1990), 28.

<sup>491</sup> Petersen Peter, *Schwangerschaftsabbruch – unser Bewusstsein vom Tod im Leben*, (Stuttgart:Urachhaus 1986), 128.

<sup>492</sup> Weber Dieter, *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaft Schaden*, (Berlin 1988), 10.

Тренутно постоје двије супростављене тенденције у односу на регулисање почетка заштите права на живот. На универзалном нивоу улажу се напори да се уведе неограничен абортус као људско право које је дио репродуктивних права,<sup>493</sup> или чак хуманитарног права. Супротно овоме, постоји растућа свијест заснована на научном напретку у области биомедицине, пратећих нормативних активности и регионалне судске праксе, која се претежно тиче заштите дигнитета. Људски живот, као носилац дигнитета, који настаје на сингамији, треба да буде адекватно заштићен од настанка.

## 2. ПРАВО НА ЖИВОТ У РЕГИОНАЛНИМ ПРАВНИМ ИЗВОРИМА

Позитивно право је формирано под утицајем религијских и филозофских учења, нарочито у одређивању почетка заштите права на живот. У другој половини двадесетог вијека, дуготрајна тежња ка заштити људског живота, довела је до епилога на нивоу међународног права. У априлу 1948. Организација Америчких Држава усвојила је Америчку декларацију о правима и дужностима човјека. Може се сматрати првим уговором о људским правима у међународном праву, и прва одредба овога инструмента је право на живот. Члан 1. гласи: “Свако људско биће има право на живот, слободу и безбједност личности.” Америчка декларација постепено је замјењена Америчком конвенцијом о људским правима, која у члану 4.(1) штити право на живот и гласи: “Свака особа има право да његов живот буде поштован. Ово право ће бити законом заштићено, генерално, од момента зачећа. Нико неће бити арбитрарно лишен живота.” АСНР је ступила на снагу 1978. године и проводи је Интер-америчка комисија за људска права (установљена 1959.), и Амерички суд за људска права (установљен Конвенцијом). САД и Канада нису ратификовале Конвенцију.

Афричка повеља о људским и правима народа одобрена је од стране Организације афричког јединства 1981. године и ступила је на снагу 1986. Члан 4. овога документа штити право на живот: „Људска бића су неповредива. Свако људско биће има право да му се поштује живот и интегритет његове личности. Нико не може бити арбитрарно лишен овога права.“ Истицање неповредивости људског живота је допуњена експлицитном заштитом људског дигнитета у члану 5.: „Свака индивидуа има право на поштовање

---

<sup>493</sup> *Annual Report of the United Nations High Commissioner and the Secretary General 2012* [http://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/A.HRC.21.22\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/A.HRC.21.22_en.pdf) November 2013.



дигнитета урођеног људском бићу.’ Овај члан наставља са забраном “свих облика експлоатације и дерогације човјека”.

## 2.1. Америчка декларација о правима и дужностима човјека

Државе Латинске Америке настојале су укључити заштиту нерођеног дјетета у људска права од самог почетка израде Америчке Декларације. У складу са резолуцијом XL Интер-америчке конференције о проблемама рата и мира (Мексико, 1945.), Интер-амерички судски комитет у Рио де Женеиру, је формулисао прелиминарни нацрт Америчке декларације о људским правима.<sup>494</sup> Као резултат Девете Међународне конференције америчких држава у Боготи (1948.), усвојена је Америчка декларација о правима и дужностима човјека (Америчка декларација). Она је важна да се истражи од ког момента штити нерођено дијете, пошто представља основу Америчке повеље о људским правима, и то је обавезујућа за Сједињене Америчке Државе и Канаду.

Члан 1. Америчке декларације гласи: „Свако људско биће има право на живот, слободу и безбједност личности.“ Нацрт члана 1. Америчке декларације, који је сачињен од стране Судског комитета 1947., гласи: „Свака особа има право на живот, укључујући и оне који још увијек нису рођени, као и неизљечиви, безумни, и ментално ретардирани.“<sup>495</sup> На конференцији у Боготи, радна група је уложила амандмане на нацрт и предложено је како слиједи: „Свако људско биће има право на живот, слободу, безбједност и интегритет личности,“ уклањајући дио који је наглашавао да ово право обухвата право на живот од момента зачећа; право на живот и неизлијечивима, безумнима, и ментално ретардиранима. Смртна казна се може изрећи само за дјело предвиђено законом за дјело које је изузетне тежине, и додајући право на слободу, безбједност, и персонални интегритет.<sup>496</sup> Дана 30.04.1948. године, 7. пленарна сједница конференције одобрила је крајњи текст члана 1.<sup>497</sup> и потписана је 02.05.1948.<sup>498</sup>

Америчка декларација не садржи позитивну дефиницију носиоца права како је у једној фази њене израде предлагано. Чињеница да је дио који је наглашавао да ово право обухвата право на живот од момента зачећа; право на живот неизлијечивима, имбецилима и безумима избрисан, довела до значајних разлика у интерпретацији почетка заштите права на живот међу њеним чланицама потписницама. Док је већина, у Интер-америчкој

<sup>494</sup> Погледати *id.* 1 19(a), (majority opinion).

<sup>495</sup> *Baby Boy*, OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9, rev. 1, 1 14(a).

<sup>496</sup> *Idid.* 11 19(b).

<sup>497</sup> *Idid.* 1 19(g).

<sup>498</sup> *Idid.*

комисији за људска права, у предмету *Baby Boy v. Сједињене Америчке Државе*,<sup>499</sup> сматрала да су описане промјене представљале политички компромис у сврху разрјешења наводне некомпатибилности између предложеног нацрта и домаћих права која су дозвољавала абортусу у ограниченим околностима у Аргентини, Куби, Бразилу, Сједињеним Америчким Државама, Перуу, Мексику, Венецуели, и Уругвају. Чланови комисије, Монро и Тинко указали су да, као што брисање фразе “ово право обухвата право на живот од момента зачећа, право на живот неизлијечивма, имбецилима, и безумима”, не може разумно водити ка закључку да државе нису намјеравале да заштите живот лицима са недостатком. Исто тако просто брисање реченице не може засновати презумпцију да су државе странке одбациле приједлог Интер-америчког судског комитета да се заштити нерођено дијете. Подржавајући аргументи за овај приступ могу се наћи у литератури.<sup>500</sup> Када је у питању Америчка декларација, подносилац представке у *Baby Boy v. Сједињене Америчке Државе*, указано је на припрему (*travaux preparatoires*) Декларације, која указује на намјеру да се заштити право на живот од момента зачећа.<sup>501</sup> Држава Department Сједињених Америчких Држава тврди да су током формулисања Декларације чланови одбацили примјенљивост права на живот прије рођења.<sup>502</sup>

## 2.2. Америчка конвенција о људским правима

Америчка конвенција о људским правима (Америчка конвенција) је усвојена на Интер-америчкој специјализованој конференцији за људска права, у Коста Рики (San José) 22.11.1969. То је најзначајнији уговор о људским правима на америчком континенту, са ауторитативним судским тијелом, обавезујући је за све државе чланице. Америчка конвенција уводи дефиницију носиоца права као *свако људско биће*. Ово значи да национална законодавства нису овлашћена, то дефинишу на било који други начин од начина на који је то учињено у Америчкој конвенцији.<sup>503</sup> Такође, ово може значити да су националне судске власти овлашћене да дефинишу значење фразе *људско биће*, тј. када људско биће почиње постојати. На овај начин, дилема „од којег момента је

<sup>499</sup> *Baby Boy v. The United States, Case 2141, Inter-Am. C.H.R., Report No. 23/81, март. 6, 1981, OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9, rev. 1. The resolution eventually concluded the new drafting demonstrated the intent to exclude the unborn child from human rights protection from abortion*

<sup>500</sup> Shelton Dinah, *Abortion and Right да Life in the Inter-American System: the Case of “Baby Boy”*, *Human Rights Law Journal* (1981): 2, 309, 313.

<sup>501</sup> *Baby Boy v. The United States, Case 2141, Inter-Am. C.H.R., Report No. 23/81, Mar. 6, 1981, OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9, rev. 1, 1 18.*

<sup>502</sup> *Id.* 1 14(a).

<sup>503</sup> Погледати Joseph Rita, *Human rights and the unborn child*, (Martinus Nijhoff publishers, The Netherlands 2009), 214.

људски живот заштићен“, на америчком континенту, је замјењена питањем „од којег моменат људско биће почиње да постоји“? Овакав правни оквир може бити коријен, или макар један од разлога, који су утицали на формирање ставова аутора из овог региона о томе када настаје носилац права.

Из претходног кратког увода, већ је јасно да су биолошки параметри релевантни за почетак заштите права на живот на америчком континенту. Поређења ради, постоје аутори који сматрају да су за Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода за одређивање титулара права на живот, релевантни социолошки параметри као примарни објекат заштите њених гаранција. Имајући у виду, да је предмет заштите права на живот према Конвенцији примарно биолошке, а не социолошке природе, можемо рећи да је њен обим, који гарантује Конвенција, шири од обима заштите који пружа Европска конвенција. У прилог овој констатацији иду и тврдње које износи Јозеф, да је у тексту Конвенције намерно изостављена дефиниција личности која би касније омогућила националним властима да кроз законодавство оставе без заштите било које људско биће.<sup>504</sup> Ова констатација се не може извести у случају Европске конвенције која је регулисање овог питања препустила националним властима,<sup>505</sup> сходно чему се људско биће штити само онда када према националном законодавству има статус личности или када је експлицитно заштићено прије рођења.<sup>506</sup> Европска конвенција, чак, препознаје фетус као припадника људској раси, али то не представља *per se* разлог за заштиту његовог живота.<sup>507</sup>

Друга реченица члана 4. став (1) Конвенције гласи: „Ово право ће бити законом заштићено, генерално, од тренутка зачећа.“, чиме је, како се из саме формулације уочава начелно утврђен тренутак од којег, за Конвенцију настаје људско биће, односно од којег се пружа заштита правом на живот. Коришћена фраза на енглеском језику *in general* што преведено значи: “генерално“ или „начелно“, у дијелу који прописује да се право на живот штити од тренутка зачећа, на америчком континенту је различито тумачена. Аргентина, Барбадос, Боливија, Бразил, Чиле, Колумбија, Коста Рика, Доминика, Еквадор, Ел Салвадор, Гренада, Гватемала, Хаити, Хондурас, Јамајка, Никарагва, Панама, Парагвај, Перу, Доминиканска Република, Суринам, Тринидад и Тобаго, Уругвај и Венецуела, овај

---

<sup>504</sup> Joseph, Ritta. *Human rights and the unborn child*. (Netherlands: Martinus Nijhoff publishers 2009), 214.

<sup>505</sup> *R. H. v Norway*, Application No. 17004/90, Declaration on inadmissibility 19 May 1992.

<sup>506</sup> *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010.

<sup>507</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004.

члан Конвенције тумаче као да је живот заштићен од тренутка зачећа.<sup>508</sup> Чак је и Мексико, у којем је, у време усвајања Конвенције, прекид трудноће био легализован, ставио општу резерву на овај члан сматрајући да он заиста пружа заштиту од тренутка зачећа.<sup>509</sup> Сједињене Америчке Државе су кроз своју судску праксу заузеле становиште да живот није заштићен од зачећа, већ од стицања способности за живот (*Roe v. Wade*). Међутим, Сједињене Америчке Државе нису државе чланице Конвенције, као ни Канада. У техничком смислу, то значи да Сједињене Државе не могу бити страна у поступку по индивидуалној представи због кршења Конвенције, али се влада САД-а упуштала у тумачење одредби Конвенције у поступку пред Интер-америчком комисијом за људска права који је вођен због навода о кршењу одредби Декларације.

### 2.3. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција) ступила је на снагу 1953. Она, такође, уводи заштиту права на живот у члану 2. (1), док у параграфу 2 истог члана набраја околности под који је могуће дерогирати њену заштиту. Члана 2. гласи:

1. Право на живот сваког лица заштићено је законом. Нико не смије бити намерно лишен живота, осим приликом извршења пресуде суда којом је осуђен за злочин за који је ова казна предвиђена законом.
2. Лишење живота се не сматра противним овом члану ако проистекне из употребе силе која је апсолутно нужна:
  - а) ради одбране неког лица од незаконитог насиља;
  - б) да би се извршило законито хапшење или спречило бекство лица законито лишеног слободе;
  - ц) приликом законитих мера које се предузимају у циљу сузбијања нереда или побуне.

Овај члан Европске конвенције је детаљно дефинисан од стране институције Конвенције, тј. некадашње Комисије за људска права (Комисија) и Европског суда за људска права (Суд). Судска пракса је расвијетлила да члан 2. намеће негативне, као и

<sup>508</sup> Ligia M. De Jesus, Revisiting Baby Boy v. United States: why the IACHR resolution did not effectively undermine the Inter-American system on human rights' protection of the right to life from conception, *Florida Journal of International Law* (2011), 223.

<sup>509</sup> Ibid. 263.

позитивне обавезе, државама чланицама Конвенције (државе, државе потписнице). Како било, ниједно право из обима члана 2 није апсолутно.

### 2.3.1. Право да се не буде убијен

Што се тиче негативне обавезе, државе би требало да се уздрже од умишљајног убијања особа унутар своје јурисдикције. Судаћи по институцијама Конвенције, право на живот не може се дерогирати,<sup>510</sup> изузев у околностима изричито набројаним у параграфу 2 члана 2.<sup>511</sup> У том смислу, Томпсон коректно описује ову позитивну обавезу као да “право на живот не садржи право не бити убијен, већ радије право не бити убијен неправедно.”<sup>512</sup>

Ово право може бити дерогирано у законитој акцији правних агената под описаним околностима. У *McCann v Уједињено Краљевство*<sup>513</sup> Суд је заузео став да термин ‘апсолутно неопходно’ у члану 2.(2) указује да ‘строг и више неодољив тест потребе’ мора бити примјењен насупротив тесту нужности у другим члановима Конвенције, и да сила коришћена од стране државних агената мора бити строго пропорционална утврђеном циљу. Суд је, такође, узео у обзир, не само потезе агената права, који заправо проводе силу већ, и „све пратеће околности као што су планирање и контрола предметне акције.”<sup>514</sup> Суд је закључио да је сила коришћена од стране војника била оправдана према члану 2.(2), као да је „заснована на искреном увјерењу, из добрих разлога, што је било валидно у то вријеме, али се накнадно испоставило погрешним”.<sup>515</sup> Али, пронашао је кршење члана 2. зато што је планирање и контрола употребе силе била незадовољавајућа. Суд држи симетричну позицију у сличном случају *Isayeva, Yusopova и Bazayeva v Russia*.<sup>516</sup>

За разлику од тих случајева, у *Andronicou and Constantinou v Cyprus*,<sup>517</sup> у којем су

---

<sup>510</sup>*McCann and others v The United Kingdom*, Application No. 18984/91, Merits, 27 September 1995, para 147; *Soering v The United Kingdom*, Application No. 14038/88, Merits, 07 July 1989, para 88; *Cruz Varas and others v Sweden*, Application No. 15576/89, Merits, 20 March 1991, para 99; *Orhan v Turkey*, Application No. 25656/94, Merits, 18 June 2002, para 325; *Ipek v Turkey*, Application No. 25760/94, Merits, 17 February 2004, para 163; *Imakayeva v Russia*, Application No. 7615/02, Merits, 09. November 2006, para 139; *Timurtas v Turkey*, Application No. 23531/94, Merits, 13. June 2000, para 82-83; *Velikova v Bulgaria*, Application No. 41488/98, Merits, 18 May 2000, para 68; *Makaratzis v Greece*, Application No. 50385/99, Merits, 20 December 2004, para 56; *Esmukhambetov and others v Russia*, Application No. 23445/03, Merits, 29 March 2011, para 138.

<sup>511</sup>*Esmukhambetov and others v Russia*, Application No. 23445/03, Merits, 29 March 2011, para 138.

<sup>512</sup> Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1), 57.

<sup>513</sup> *McCann and others v The United Kingdom*, Application No. 18984/91, Merits, 27 September 1995

<sup>514</sup> *Ibid.* para 150.

<sup>515</sup> *Ibid.* para 200.

<sup>516</sup> *Isayeva, Yusopova and Bazayeva v Russia* Applications Nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, Merits, 24 February 2005.

<sup>517</sup> *Andronicou and Constantinou v Cyprus* Application Nos. 86/1996/705/897, Merits, 9 October 1997.

планирање и организација полицијске акције проведени на начин који производи минималне ризике по живот, није установљено кршење права на живот, чак иако је предметна акција окончана са двије смрти. У очима Суда, употреба потенцијално смртоносне силе је изузетна мјера, прихватљива само у ситуацијама које захтјевају то у циљу да спријечава садашње, или предстојеће пријетње од незаконитог насиља. У овом свијетлу, у *Nachova v Bulgaria*,<sup>518</sup> Суд је закључио да никада не може бити апсолутно неопходно користити смртоносну силу да се ухапси ненасилан осумњиченик уколико он не представља пријетњу по живот или тијело, чак и ако ће неупотреба смртоносне силе резултирати бјежањем осумњиченог.<sup>519</sup>

Интересантан аспект права не бити убијен је представљен у *Soering v Уједињеном Краљевству*.<sup>520</sup> У овом случају Суд држи у постојање протокола б. (који забрањује смртну казну у вријеме мира) уз Конвенцију указује на намјеру чланица “да усвоје уобичајен метод за измјену текста Конвенције у циљу да се уведе нова обавеза укидања смртне казне”.<sup>521</sup> У том случају, Суд је сматрао да би екстрадиција особе јурисдикцијом, у којој се може суочити са смртном казном, била супротна члану 3. и његовој забрани нехуманог и деградирајућег кажњавања. Имајући у виду, да је смртоносна силу посљедње средство да се спасу невини животи, казна је тешко прихватљив изузетак од права не бити убијен. Ово је због чињенице да притворена особа не може представљати пријетњу у потребном интензитету другима, и која се не може елиминисати на алтернативан начин. У том смислу, Викс сматра да: “затворенику убијеном од стране државе је право на живот (*prima facie*) прекршено; док жртви његових злочина није”<sup>522</sup> (уколико држава адекватно заштити жртву, или казни убицу), што не оставља простора да ова казна буде легитимни изузетак од права не бити убијен.

Члан 2. у свом тексту садржи фразу “Нико не сме бити намерно лишен живота”. Пошто је у већини случајева, било на националним властима да одреде намјеру која је довела до смрти, не постоји потреба да се њено значење свеобухватно анализира. У сврху предмета овог дијела рада, корисно је указати на случај покренут пред националним властима у Уједињеном Краљевству који се тичао одвајања сијамских близанаца. У овом

---

<sup>518</sup> *Nachova v Bulgaria* Application Nos 43577/98 and 43579/98, Merits, 6 Jul 2005.

<sup>519</sup> Ibid. para 107.

<sup>520</sup> *Soering v The United Kingdom*, Application No. 14038/88, Merits, 07 July 1989.

<sup>521</sup> Ibid. para 103.

<sup>522</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 119.

случају разматрано је да ли медицинска операција, којем се одвајају сијамски близанци, и која ће оставити слабијег без шансе да преживи, може бити симетрична са умишљајним убијањем? Било је закључено да, имајући у виду, да би оба близанца умрла без одвајања, и да је слабији близанац осуђен на пропаст, са или без одвајања, није било погрешно раздвојити их.<sup>523</sup>

Дерогација права „не бити лишен живота“, као смо видјели, може легитимно да се деси у законитој акцији правних агената у којој су сви неопходни кораци били предузети у циљу да се минимализује ризик по живот у највећој мјери (ово се односи да планирање и контролу операције). Потребно је да се, потенцијално смртоносна сила користи као изузетна мјера, прихватљива само у ситуацији у којој је то било нужно у циљу да се спријечи тренутна или предстојећа пријетња од незаконитог насиља. У општом смислу, Викс препознаје три изузетка.<sup>524</sup> Први се односи на међународни оружани конфликт, и он покрива смрти које су неопходне и пропорционалне за национални интерес и/или за колективну самоодбрану. Други се односи на убијање незаконитог нападача који је пријетња по невин живот или животе. Убијање у оба случаја подразумјевано је као неопходно и посљедње средство у циљу отклањања опасности. Трећи се односи на скретање постојеће пријетње по живот и не користи никога као средство.

Опис позитивне обавезе је комплекснији од описа негативне обавезе „не убити.“ Општа позитивна обавеза, усвојена у члану 2., захтјева да се државе, не само уздрже од ‘умишљајног’ заузимања живота, већ и да предузму позитивне мјере да га обезбједе онима унутар своје јурисдикције.<sup>525</sup> Ова одредба захтјева од државе да преузме адекватне кораке да заштити животи свих унутар своје јурисдикције.<sup>526</sup> Сходно томе, позитивна обавеза се састоји од права на заштиту и права на очување.

### **2.3.2. Право на превентивну заштиту живота**

In *L.C.B. v Уједињеном Краљевству*,<sup>527</sup> који се тичао тестирања нуклеарног оружја, Суд држи да прва реченица члана 2. захтјева да државе потписнице предузму адекватне

<sup>523</sup> Re A (Children), (Conjoined Близанце: Surgical Separation), [2000] 3 F. C. R. 577 (C. A.).

<sup>524</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 238.

<sup>525</sup> *L.C.B. v The United Kingdom*, Application Nos. 14/1997/798/1001, Merits, 9 June 1998, 1403; *Association X v The United Kingdom*, Application No. 7154/75, Decision of 1979, *Decisions and Reports* 14, 31.

<sup>526</sup> *L.C.B. v The United Kingdom*, Merits, 9 June 1998, *Reports of Merits, s and Decisions* 1998-III, 1403, para 36.

<sup>527</sup> Ibid.

корак да заштите животе свих унутар своје јурисдикције. У *Oneriyildiz v Turkey*,<sup>528</sup> Суд је препознато дужност државе да успостави правне и административне оквире дизајниране да обезбеде ефикасно спречавање претњи праву на живот. Ово важи чак и у контексту опасних активности, као што су: настамбе у нехигијенским насељима у близини депонија смећа и опасности од експлозије метана. Овај случај демонстрира обим позитивне обавезе према којем држава мора заштитити јавност од могуће смртоносне експлозије на опасном отпаду, не само путем пружања одговарајућег законског регулисања тих мјеста, већ и путем обезбјеђења поштовања ових прописа и информисања јавности о ризицима и подузимањем оправданих превентивних мјера да се заштите животи који су изложени ризику.<sup>529</sup> У *Osman v Уједињеном Краљевству*<sup>530</sup>, Суд држи да члан 2.(1) захтјева да се државе, не само уздрже од ‘умишљајног’ заузимања живота, већ и да предузму позитивне мјере да га обезбједе онима унутар своје јурисдикције. Иако, примарни задатак државе јесте да обезбеди ефикасне одредбе кривичног закона, које су подржане механизмима за спровођење закона, обавеза се може проширити и на потребу за превентивним оперативним мјерама за заштиту појединца који је под пријетњом од кривичних дијела другог појединца. Међутим, таква обавеза мора се тумачити на начин који не намеће немогућ или несразмеран терет властима.<sup>531</sup> Ово признање потребе да се успостави равнотежа, не само између употребе јавних ресурса у циљу заштите гарантованих права, већ и права из Конвенције, која су потенцијално супротстављена, илуструје границе позитивног аспекта права на живот.<sup>532</sup>

### **2.3.2.1. Дерогација права на превентивну заштиту**

Када описује судско дефинисање права на живот, Викс закључује да су “три кључне обавезе наметнуте држави у оквиру права на живот: никога не убити арбитарно/умишљајно; спровести ефективну истрагу о смрти и нестанцима; и преузети све разумне мјере да спријечи предстојећи и тренутни ризик по живот.”<sup>533</sup> Посљедња наведена обавеза подстакла је одређене дилеме због своје условљености. Наиме, “разумне мјере” је неконзистентан критеријум који варира у зависности од различитих околности.

---

<sup>528</sup> *Oneriyildiz v Turkey*, Application No. 48939/99, Merits, 30 November 2004.

<sup>529</sup> Ibid. 100-118.

<sup>530</sup> *Osman v The United Kingdom*, Application No. 87/1997/871/1083, Merits, 20 October 1998.

<sup>531</sup> Ibid. 116.

<sup>532</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 69.

<sup>533</sup> Ibid. 219.



Како смо видјели Суд користи овај критеријум када цијени превентивне оперативне мјере које су претходиле акцији која је предузета од стране државе. Викс препознаје релевантност оба укључена елемента “јавни интерес и/или права индивидуе чији живот је под ризиком” за процјену шта је разумно.<sup>534</sup> У сагласности са овим, Мекбрајд запажа да: “чак и ако су нека потенцијална рјешења доступна, можда још увијек не постоји обавеза да сви буду употребљени, и засигурно не постоји дужност да се користе они који су предложени од стране потенцијалне жртве.”<sup>535</sup> Разумне мјере су конструкције судске доктрине о тесту пропорционалности. Ова доктрина се заснива на балансирању између конфликтних права, потребе, доступних извора и очекиваног исхода.

Под одређеним условима, право на заштиту се простире и на дужност државе да предузме евентуалне превентивне оперативне мјере, да заштити индивидуе чији живот је под ризиком од кривичног дјела друге индивидуе.<sup>536</sup> Ова екстензивна обавеза може бити дерогирана од стране ограничених јавних извора због којих власти не могу да је изнесу, али и због потенцијалног конфликта са правима других из Конвенције.

Као што смо видјели, примарна дужност из обима члана 2. захтјева да буду проведени неки облици квалитативно одређене званичне истраге када индивидуе буду убијене од стране агената права, или на неки други начин. У *Yasa v Turkey*<sup>537</sup> на примјер, чак није било јасно да ли је смрт проузрокована од стране агената државе или не, али Суд је појаснио да захтјев дјелотворне истраге није ограничен на случајеве у којима је утврђено да је смрт проузрокована од стране агената државе. Истрага спроведена у овом предмету није испунила захтјеве члана 2., јер није узела у обзир могућност да су снаге безбједности можда умијешане у смрт, и због тога што није било значајног напретка више од пет година након смрти.<sup>538</sup> Кршење права на живот је пронађено чак, иако, није било доказано да је смрти проузрокована од стране агента државе.

### 2.3.3. Право на одржање живота

Сљедећи позитивни захтјев из обима права на живот, који се може уочити кроз судску праксу, је право на очување (*right to be preserved*). Сасвим природно, ово право је примјениво нарочито у области здравствене његе, што га чини најреферентнијим

---

<sup>534</sup> Ibid. 205.

<sup>535</sup> McBride Jeremy, Protecting Life: A Positive Obligation да Help, *European Law Review* (1999): 24, 51-2.

<sup>536</sup> *Osman v The United Kingdom*, Application No. 23452/94 Merits, 18 October 1998, para. 115,

<sup>537</sup> *Yasa v Turkey*, Application No. 63/1997/847/1054, Merits, 2 September 1998.

<sup>538</sup> Ibid. para 107.

аспектом права на живот у овом истраживању. У случај *Velikova v Bulgaria*<sup>539</sup>, пропуст да дају адекватан медицински третман озбиљно повријеђеном затворенику сматран је као додатна (отежавајућа) чињеница за установљавање кршења члана 2. Док, у *Anguelova v Bulgaria*,<sup>540</sup> такав пропуст квалификује се као засебан облик кршења права на живот. У *Cyprus v Turkey*,<sup>541</sup> Суд је сматрао да проблем може настати на основу члана 2. Конвенције, уколико се покаже да су власти једне државе угрозиле живот појединца путем ускраћивања здравствене заштите која је иначе доступна њеном становништву. У *Gongadze v Ukraine*,<sup>542</sup> Суд је нагласио да позитивна обавеза захтјева заштиту живота затвореника, што укључује благовремену и адекватну медицинску његу.

Чак шта више, у пољу медицинске његе, позитивна обавеза захтјева да државе успоставе такав законски оквир који обавезује болнице, било приватне или јавне, да усвоје адекватне мјере за заштиту живота пацијената.<sup>543</sup> Захтјеви који се односе на очување живота у јавно-здравственој сфери извиру из позитивних обавеза садржаних у члану 2. Они, такође, налажу да дјелотворан и независан правосудни систем буде установљен тако да се узрок смрти пацијената, који је био под бригом љекара, може одредити, и да за то одговарају они који су за то одговорни.<sup>544</sup> У складу са чињеницом, да право на живот садржи право бити очуван, у *Pretty v Уједињеном Краљевству*,<sup>545</sup> Суд је сматрао да се члан 2. „не може тумачити се без изобличења језика, као да додјељује дијаметрално супротно право, односно право на смрт.“

Може се учинити, да је у односу на компетентну одраслу особу, ова позитивна обавеза државе потенцијално долази у конфликт са аутономијом пацијента. Али, требали бисмо имати на уму да не постоји право да се умре чињењем или нечињењем, или уз асистенцију. Суд у САД-у је експлицитно истакао да очување живота ‘има високу друштвену вриједност’ и описно самоубиство у наведеном контексту као ‘тешку погрешност’.<sup>546</sup> дакле, пацијентима није дозвољено да аутономно изаберу да умру.<sup>547</sup>

---

<sup>539</sup> *Velikova v Bulgaria*, Application No. 41488/98, Merits, 18 May 2000.

<sup>540</sup> *Anguelova v Bulgaria*, Application No. 38361/97, Merits, 13 June 2002.

<sup>541</sup> *Cyprus v Turkey*, Application No. 25781/94, Merits, 10 May 2001.

<sup>542</sup> *Gongadze v Ukraine*, Application No. 34056/02, Merits, 9 November 2005.

<sup>543</sup> *Trocellier v France* (dec.), Application No. 75725/01, para 4, ECHR 2006-XIV

<sup>544</sup> *Powell v The United Kingdom* Application No. 45305/99, ECHR 2000-V.

<sup>545</sup> *Pretty v The United Kingdom*, Application No. 2346/02, Merits, 20 April 2002.

<sup>546</sup> *Von Holden v Chapman* (1982), 87 A.D. 2d. 66, at 68; 450 N.Y.S.2d. 623, at 626.

<sup>547</sup> *Pretty v The United Kingdom*, Application No. 2346/02, Merits, 20 April 2002.

Како Кевон запажа, проста чињеница да имам избор не оправдава то што сам изабрао.<sup>548</sup> Викс сматра да је принцип светиње живота легитимно ограничење нечије аутономије да одбије медицински третман.<sup>549</sup> Иако, као она запажа, право на живот није примјењиво на одбијање медицинске његе зато што је улога члана 2. да штити индивидуе од угрожавања од стране других.<sup>550</sup> У овом свијетлу, Комисија је установила да законодавство које дозвољава пасивну еутанасију не крши члан 2.<sup>551</sup>

### 2.3.3.1. Дерогација права на одржање живота

Ниједан од аспеката права на живот нема апсолутни карактер. Када се одређује обим права које налаже овај члан, употреба судске доктрине о “тесту пропорционалности”,<sup>552</sup> добија значајну академску подршку. Када се ово преведе на поље медицинске његе, тест пропорционалности не захтјева да се третман настави уколико исход неће бити повољан, или ће бити слабог исхода, што га чини несношљивим за пацијента, јавна средства или родбину. Поред вриједности људског живота, доктрина узима у обзир и наводно конкурентске вриједности када дефинише обим права на очување (као што су право да се буде ослобођен од бола и деградације, и да се ужива поштовање тјелесног интегритета).

У том смислу, Кеон сматра, да је непропорционалан третман онај који је ванредно тежак као и онај који је узалудан.<sup>553</sup> Са друге стране, употреба предметне доктрине у тако осјетљивој области може бити критикована са теоретских позиција по којима се људски живот сматра врховном вриједношћу. Као алтернативу овим теоретским перцепцијама, Кеон истиче концепт о “витализму”.<sup>554</sup> Он сматра да је поимање живота, као врховне

---

<sup>548</sup> Keown John, *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Људски живот* (Oxford University Press 2012), 18.

<sup>549</sup> Wicks, E. Right да refuse medical treatment under the European Convention on Human Rights, *Medical Law Review* (2001), 9, 18, 21.

<sup>550</sup> In regard protection against third parties offences see: *Osman v the UK*, Application No. 23452/94 Merits, 18 October 1998, par 115; *Mahmut Kaya v Turkey*, Application No. 22535/93, Merits, 28/03/2000, par 85; *Akkoç v Turkey*, Application No. 22947/93, Merits, 10 October 2000, par 71; *Kiliç v Turkey*, Application No. 22492/93, Merits, 28 March 2000, par 62; *Oneryildiz v Turkey*, Application No. 48939/99, Merits, 30 November 2004, par 89..

<sup>551</sup> *Widmer v Switzerland* Application No. 20527/92, Merits, 1993.

<sup>552</sup> More about Application of this doctrine in the Tsakyrakis Stavros, Proportionality: An assault on human rights? *Intentional Journal of Constitutional Law*, (2009): 7, 468 – 493, and Khosla Madhav, Proportionality: An assault on human rights? : A reply, *Intentional Journal of Constitutional Law*, (2010): 8, 298-306.

<sup>553</sup> Keown John and Beyond Bland: A Critique of the BMA Guidance on Withholding and Withdrawing Medical Treatment, *Legal Studies* (2000): 20, 71.

<sup>554</sup> Keown John, *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Људски живот* (Oxford University Press 2012), 4.

вриједности, етички неодржив, те издваја “изворну и основну вриједност људског живота, од стандарда и одговорности”.<sup>555</sup> Требало би истаћи, да Кеон уводи разлику између “радикалних капацитета”, који су урођени у људску природу (као што је разумијевање, рационални избор, и слободна вољу), и “способност” употребе тих капацитета.<sup>556</sup> Није јасно који етички стандарди могу оправдати балансирање између ултимативних-фундаменталних добара и релативних-способности које он сам предлаже, они се не требају се мијешати.<sup>557</sup> ?

Викс сагледава питање вриједности живота које може бити умањено због различитих недостатака способности.<sup>558</sup> Суштински, она прибјегава балансирању између објективног/субјективног поимања квалитета живота и права на очување. У том смислу, она се позива на два случаја који су вођени пред националним тијелима. Први је случај *Airedale NHS Trust v Blu*.<sup>559</sup>, који се односи на пацијента у трајно вегетативном стању. Судија је образложио да пацијент још увек живи, али он више не може да има "живот" или да је жив, али у "живој смрти". Други је случај Врховног суда Ирске *Re a Ward of Court*,<sup>560</sup> у којем се сматрало да пацијент у трајно вегетативном стању не живи живот на неки значајан начин. Имајући у виду наведено, и чињеницу да инструменти за људска права не дају смјернице шта је живот, нити када он, или његова заштита почињу или се завршавају, она прави разлику између "питања када живот завршава, и питања када престаје заштита живота."<sup>561</sup> У том смислу, она сматра да:

околности у којима држава може ускратити доступне интервентне мјере да би се спасао живот су ограничене. Те три околности су: (а) када је дошло до аутономног избора да се умре; (Б) када захтјевана акција не би била сразмјерна јер би довела до прекомјерног оптерећења појединца у мјери у којој превазилази корисност која се добија; и (ц) када су финансијски трошкови за друштво толики да би представљали

---

<sup>555</sup> Ibid. 5.

<sup>556</sup> Ibid. 4.

<sup>557</sup> Ibid.

<sup>558</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 200.

<sup>559</sup> *Airedale N.H.S. Trust v Bland* [1993] A.C. 789 House of Lords.

<sup>560</sup> *Re a Ward of Court* [1996] 2 IR 79.

<sup>561</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 200.

неразумно коришћење ограничених јавних средстава.<sup>562</sup>

Харје, као снажан заговорник теорије личности, предлаже да бисмо се умјесто питања зашто је овај живот вриједан, требали питати да ли је ова индивидуа способна да вреднује живот? Уколико је одговор „да“, Харје сматра да та индивидуа треба бити окарактерисана као ‘личност’ са титуларством на правну и моралну заштиту живота. Уколико је одговор „не“, иако је индивидуа живо људско биће, она није личност и нема права.<sup>563</sup>

Сви приступи који подржавају употребу било ког аспекта доктрине пропорционалности, заправо предлажу да процјена- да ли сачувати живот или не пада, под дискрецију државе коју она ужива у оквиру маргине толерантности. Негативна процјена нужно доводи до одлуке да би пацијенту било боље да је мртав. Финиш сматра да би таква одлука прекршила унутрашњу вриједност људског живота, као и право на живот.<sup>564</sup> Засигурно, доктрина пропорционалности води ка неједнаком праву на заштиту живота у зависности од нечије локације, која не треба бити релевантна за одређивање тако фундаменталног права као што је право на живот. На примјер, у неким јурисдикцијама, потребна медицинска помоћ би била сматрана као медицинска њега, те би с тога била неограничено доступна. У другим јурисдикцију иста медицинска помоћ може имати статус медицинског третмана који је подложен различитим ограничењима. Што се тиче права на очување, могло би се рећи, да оно недвосмислено намеће позитивну обавезу да медицинска њега буде пружена свим пацијентима. Неко би могао да тврди да у зависности од очекиваног исхода, право на очување би могло чак захтјевати да медицински третман буде омогућен.

Право на очување нарочито се односи на случајеве у којима дијете преживи прекид трудноће. Пошто на регионалном нивоу није дефинисано када право на живот почиње, не постоје стриктни параметри за дефинисање значења фразе “касни прекид трудноће”. То може значити прекид трудноће одмах након почетног стадијума трудноће или било који други провизорни моменат. У сврху даљих разматрања, “касни прекид трудноће” односи се на прекид трудноће који се догоди након тачке на којој фетус постаје одржив. Ово је због чињенице да је од те тачке, сасвим могуће да дијете преживи

---

<sup>562</sup> Ibid, 238.

<sup>563</sup> Harris John, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics* (London: Routledge 1985), 8.

<sup>564</sup> Finnis John, *A Philosophical Case Against Euthanasia*, in *Euthanasia Examined* (ed), Kewon John (Cambridge University Press 1995), 33.

прекид трудноће. Већина техника касног прекида трудноће су сличне процедури вјештачког изазивања трудова. Разлика између те двије процедуре је у њиховој сврси; прва има за циљ да породи живот, док друга не.<sup>565</sup> Ова ситуација се примарно односи на обавезу државе да пружи третман за одржање живота или медицинску његу онима који преживе абортус. Она се, такође, односи на правну одговорност медицинског особља.<sup>566</sup> Дотиче се чак и саме сврхе абортуса. У субстантивном смислу, таква ситуација би могла укључити обавезу државе у контексту позитивне обавезе власти да предузму превентивне оперативне мјере да заштите неку индивидуу чији је живот под ризиком.<sup>567</sup> Као што је било наглашено, у пољу медицинске његе, право на очување захтјева да државе усвоје регулативу која налаже болницама, приватним или јавним, да усвоје адекватне мјере за заштиту живота пацијанта; и да установе дјелотворан, независан судски систем који је у стању да узрок смрти буде утврђен и да одговорни за то одговарају.<sup>568</sup>

Дакле, пропуст државе да усвоји и обезбједи провођење процедура за спасавање живота у случају када дијете преживи абортус, и да гони за то одговорне, може да представља кршење гаранција из члана 2.<sup>569</sup> У овом смислу ирелевантно је да ли члан 2 Конвенције покрива живот нерођеног дјетета. Као потенцијални моменти за почетак заштите права на живот, институције Конвенције су означиле<sup>570</sup>: зачеће, нидицију, тачку на којој фетус постаје ‘одржив’, или живо рођење. Постоји значајна академска подршка ставу да је право на живот примјењиво од када фетус досегне виабилитет. Судаћи по Викс, фетус има право на живот од тог момента, што захтјева заштиту његовог права на живот.<sup>571</sup> У сваком случају, без обзира на употребљена средства или дужину гестације, живо рођење је последњи моменат за почетак заштите права на живот која припада “свакоме”. Без обзира на питање да ли је пород изазван у 6. или 9,5. мјесецу гестације, или се догодио природно, од момента живог рођења, живот постаје универзално и регионално заштићена вриједност. Од тог момента, државе имају позитивну обавезу да га сачувају користећи свако разумно средство, која се не може дерогирати због

---

<sup>565</sup> Mujović-Zorić Hajrija, Reproductive rights: Otvorena pitanja kasnog pobačaja (Reproductive rights: Opened questions in late termination of pregnancy), *Stanovništvo* 1/2009, 49-67.

<sup>566</sup> Wicks Elizabeth, Wyldes Michael, Kilby Mark, Late Termination of Pregnancy for Foetal Abnormality: Medical and Legal Perspectives, *Medical Law Review*, (2004): 12(3), 285-305.

<sup>567</sup> *Keenan v The United Kingdom*, Application No. 27229/95, ECHR 2001-III.

<sup>568</sup> *Powell v The United Kingdom* Application No. 45305/99, ECHR 2000-V.

<sup>569</sup> About required judicial response on infringement of new-born patient's rights refer da *Calvelli i Ciglio v Italy*, Application No. 32967/96, Merits, 17 January 2002 par 50-57.

<sup>570</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980 at para 12.

<sup>571</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010).

приватних,<sup>572</sup> или/и професионалних интереса.<sup>573</sup> Од овог момента, људски живот засигурно превазилази обим ‘ограничене’ заштите права на живот која му је додјељена од почетног стадијума (in utero). С тога, без обзира на којим основама абортусу (прекид трудноће) се извршио, тај разлог се не може примјењени на прекид ново рођеног живота. У том смислу, Закари тврди: “Оставити дијете без хране значи убити га намјерно и директно као да му је пресјечен гркљан. Чак се прописивање антибиотика против инфекција, мора сматрати као уобичајена њега пацијената.”<sup>574</sup> Чак више, сврха прекида трудноће не може бити да се убије фетус, што би било тешко оправдиво под људским правима. Евентуално, сврха прекида трудноће може бити само да се нерођено дијете одстрани из утеруса.<sup>575</sup>

Сада, након закључка да је преживјело дијете овлашћено за конвенцијалну заштиту, требали бисмо обрадити гаранције из области људских права које штите његову неповредивост. Иако Суд тек треба да се одреди по питању “почетка” “свачијег права на живот” из члана 2.,<sup>576</sup> кршење у овом случају може бити квалификовано као нехатно или чак као умишљајно убиство. Са аспеката кривичног права, Вилијамс тврди да: “уколико је абортирани фетус жив онда је личност, без обзира колико је кратак период гестације, и његово коришћење у експериментима би, према закону, представљало, макар, његову повреду.”<sup>577</sup> Због наведеног, грађанско правна средства не могу испунити захтјеве члана 2., чак, иако се кршење догађа пропуштањем. Кршење права на живот, или кршење персоналног интегритета, путем пропуштања у области здравствене њега, не може остати имуно на овај захтјев.<sup>578</sup> Чак шта више, не може се искључити да чињење и пропуштање у области здравствене њега може отворити одговорност власти за кршење права из члана

---

<sup>572</sup> In *Sommerfeld v. Germany* [GC], No. 31871/96, ECHR 2003-VIII, para 66, *Görgülü v Germany*, Application No. 74969/01, Merits, 26 February 2004, para 43; and *Ahrens v Germany*, No. 45071/09, 22 March 2012, para 63, the Court recognized that depending on their nature and озбиљноness, the child’s best interests may override that of the parents.

<sup>573</sup> Heywood Rob, Parents and medical professionals: Conflict, Cooperation, and best Interests, *Medical Law Review* (2012): 20, 29-44.

<sup>574</sup> R. Zachary, Ethical and social aspects of treatment of spina bifida, *Lancet*, (1968): 3, 274.

<sup>575</sup> Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1), 69-80.

<sup>576</sup> Mowbray Alastair, Institutional Developments and Recent Strasbourg Cases, *Human Rights Law Review* (2005): 5(1), 169-188.

<sup>577</sup> Williams Glanville, *Textbook of Criminal Law* (London: Steven & Sons 1978), 263, note 8.

<sup>578</sup> Погледати *Anguelova v Bulgaria*, Application No. 38361/97, Merits, 13 June 2002 and *Velikova v Bulgaria*, Application No. 41488/98, Merits, 18 May 2000.

3.,<sup>579</sup> чак и када сврха пропуштања није намјењена да понизи или деградира преживјело новорођенче. Иако, сврха третмана је чињеница која се узима у обзир када се цијени да ли учињено дијело спада под обим члана 3. Недостатак такве сврхе не води нужно закључку да није било кршења члана 3.<sup>580</sup> Очигледно, ускраћивање медицинске његе овој дјечи супротно је гаранцијама и члана 2.,<sup>581</sup> и члана 3.<sup>582</sup>. Имајући у виду, да постојеће норме из области људских права штите људски дигнитет од најранијег стадијума живота<sup>583</sup> до стадијума смрти,<sup>584</sup> било би уистину тешко оправдати негацију макар медицинске његе, тамо гдје је најприродније очекивати напредак и гдје већина случајева носи значајан потенцијал корисности.

#### 2.4. Опажања

У закључним разматрањима о праву на живот у регионалним правним изворима, може бити истакнуто да је право на очување урођено у карактеристикама заједничким цјелокупном човјечанству које су биле идентификоване у теорији, као “радикални капацитети”. Оне су дио биолошке компоненте људског бића. Концепт о витализму сагласан је праву на очување на свеобухватан начин. Теоријске расправе су понудиле одређене разлоге за одступање од овог материјалног и позитивног аспекта права на живот. Ти разлози су одлука пацијената да умре, непропорционалан терет лијечења и ограничена јавна средстава. Ниједан од ових разлога не могу бити у потпуности прихваћени. Прво, с обзиром да не постоји право да се умре, и са друге стране, постоји позитивна обавеза од стране државе да сачува живот, тешко је да пука одлука пацијента може бити основа дерогацију права на живот. Пацијентова одлука да умре као основ за дерогацију права на очување може бити заснована на сврси права на живот (која је заштита индивидуе од узнемиравања од стране других), радије него на пацијентовој аутономији. Друго, процјена да ли је одређени третман пропорционалан, или није, претежно је субјективна. Дискутабилно је ко треба да одлучи шта је у најбољем интересу пацијената, у циљу примјене критеријума теста пропорционалности. Треће, ограничена средства могла би бити препрека за право на очување само, и једино, ако очување

---

<sup>579</sup> See, for example, *Powell v The United Kingdom* Application No. 45305/99, ECHR 2000-V; *Ilhan v Turkey* [GC], Application No. 22277/93, ECHR 2000-VII, para 87. Paragraph 1 of Article 3 reads: *No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.*

<sup>580</sup> *P and S. v Poland*, Application No. 57375/08, Merits, 30 October 2012, par 160.

<sup>581</sup> *Cyprus v Turkey*, Application No. 25781/94, Merits, 10 May 2001.

<sup>582</sup> *D v The United Kingdom*, Application No. 30240/96, Merits, 2 May 1997.

<sup>583</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 84.

<sup>584</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010).



одређеног живота намеће непосредну опасност на друге животе. Средства би требало да буду распоређена у циљу осигурања нето добитка у људским животима. Суштински, примједбе на предложене основе за дерогацију права на очување сведене су на тезу да биолошки реалитети не могу изгубити превагу од неконзистентних друштвених конструкција, као што је самоодређење, квалитет живота или трошкови медицинског третмана. Прихватање теста пропорционалности, који узима у обзир социјалне категорије, коначно ће довести до комерцијализације живота. Људски живот ће постати предмет тржишних закона, уз идентификацију вредност у валути, те не може задржати претпостављену самовриједност.

Кроз разматрања примјењивости права на очување, за дијете које је преживјело абортус, закључено је да је такво дијете овлашћено за конвенционалну заштиту из члана 2. и члана 3. Конвенције. Судаћи по гаранцијама права на живот, које су подржане од стране забране против нехуманог и деградирајућег третмана, државе имају обавезе да им обезбједе третман за одржавање живота или медицинску његу. Гаранције права на заштиту, такође, захтјевају да држава покрене правосудне механизме против поступајућег медицинског професионалаца који пропусти то да учини. Таква државна обавеза не може се дерогирати од стране родитељске жеље да немају дијете, пошто је њихов капацитет у репродуктивној сфери сведен на овлашћење да прокреирају, или да не прокреирају. Прецизније, нити један од њих не може бити присиљен да има или да нема дијете. Али, када се прокреирање догађа кроз природну фертилизацију мушки донор не посједује овлашћење да повуче сагласност и спријечи исход већ завршене фертилизације. Поредбено овоме, женски донор, такође, не може повући своју сагласност са репродукције која је већ окончана, нити може да директно спријечи њен исход, али додјељено јој је овлашћење да ускрати своју даљу асистенцију животу који се развија унутар њене утробе, тј. да по испуњењу законом прописаних услова ускрати своје учешће у финализацији исхода фертилизације. С тога, нити једна од станака није овлашћена да одлучи о животу или смрти виабилног фетуса, нарочито када је лоциран ван утеруса. Иако би исходи третмана одржавања живота, или медицинске његе, били неизвесни, професионални интереси (што је врло дискутабилно у том свјетлу, јер здравствени радници нису овлашћени да одлучују на такав начин ко ће да живи, а ко не) не могу надјачати позитивну обавезу државе у овом пољу. Ипак, ефективност овог аспекта права на живот у конкретним случајевима је зависна од воље родитеља који су једини овлашћени, поред

јавног тужиоца, да покрену поступак заштите права њиховог дјетета. Наведени процедурални захтјев лишава дјецу која преживе абортус конвенционалне заштите због чега бивају остављена да умру.

## ГЛАВА VI

### СУДСКО ДЕФИНИСАЊЕ ЗАШТИТЕ ПРАВА НА ЖИВОТ У ОДНОСУ НА ЊЕН ПОЧЕТАК

#### 1. ПРЕГЛЕД ПРАКСЕ ТИЈЕЛА УН-а КОЈА СЕ ТИЧЕ ПРЕКИДА ТРУДНОЋЕ

Судећи по Свјетској здравственој организацији,<sup>585</sup> у приближно 70 земаља абортус није правно дозвољен када је неопходно да се сачува физичко здравље жене. Са друге стране постоје земље које бране абортус уз одређене изузетке. На примјер, Алжир, Боцвана, Колумбија, Гамбија, Гана, Хон Конг, Израел, Јамајка, Либерија, Маласија, Намбија, Сјеверна Ирска Ст. Луција, Самоа, Сиера Леоне, Шпанија, Тринидад и Тобаго итд.,<sup>586</sup> дозвољавају абортус када се утврди да је то неопходно да се спасе живот жене, или да се заштити њено физичко или ментално здравље.

Два различита приступа питању абортуса се могу издвојити. Први који тврди да је абортус људско право; и други по којем је то право гарантовано путем права на здравље. Први приступ ће бити обрађен унутар ове главе у поглављу 3.4. Други приступ подразумјева егзистенцију права на здравље у међународном праву. У том смислу, сљедећи међународноправни текстови се односе на право на здравље у релевантним члановима и то од Универзалне декларације о људским правима (10.12.1948.), која чланом 25.(1) уводи право на здравље као легално право у међународном праву; члана 12.(1) Међународне повеље о економским, социјалним и културним правима (ICESCR), можемо сматрати да право на здравље постоји у међународном праву; члана 5.(е)(iv) Међународне Конвенције о елиминацији свих облика расне дискриминације,<sup>587</sup> и потврђује право свакога "на јавно здравство, медицинску његу, социјалну сигурност и социјалне услуге"; члан 24.(1) Конвенције о правима дјетета,<sup>588</sup> признаје "право дјетета на уживање највишег могућег стандарда здравља"; члан 25. Конвенције о правима особа са инвалидитетом,<sup>589</sup> "особе са инвалидитетом имају право на уживање највишег могућег стандарда здравља без дискриминације на основу инвалидитета"; члан 12 (1). Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена<sup>590</sup>, обавезује државе потписнице да "предузму све

<sup>585</sup> Center for Reproductive Rights, *The World's Abortion Laws*, (2008),

<sup>586</sup> Center for Reproductive Rights, *The World's Abortion Laws*, (2008),

<sup>587</sup> Отворена за потпис December 21 1965, 660 UNTS 195 (entered into force January 4 1969),

<sup>588</sup> Отворена за потпис November 20 1989, 1577 UNTS 3 (entered into force September 2 1990),

<sup>589</sup> Отворена за потпис (30 March 2007), 993 UNTS 3 (entered into force April 3 2008).

<sup>590</sup> Отворена за потпис 18 December 1979, 1249 UNTS 13 (entered into force September 3 1981),

одговарајуће мере за елиминацију дискриминације жена у области здравствене заштите". Када дефинише значење права на здравље у контексту репродукције, Комитет за економска, социјална и културна права унутар дијела општег коментара број 14 обрађује значење члана 12.2(а). Имајући у виду, да овај члан тежи 'смањењу превременог порођаја и смртности одојчади и за здрав развој дјетета', Комитет је нагласио:

Одредба за смањење превременог порођаја и смртности одојчади и за здрав развој дјетета "(чл. 12.2 (а)), се може схватити као обавезна мјере за побољшање здравље мајки и дјетета, услуга сексуалног и репродуктивног здравља, укључујући приступ планирању породице, прије и постпорођајне његе, хитних акушерских услуга и приступ информацијама, као и средстава неопходних да поступе по тој информацији.<sup>591</sup>

Због овог разлога, пропуст да се смањи стопа смртности, без даље квалификације, тумачи се као кршење државних обавеза.<sup>592</sup>

Даље, други приступ почива на претпоставци да право на здравље садржи абортус као терапеутско средство из дјелокруга права на репродуктивно здравље.<sup>593</sup> На овом мјесту можемо истаћи да нити се појам "репродуктивно здравље", нити његова дефиниција, не могу наћи у тексту било којег међународноправног текста. Постојање овог специфичног права се ослања на Генералну препоруку о женама и здрављу изdatoј 1999. године од стране Комитета за елиминацију дискриминације жена, у којем се наводи да је "приступ здравственој заштити, укључујући и репродуктивно здравље, представља основно право у складу са Конвенцијом".<sup>594</sup> Такође, Извештај из 1994. Уједињених нација Међународне конференције о становништву и развоју (ICPD) посвећује поглавље "репродуктивним правима и репродуктивном здрављу". У извештају се дефинише репродуктивно здравље као "стање потпуног физичког, менталног и социјалног

---

<sup>591</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 14: The Right да the Highest Attainable Standard of Health (Article 12), 22nd session, UN Doc E/C.12/2000/4 (August 11 2000), [14]

<sup>592</sup> Погледати UN High Commissioner for Human Rights, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Preventable Maternal Mortality and Morbidity and Human Rights*, H 8, 61, U.N. Doc. A/HRC/14/39 (Apr. 16, 2010), (characterizing preventable maternal mortality and morbidity as a human rights violation, citing да the work of UN treaty monitoring bodies among other authorities).

<sup>593</sup> Погледати Cook J. Rebecca, Dickens M. Bernard and Fathalla Mahmoud, *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics and Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

<sup>594</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No 24: Women and Health (Article 12), 20th session, UN Doc A/54/38/Rev.1 (1999), [1].

благостања, а не само одсуство болести или слабости, у свим питањима везаним за репродуктивни систем и за његове функције и процесе". Програм акције за ICPD позива владе да ојачају своју посвећеност здрављу жена, јер несигурни абортус изазива велику јавну здравствену забринутост, као и да смањи учесталост абортуса кроз проширење и побољшање услуга планирања породице.<sup>595</sup> С друге стране, програм акције ICPD потврђује да жене, које се суочавају са нежељеном трудноћом, треба да имају обезбјеђен хитан приступ поузданим информацијама и саосјећајно саветовање. Он не позива директно на легализацију абортуса. У ствари, када се програм акције ICPD бави питањем абортуса он се посвећује управљању компликацијама које из њега настају у циљу избегавања поновљених абортуса.<sup>596</sup> Такође, он налаже да абортус не може постати средство за планирање породице. Због тога, право на репродуктивно здравље је изведено из права на здравље, али са спорним садржајем. Наиме, спорно је да ли оно садржи абортус или не. Сходно томе, држава може бити проглашена одговорном уколико се може успоставити узрочна веза између штете и државног чињења, или пропуштања које конституише кршење права на здравље.<sup>597</sup> Али, ситуација није сасвим јасна у односу на питања абортуса.<sup>598</sup> Појашњење се може наћи у пракси надлежних тијела из УН система.

Комитет за елиминацију свих облика дискриминације жена повезао је право жена на здравље током трудноће и порођаја са правом на живот,<sup>599</sup> зато што се небезбједан абортус повезује са смртношћу мајки.<sup>600</sup> Уз Комитет за елиминацију дискриминације жена, други надлежни орган из система Уједињених нација, који врши надзор над обавезама држава у вези са питањима репродуктивног здравља, је несудски орган, -

---

<sup>595</sup> Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994, A/CONF.171/13/Rev.1 (1995), Chapter VIII C. Women's Health and Safe Motherhood at para. 8.25.

<sup>596</sup> Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994, A/CONF.171/13/Rev.1 (1995), Chapter VIII C. Women's Health and Safe Motherhood at para. 8.25.

<sup>597</sup> Cook J. Rebecca, State Responsibility for Violations of Women's Human Rights, *Harvard Law School Human Rights Journal*, (1994): 1, 125, 127.

<sup>598</sup> Erdman N. Joanna, Access да Information on Safe Abortion, *Harvard Journal of Law & Gender* (2011): 34, 413 – 462.

<sup>599</sup> Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, General Recommendation 24: Article 12 of the Convention (Women and Health). Погледати also Concluding Observations of CEDAW regarding; Belize, 1 July 1999, A/54/38 at para. 56; Colombia, 5 February 1999, A/54/38 at para. 393; and Dominican Republic, 14 May 1998, A/53/38 at para. 337.

<sup>600</sup> For instance Mongolia, 2 February 2001, A/56/38 at para. 273; Myanmar, 28 January 2000, A/55/38 at para. 129; Nepal, 1 July 1999, A/54/38 at para. 147; Nicaragua, 31 July 2001, A/56/38 at paras 300^1; Peru, 8 July 1998, A/53/38/Rev.1 at 73 and 75, paras 300 and 339; Romania, 23 June 2000, A/55/38 at para. 314; and Zimbabwe, 14 May 1998, A/53/38/Rev.1 at 16, para. 159. Погледати also Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 4; Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, in *Compilation of General Comments*, para. 27 (CRC General Comment No. 4).

Комитет за људска права (HRC). Према Међународном пакту о грађанским и политичким правима, апликације могу бити поднесене Дому за људска права, било од стране државе кроз међудржавне жалбе<sup>601</sup>, или од стране особе кроз личне поднеске.<sup>602</sup> Али, најзначајнији и једини обавезан механизам је примјена тзв. система извештавања према којем држава странка подноси периодичне извештаје о имплементацији споразума.<sup>603</sup> HRC може анализирати ситуацију у државама у одсуству извештаја. Под Општим коментаром број 30 HRC може испитати извештаје у одсуству државних делегација. Чак може да изведе своје закључне опсервације без подношења извештаја. У вези са државним обавезама које проистичу из права на живот према ICCPR, Комитет за људска права, у свом Општем коментару на члан 6., је критиковао уска тумачења обавеза које намеће право на живот и навео да "би било пожељно да државе чланице предузму све могуће мјере за смањење смртности одојчади и за повећање животног вијек, посебно у доношењу мјера за елиминацију неухрањености и епидемија". Имајући у виду, да HRC позива против уског тумачења права на живот, Општи коментар на члан 6. може бити од значаја за тумачење почетка права на живот. Пракса HRC у контексту овог истраживања прати сјенку чињенице да међународно право још увек није јасно признало право на абортус.

У поглављу 3.3 ове главе, која обрађује основе који су били препознати као легитимишући за абортусу у односу на гаранције из Конвенције, издвојио сам неколико врста ситуација који дају "сигурну зону" за абортус. Институције Конвенције су сматрале да су абортуси, у циљу спашавања живота, очувања здравља и абортусе из разлога очувања благостања, у складу са Конвенцијом. На тим параметрима, ја ћу категорисати праксу HRC како бисмо били у стању да изведемо јасно поређење између регионалних и универзалних подударности и евентуалних разлика.

Уопштено говорећи, закључна запажања HRC пружају подршку женама за приступ абортусу на основу права на живот.<sup>604</sup> HRC је направио везу између илегалних и

---

<sup>601</sup> Article 41 ICCPR

<sup>602</sup> The First Optional Protocol да the ICCPR

<sup>603</sup> Article 40(1), (b). A rule had previously been established requiring periodic reports every five years ('Decisions on Periodicity', Report of the HRC, A136/40 (81), Annex V), but the HRC reverted да the original requirement in 2000 (Report of the HRC, UN Doc A/55/40, Vol. 1, Annex III, 113, para B.1).

<sup>604</sup> Погледати for example: Human Rights Committee, General Comment No 28: Article 3 (Equality of Rights between Men and Women), UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000); Human Rights Committee, Concluding Observations on Chile, 65th session, UN Doc CCPR/C/79/Add.104 ( March 30 1999), [15]; Human Rights Committee, Concluding Observations on Colombia, UN Doc CCPR/C/79/Add.76 (May 5 1997), [24]; Human Rights Committee, Concluding Observations on Ecuador, 63rd session, UN Doc CCPR/C/79/Add.92 18 August 1998), [11]; Human Rights Committee, Concluding Observations on Guatemala, 72nd session, UN Doc

несигурних абортуса и високих стопа смртности мајки.<sup>605</sup> Овај однос, између високе стопе смртности мајки и лоше обављеног абортуса, се схвата као основа за тврдњу да рестриктиван закон о абортусу крши право на живот.<sup>606</sup> Абортус у циљу очувања живота труднице не треба да буде кривично дјело, јер илегални абортуси има озбиљније и штетне посљедице за животе жена, здравље<sup>607</sup> и добробити.<sup>608</sup> Криминализација таквих абортуса је некомпатибилна са женским правима на живот према члану 6.<sup>609</sup> Доступност здравствених услуга и хитне акушерске заштите, у том смислу, може се сврстати у оквир права на живот жена.<sup>610</sup> Када је НРС позвао државе потписнице да измјене рестриктивне законе о абортус захтев је упућен на основу члана 6. (право на живот).<sup>611</sup> Сходно томе, може се сматрати да су ризици по здравље препознати као легитимишући основи за абортус према ICCPR због својих негативних рефлексивних на право на живот труднице.

НРС поставља основе за абортус екстензивно, не ограничавајући се само на право на живот. На пример, НРС је препоручио Гватемали да пружи неопходне информације и ресурсе да гарантује женама право на живот, и укључи додатне изузетке закона о абортусу, који је иначе дозвољавао само абортус када је живот жене у опасности.<sup>612</sup> Абортус треба дозволити из здравствених разлога.<sup>613</sup> НРС, као и Суд, признао је здравствено стање дјетета као основ за абортус, јер би оно могло утицати на здравље

---

CCPR/CO/72/GTM (August 27 2001), [19]; Human Rights Committee, Concluding Observations on Mali, 77th session, UN Doc CCPR/CO/77/MLI (April 16 2003), [14]; Human Rights Committee, Concluding Observations on Mongolia, 68th session, UN Doc CCPR/C/79/Add.120 (May 25 2000), [8(b), ]; Human Rights Committee, Concluding Observations on Peru, 70th session, UN Doc CCPR/CO/70/ PER (November 15 2000), [20].

<sup>605</sup> Concluding Observations of the HRC regarding: Chile, 30 March 1999, CCPR/C/79/Add.104 at para. 15; Colombia, 1 April 1997, CCPR/C/79/Add.76 at para. 24; Ecuador, 18 August 1998, CCPR/C/79/Add.92 at para. 11; Guatemala, 27 August 2001, CCPR/CO/72/GTM at para. 19; Mali, 16 April 2003, CCPR/CO/77/MLI at para. 14; Mongolia, 25 May 2000, CCPR/C/79/ Add.120 at para. 8(b); Peru, 15 November 2000, CCPR/CO/70/PER at para. 20; Poland, 29 July 1999, CCPR/C/79/Add.110 at para. 11; and United Republic of Tanzania, 18 August 1998, CCPR/C/79/Add.97 at para. 15.

<sup>606</sup> Cook J. Rebecca, *Reproductive Health Law: Where Next, After Cairo and Beijing?* (1997): 16 *Med L*, 169.

<sup>607</sup> Concluding Observations of the HRC regarding: Mali, 16 April 2003, CCPR/CO/77/MLI at para. 14; and Poland, 2 December 2004, CCPR/CO/82/POL at para. 8.

<sup>608</sup> Concluding Observations of the HRC regarding El Salvador, 22 August 2003, CCPR/CO/78/SLV at para. 14.

<sup>609</sup> Peru, 8 July 1998, A/53/38/Rev.1 at 73 and 75.

<sup>610</sup> Case of Montero-Aranguren (Detention Ctr. of Catia), v. Venezuela, Preliminary Objection, Merits, Reparations, & Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 150, 1 63 (July 5, 2006).

<sup>611</sup> Human Rights Committee, Concluding Observations on Chile, 65th session, UN Doc CCPR/C/79/Add.104 ( March 30 1999), [15].

<sup>612</sup> Human Rights Committee, Concluding Observations on Guatemala, 72nd session, UN Doc CCPR/CO/72/GTM (August 27 2001), [19].

<sup>613</sup> Human Rights Committee, Concluding Observations on Mali, 77th session, UN Doc CCPR/CO/77/MLI (April 16 2003), [14]; Human Rights Committee, Concluding Observations on Poland, 82nd session, UN Doc CCPR/CO/82/POL (December 2 2004), [8].

мајке.<sup>614</sup> У погледу добробити као разлога за абортус, НРС их није разматрао. С друге стране, за разлику од Суда, НРС је указао на потребу да жене имају приступ абортусу заснованом на праву на слободу од мучења или окрутности, нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања.<sup>615</sup> Имајући у виду, да жене којима је ускраћен приступ абортусу, или су суочене са лоше обављеним абортусом, трпе патњу, НРС сматра да ограничења абортуса је довољно да представља нехумано или понижавајуће поступање.

## 2. КОМПАРАТИВНА СУДСКА ПРАКСА РЕГИОНАЛНИХ ТИЈЕЛА

### 2.1. Интер-америчка комисија за људска права

Интер-америчка комисија (у даљем тексту IACHR), сврха и надлежности су уведене чланом 50. Америчке конвенције, и не стварају обавезујућу праксу.<sup>616</sup> IACHR своје налазе и препоруке издају на основу члана 50. Конвенције и резултати су необавезујући, и не контролишу одлуке суда.<sup>617</sup> IACHR-ова овлашћења су политичке, а не правне природе, њена главна улога је да филтрира за Интер-амерички суд, и често пружа прилику за алтернативно рјешавање спорова између петиције и њихове државе. Након тог IACHR може да посредује пријатељским поравнањима да се одобре мјере предострожности и донесу необавезујуће препоруке о индивидуалним представкама које укључују могуће повреде људских права.<sup>618</sup> IACHR може да поднесе спорне случајеве суду или може тражити консултативно мишљење о мјеродавном тумачењу Конвенције или усклађености са домаћим законима и другим уговорима о људским правима у

---

<sup>614</sup> Karen Noelia Llanto Huama'n v Peru, Human Rights Committee, Communication No 1153/2003, UN Doc CCPR/C/85/D/1153/2003 22 November 2005.

<sup>615</sup> Karen Noelia Llanto Huama'n v Peru, Human Rights Committee, Communication No 1153/2003, UN Doc CCPR/C/85/D/1153/2003 22 November 2005; M Nowak, Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN Doc A/HRC/7/3 (January 15 2008).

<sup>616</sup> Погледати Concepcion Parassram Natasha, The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights, *American University International Law Review*. (2001): 16, 847, 856.

<sup>617</sup> In William Andrews v. The United States, the U.S. government cited *Baby Boy* when arguing that the Commission had no authority to impose upon a State, by means of "interpretation," an international obligation based upon an international instrument that the State has not duly accepted or ratified, such as the Declaration. Here, the State Department stated: "the United States categorically rejects the petitioners' contention that the American Declaration and the Statute and Regulations of the Commission has acquired legally binding force for all OAS member countries. As the United States has previously noted, the Declaration is not a treaty and has not acquired binding legal force." [. . .] "In this respect, the Commission has no authority to rewrite the American Declaration, which is what the petition has invited it to do." Погледати Report No 57/96, Case 11.139, William Andrews, The United States, Dec. 6, 1996, 11 59, 77, at [http://www.cidh.org/annualrep/97eng/usa11139.htm#\\_ftn22](http://www.cidh.org/annualrep/97eng/usa11139.htm#_ftn22). October 2013.

<sup>618</sup> Погледати Shin H. Susan, Comparison of the Dispute Settlement Procedures of the World Trade Organization for Trade Disputes & the Inter-American System for Human Rights Violations, *New York International Law Review* (2003): 16, 45.



Америци.<sup>619</sup> Иако, IACHR добија политичка разматрања од стране држава чланица; имплементација њених аката је слаба док случај не доспије пред Интер-амерички суд чије су пресуде обавезујуће.<sup>620</sup> Интер-америчка комисија, као квази судско тијело, служи и политичким и прагматичним циљевма у О.А.С., регионалној владиној организацији која обухвата већи део западне хемисфере, то јест, Сједињене Државе, Канада, већину држава Латинске Америке и Карибе.<sup>621</sup>

### 2.1.1. Релевантна пракса IACHR-а

Интер-Америчка комисија за људска права (у даљем тексту: Комисија), тијело без експлицитних овлашћења да тумачи одредбе регионалних аката и доноси прецедентне одлуке,<sup>622</sup> је у предмету *Baby Boy v. United States*,<sup>623</sup> утврдила да прекид трудноће није представљао повреду права на живот нерођеном дечаку који гарантују Декларација и Конвенција. Анализирајући овај предмет уочава се да одлука Комисије није заснована на биолошким параметрима приликом одмеравања да ли је дошло до предметне повреде. Одлука Комисије је таква упркос њима. Наиме, *Baby Boy* је било мушко дете гестацијске старости између 24-26 недеље које је у Сједињеним Америчким Државама убијено прекидом трудноће. Посједовао је способност за живот<sup>624</sup>, тј. на основу медицинског искуства био је у стању да преживи инванзивни медицински захват одстрањивања из утеруса да му је била пружена медицинска помоћ. Показивао је знаке живота, утврђене су респираторне активности и томе слично, те је према националним критеријумима, установљеним у наведеном прецеденту *Roe v. Wade*, уживао заштиту права на живот. У судском поступку који је вођен пред националним и Врховним судом, утврђено је да је прекид живота *Baby Boy-а* извршен на тај начин што је доктор, који је починио абортус,

---

<sup>619</sup> Inter-American Institute on Human Rights (IHR), and Latin American and Caribbean Committee for the Defense of Women's Rights (CLADEM), (eds), *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres*, Papers from the proceedings of a conference held in San Jose, Costa Rica, April 1997 (Portada de la Editorial Farben, 1997), at 150. Погледати also American Convention on Human Rights 1969, OAS Treaty Series No. 36, OEA/Ser.L.V/II.23, doc.21, rev.6 (American Convention), which entered into force on 18 July 1978.

<sup>620</sup> Commissioner Felipe Gonzalez, Address at the O.A.S. General Assembly, Peru, (June 8, 2010), at <http://www.cidh.oas.org/Disursos/06.08.10eng.htm>. October 2013

<sup>621</sup> Refer to Christina M. Cerna, The Inter-American System for the Protection of Human Rights, *Florida Journal of International Law* (2004).

<sup>622</sup> *William Andrews v. United States*, Извјештај број: 57/96, Case 11.139, *William Andrews, United States*, 6. децембар 1996. године страна 59 и 77, from: [http://www.cidh.org/annualrep/97eng/usa11139.htm#\\_ftn22](http://www.cidh.org/annualrep/97eng/usa11139.htm#_ftn22).

<sup>623</sup> *Baby Boy v. United States, Case 2141, Inter-Am. C.H.R., Report No. 23/81*, март. 6, 1981, *OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9, rev. 1*.

<sup>624</sup> Способност за живот као параметар за одређивање нечије подобности да буде субјект права тражена је и према француском *Code civil* док то није био случај са Аустријским грађанским закоником. Наведено према А. Гамс са Љ. Ђуровић, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд, 1988. године, страна 94 и 95.

претходно одвојио бебу од плаценте чиме јој је одсјекао снабдјевање кисеоником. Након тога је своју руку, не мање од три минута, задржао у утерусу пратећи откуцаје бебиног срца и задржавајући поглед на зидном сату. Када се увјерио да срце више не куца извадио је бебино тијело и потопопио га у слани раствор. Ова процедура је проведена дан након што је исти доктор покушао да изазове контракције на тај начин што је плодову воду замијенио сланим раствором. Пред надлежним националним судским институцијама ова медицинска процедура је окарактерисана као неетична и хомицидна.<sup>625</sup> Окосница доказног поступка пред националним судом било је утврђивање да ли је дјечак макар једном удахнуо ваздух изван утеруса, што би непобитно свједочило о његовој способности за живот. С обзиром да су аутопсијом утврђене респираторне активности бебе, изречена је осуђујућа пресуда. Врховни суд је ову пресуду оспорио из процесних разлога, као и због сумње у доказ да је беба удахнула ваздух након вађења из утеруса. Чињеницу да је доктор држао руку у утерусу, и чекао да срце престане куцати, суд није окарактерисао као умишљај, јер је доктор вјеровао да беба не поседује способност за живот.<sup>626</sup> Одлука Интер-америчке комисије заснована је на погрешној примени међународних правила тумачења норми, погрешној интерпретацији намјере државе да изузме људе прије рођења из система заштите права на живот, и погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању у погледу националне легислатуре у вези са предметним питањем.<sup>627</sup>

## 2.2. Интер-амерички суд за људска права

Интер-амерички суд за људска права (у даљем тексту: Суд) није доносио пресуде, нити мишљења по питању одређивања тренутка од којег почиње заштита права на живот. Из наведеног разлога изостало је тумачење члана 4. став (1) Конвенције од стране судског органа овлашћеног да тумачи одредбе Конвенције и доноси прецедентне, обавезујуће, и конститутивне пресуде. Међутим, Суд је кроз своју праксу људе прије рођења ословљавао терминима попут „дјеца“, „малољетници“, „бебе“ и томе слично. Такође, у најмање три пресуде, и то: *Gomez-Paquiyaury Brothers v. Peru*, *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru*, *Goibur u et al. v. Paraguay*, Суд је утврдио постојање обавезе на страни државе да обезбједи пренаталну здравствену његу бебама. Наведене чињенице свједоче о ставу Суда

---

<sup>625</sup> Ligia M. De Jesus, Revisiting Baby Boy v. United States: why the IACHR resolution did not effectively undermine the Inter-American system on human rights' protection of the right to life from conception, *Florida Journal of International Law* (2011) 229.

<sup>626</sup> Ibid. 230.

<sup>627</sup> Ibid. 230- 260.

да људи прије рођења уживају заштиту права на живот према одредбама регионалних аката за заштиту људских права.<sup>628</sup> Суд је кроз своју праксу одређивао право на накнаде мајкама због губитка члана породице у случају када изгубе бебу прије рођења, ако одређеним штетним радњама (*Gomez-Paquiyaqui Brothers v. Peru*) остану ускраћене медицинске пренаталне његе за своју бебу (*Sawhoiyamata Indigenous Community v. Paraguay*), или накнаду за нематеријалну штету насталу усљед претрпљеног страха за живот својих нерођених беба (*Castro Prison v. Peru*). Демонстрирани став Суда у питањима која се односе на права и статус особа прије рођења, даје чврсте основе за успостављање тврдње да Суд сматра да људско биће настаје зачећем, те да му је од тог момента заштићено право на живот (са изузетком у случају тзв. ембриоредукције *Gretel Artavia Murillo et al. ("In Vitro Fertilization") v. Costa Rica*) а вјероватно и друга права социолошке природе.

### **3. ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

#### **3.1. Статус жртве**

##### **3.1.1. Отац**

У случају *Paton* је наведено, да зато што га блиско погађа прекид трудноће жене, отац може да тврди да је жртва. Овом приликом Комисија је увела два аспекта капацитета оца у случају прекида трудноће. Први га овлашћује да се позове на права у име нерођеног дјетета која су садржана у члану 2., и други аспект га овлашћује да тражи заштиту својих права углавном садржаних у члану 8.<sup>629</sup>

##### **3.1.1.1. Овлашћење да тражи заштиту својих права**

Један од аспеката капацитета оца је да буде укључен у процес доношења одлука, што подразумјева да добије потребно објашњење, и да буде подвргнут психолошком саветовању ако за то поднесе захтјев. Поред правних, постоје и медицински разлози за такав захтјев. Наиме, постоје студије које показују да мушкарци такође пате од

---

<sup>628</sup> Ligia M. De Jesus, *Post Baby Boy v. United States* Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention's Protection of the Right to Life from Conception, *Law and the Business Review of the Americas*, (2011):17(3).

<sup>629</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980, para 25.

различитих vrста psihološkog stressa prije i nakon abortusa.<sup>630</sup> Иако су Институције Конвенције признале извјестан обим овлашћења оцу у погледу заштите својих права, тешко је тврдити му је дато право да спријечи мајку да прекине трудноћу. То је случај чак и тамо гдје су консултације са њим прије abortуса законска могућност.<sup>631</sup> Комисија је, такође, заузела став да се право потенцијалног оца на поштовање приватног и породичног живота не може тумачити тако широко, да обухвата право да буде консултован, или да се обрати суду због abortуса који је његова супруга намјерава да изврши.<sup>632</sup> Касније, Суд је навео да приликом сваког тумачења права потенцијалног оца из члана 8., Конвенције када мајка намерава да абортира, прије свега треба узети у обзир њена права, јер је она особа које се трудноћа највише тиче, као и њен наставак или прекид.<sup>633</sup> Овдје је важно указати да су институције Конвенције зазеле тако рестриктиван став у односу на капацитет оца само у случајевима када abortус извршен у почетној фази трудноће, и када је оправдано заштитом права и слобода других (здравља).

Судећи по судској пракси, установљено је да прекид трудноће дотиче очева права из обима члана 8.<sup>634</sup> Због тога, прекид трудноће конституише неспорно мијешање у његово право на поштовање приватног живота. Уколико је ово мијешање праћено са легитимишућим разлозима који га чине да је “у сагласности са законом”, и складно са циљем или циљевима који су легитимни према ставу 2 члана 8, те се може сматрати као "неопходно у демократском друштву", такво мијешање је у складу са конвенционалним гаранцијама. Сходно томе, могуће је, под одређеним околностима, апсолутно искључење оца из процеса доношења одлука. Може се сматрати као неосновано према захтјевима Конвенције. Постоји могућност да је отац жртва силовања. Апсолутно искључење под таквим околностима би га учинило двоструком жртвом (сексуалног прекршаја и право на поштовање приватног живота, јер ће бити принуђени да има дијете). Међутим, капацитет оца, чак и под таквим екстремним околностима био би подређен аутономији мајке. Ипак, тешко је (оправдано) тврдити да је апсолутно искључивање потенцијалног оца сагласно са

---

<sup>630</sup> Refer да Bradshaw Slade, The effects of induced abortion on emotional experiences and relationships: A critical review of the literature, *Clinical Psychology Review* (2003): 23, 932.

<sup>631</sup> Погледати *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

<sup>632</sup> *Paton v The United Kingdom* Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980. *R.H. v Norway*, Application No. 17004/90, Decision 19 May 1992. para 170. Погледати also *Brüggemann and Scheuten v Germany*, Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, DR 10, 100.

<sup>633</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002. Also in the *R.H. v Norway*, Application No. 17004/90, Merits, 19 May 1992, para. 4.

<sup>634</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980 at para 26.

условима става 2. члана 8, односно да је "неопходно у демократском друштву".<sup>635</sup> Појам нужности подразумева да мијешање буде коренсподнетно друштвеној нужности, и нарочито да буде пропорционално једном од легитимних циљева.<sup>636</sup> Дакле, искључење оца из процеса одлучивања било би потпуно оправдано са аспекта људских права само када је директно неопходно за заштиту права других,<sup>637</sup> под чиме се подразумевају терапеутски абортуси<sup>638</sup> и абортуси по основу благостања.<sup>639</sup> Искључивање оца из процеса одлучивања о прекиду трудноће, из разлога који нису повезани са заштитом мајчиног живота, здравља и благостања (у почетном стадијуму трудноће) крши његова права под чланом 8.<sup>640</sup>

### 3.1.1.2. Овлашћење да тражи заштиту права нерођеног дјетета

In *R.H. v Норвешка*,<sup>641</sup> Комисија је потврдила оцу статус жртве и прихватила да он може тврдити да је 'жртва' према значењу које овом термину даје Конвенција. Овај принцип је, такође, потврђен у наредној судској пракси.<sup>642</sup> Овом приликом Комисија је проширила раније уведене аспекте очевих овлашћења. Наиме, препознала овлашћење оца да тражи заштиту права нерођеног дјетета која су садржана у члану 3. и овлашћења да тражи заштиту својих права садржаних у члану 14. У овом случају, подносилац представке се жалио на дискриминацију јер је био потпуно искључен из процеса доношења било каквих одлука везано за добробит свог дјетета. Пошто члан 14. представља заштитни механизам појединаца против дискриминаторске разлике само ако она произилази из аналогних ситуација, када је у питању прекид трудноће, Комисија није утврдила да се подносилац пријаве не налази у аналогној ситуацији са мајком. Сходно томе, није било дискриминаторског поступања у смислу члана 14. Конвенције. Примјена критеријума у "аналогној ситуацији" као основа за елиминацију дискриминаторског поступања је потенцијално смањена чланом 1. протокола бр 12. који је ступио на снагу. Овај члан, који у својој првој реченици пише 'уживање свих права одређених законом осигураће се без дискриминације, по било ком основу као што су пол, раса, боја коже,

---

<sup>635</sup> Whether the reasons adduced да justify interference are relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8, refer да *T.PP and K.M. v. The United Kingdom* [GC], no. 28945/95, para 70, ECHR 2001-V, and *Sommerfeld v. Germany* [GC], no. 31871/96, para 62, ECHR 2003-VIII.

<sup>636</sup> *Olsson v Sweden*, Application No. 10465/83 Merits, 24 March 1988, para 67.

<sup>637</sup> Погледати *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

<sup>638</sup> Ibid.

<sup>639</sup> Погледати *R.H. v Norway*, Application No. 17004/90, Merits, 19 May 1992.

<sup>640</sup> Dakić, Dragan. Requirements of inform consent in reproductive sphere under the European Convention on Human Rights. *Ave Maria International Law Journal* 2015, year: 5, No. 4, 1 Open access: <http://ilj.avemarialaw.edu/>.

<sup>641</sup> Ibid.

<sup>642</sup> Погледати *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

језика, вјере, политичког или другог мишљења, националног или социјалног поријекла, везом са неком националном мањином, имовним стањем, рођењем или другим статусом, постоји независно у односу на аналогне ситуације.<sup>643</sup> Даље, Суд понавља да дискриминација значи различито третирање, без објективног и разумног оправдања, особе у сличним ситуацијама. "Објективно и разумно оправдање" значи да разлика у питању не тежи "легитимном циљу", или да не постоји "разуман однос пропорционалности између употребљених средстава и циља који се жели постићи."<sup>644</sup> Према описаном, конвенционална еволуција се одвијала од "аналогних" ка "сличним" ситуацијама, што забрану дискриминације чини широм, те присутно проширење може утицати и на статус оца. Ипак, ова еволуција неће сама по себи утицати на обим очевих овлашћења, јер он не може тврдити да је у „сличној ситуацији“ (због женске способност да зачне, гестира и роди, која нема мушког еквивалента), када је сврха његовог искључења да се заштити здравље, живот и благостање мајке.

### **3.1.1.3. Овлашћење за подношење *actio populi***

Још један аспект капацитета оца је да оспори компатибилност националног закона са Конвенцијом. Може изгледати да је овај аспект његовог капацитета ужи у односу на капацитет мајке. За разлику од становишта заузетог у случајевима који су подношени од мушкараца који нису лично погођени законима, у *Bruggemann & Scheuten v Germany*,<sup>645</sup> подносиатељице апликације су добиле статус жртве. У овом случају подносиатељице су оспориле законитост рестрикција у приступу абортусу које је усвојио њемачки Бундестаг, на основу тога што су предметна ограничења утицала на њихово право на абортус које, како су тврдили, је обухваћено правом на приватни живот и заштићено чланом 8 Конвенције. Такође, у *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*,<sup>646</sup> сматрало се да подносиоци захтјева нису жељели да оспоре компатибилности ирског закона са Конвенцијом у апстрактном смислу, јер су подлијегале ризику да буду директно угрожене мјерама на које су се жалиле.

---

<sup>643</sup> Refer да *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v The United Kingdom*, 28 May 1985, Series A Application No. 94, para 71; *Petrovic v Austria*, Application No. 20458/92, Merits, 27 March 1998, para 22; and *Şahin v Germany*, 8 July 2003 Application No. 30943/96, ECHR 2003-VIII, para 85.

<sup>644</sup> *Andrejeva v Latvia*, Application No. 55707/00, Merits, 18 February 2009, para 81.

<sup>645</sup> *Bruggemann & Scheuten v Germany*, Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, DR 10.

<sup>646</sup> *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*, Merits, 29 October 1992, Series A Application Nos. 14234/88; 14235/88.

За разлику од мушкараца, могло би се помислити, жене могу да изазову домаће законе о абортусу чак и ако нису лично њиме погођене. Имајући у виду, да трудноћа и везана питања спадају у оквиру приватног живота, то би наведено разликовање довело до значајних разлика у његовом обиму по родним основама. Међутим, институције Конвенције нису препознале статус жртве мушкарцима у репродуктивном добу који су тврдили да се либерализација абортуса тиче приватног живота свих грађана уопште, у којима подносиоци нису истакли свој лични интерес, нити су истакли да ће либерализација утицати на њих или њихов приватни и породични живот.<sup>647</sup> Исти се догодило када је апликант покушао да изнесе интересе који нису били повезани са његовим приватним или породичним животом.<sup>648</sup> Због наведеног, није искључено да судски приступ може бити различит уколико би апликант изнио тврдње да је предметна либерализација закона о абортусу директно значајна за његов приватни или породични живот.

### **3.1.2. Мајка**

Није било сумње у судској пракси да мајка може тврдити да је жртва, како у име интереса нерођеног живота, тако и у своје име. Разлози за овакву тврдњу су чак и снажнији у односу на њу у поређењу са оцем. Мајчина аутономија у процесу доношења одлука о абортусу је призната од стране Комисије. Касније, пошто је она особа које се трудноћа највише тиче, као и њен наставак или прекид, Суд је прихватио примат њених интереса у односу на очеве. Статус жртве је мајци потврђен у погледу оба аспекта њеног капацитета у предмету *Vo v France*.<sup>649</sup>

#### **3.1.2.1. Овлашћење да тражи заштиту властитих права**

Иако није људско право нити средство планирања породице Суд је истакао да абортус спада у оквир репродуктивног избора, и поједини аспекти приступа абортусу се с тога штите одредбама о људским правима. Приликом одлучивања о питањима коришћења слободног избора у репродуктивној сфери Суд је примјенио тест "довољног укључења", који захтева да држава створи процедурални оквир који омогућава трудници да добије потпуну информацију која јој омогућава да утврди да ли су у њеном случају испуњени услова за законит прекид трудноће у смислу националног законодавства. Потребно је да

<sup>647</sup> *X. v Austria*, Application No. 7045/75, *Decisions and Reports* 7 88.

<sup>648</sup> *Knudsen v Norway*, Application No. 11045/84, *Decisions on inadmissibility* from 08 March 1985, 254 and 257.

<sup>649</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, *Merits*, 8 July 2004, para 86.

су пружене информације о здравственим ризицима које трудноћа, њен наставак или прекид могу да представљају, као и информације о стању плода. С обзиром на значај који имају у процесу одлучивања, потребно им је пружити сву заштиту према захтјевима теста „довољног укључивања“. Потребно је да добију све информације о посљедицама абортуса, те информације о нерођеном дјетету које, такође, припада људском роду и као такво ужива сву заштиту.

Стандард информисаног пристанка уводи двије одредбе. Прва одредба, која чини информисани пристанак је добијање пуног објашњења, док је друга одредба слободно дат пристанак. У оквиру стандарда пуног образложења пажња ће бити посвећена аспектима који се односи на потребу пружања биолошких и медицинских информација о нерођеном дјетету, а које треба да садрже информацију о евентуалној малформацији и о људској природи нерођеног дијетета. О аспектима који се односе на потребу пружања информација о утицају абортуса на здравље жене, о утицају трудноће или порођања на здравље жене, и о здравственим ризицима којима је жена изложена, писао сам на другом мјесту.<sup>650</sup>

### **3.1.2.1. Потребно образложење у репродуктивној сфери - прва одредба информисаног пристанка**

#### **3.1.2.1.1. Биолошка и медицинска информација о фетусу**

Биолошке и медицинске информације о фетусу треба да садрже информацију о евентуалној малформацији и о људској природи нерођеног дјетета. Прва се може сматрати обавезном када домаћи закон дозвољава абортус на основу аномалије. Таква информација има велики утицај у процесу одлучивања и треба да буде дата благовремено омогућавајући да жена користи своју слободу избора која јој је дата према националном законодавству. Друга није одређена као обавезна, иако је ова природа нерођеног установљена од стране Суда.<sup>651</sup> Препознавши ову чињеницу, Суд је неутралисао различите приступе који су заузети у државама приликом одређивања да ли нерођено дијете припада људском роду. Пошто је ова информација једнако важна у процесу доношења одлука, потребно објашњење би требало да обухвати информације о

---

<sup>650</sup> Dakić, Dragan. Requirements of informed consent in reproductive sphere under the European Convention on Human Rights. *Ave Maria International Law Journal* 2015, year: 5, No. 4, 1 Open access: <http://ilj.avemarialaw.edu/>

<sup>651</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 84.



одрживости, тренутној фази развоја; припадност људском роду и његову заштиту под људским правима.

### 3.1.2.1.2. Информација о малформацији

Према схватању Суда, стање дјетета представља дио мајчиног здравља. Да би представљала довољан основ за абортус, треба се утврдити да ли ће се због малформације дијете родити у тако тешком стању, да оно угрожава физичко или ментално здравље жене.<sup>652</sup> Стога, овај основ за прекид трудноће није апсолутан.<sup>653</sup> У контексту приступа абортусу, мјеродавна процедура би требало да гарантује могућност да трудница буде саслушана лично и да се њен став узме у обзир. Надлежни орган или особа треба да изда писано образложење за своју одлуку.<sup>654</sup> Другим ријечима, уколико домаћи закон дозвољава абортус у случајевима аномалије, мора постојати адекватан правни и процедурални оквир који гарантује трудној жени добијање благовремене, потпуне и поуздане информације о здрављу нерођеног дјетета.<sup>655</sup> Накнадне мјере (грађанскоправни лијекови) сами нису били довољни да обезбједе одговарајућу заштиту личних права труднице у контексту контроверзе одређивања испуњености услова за приступ законитом абортусу.

Суд је имао прилике да се бави благовременошћу информација о здравље фетуса у *R.R. v Poland*.<sup>656</sup> У овом случају подносилац представке је била ускраћена адекватне и правовремене медицинске његу у виду пренаталне генетске дијагностике које су прописане законом у околностима у којима се нашла. Такво тестирање би омогућило да се утврди да ли су у њеном случају постојали услови за законит прекид трудноће у смислу националног законодавства. Због тога приступ потпуном и поузданом објашњењу о здрављу фетуса је важно за трудницу, али и неопходан услов за правно дозвољену могућности. Стога, ускраћивање адекватног и благовременог медицинског испитивања Суд карактерише као кршење члана 8. Овом приликом, Суд је изјавио да противправно лишење медицинских услуга трудне жене, које су предвиђене законом, представља понижење и изазива довољно патње, те спадају у оквир члана 3. Конвенције.<sup>657</sup>

---

<sup>652</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Decision from 5 September 2002.

<sup>653</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Decision from 5 September 2002.

<sup>654</sup> *Tysiac v Poland*, Application No. 5410/03 Merits, 20 March 2007, para 117.

<sup>655</sup> *R.R. v Poland*, Application No. 27617/04, Merits, 26 May 2011, para 200.

<sup>656</sup> *Ibid.* para 148-162.

<sup>657</sup> *Ibid.* para 161.

### 3.1.2.1.3. Информација о људској природи

Овај дио потребног образложења ће били разматран, пошто су конвенционалне институције препознале да ембрион/фетус *припада људској раси*, и да као такав треба бити *заштићен*.<sup>658</sup> Припадност нерођеног дјетета људској раси, и захтјев за његову заштиту људским правима чини два аспекта овога дијела образложења. Питање овдје није да ли Конвенција штити живот нерођеног дијетета, већ да ли би потребно образложење требало да обухвати информацију о назначеној припадности и уколико би, у ком обиму?

Прво, разлика између припаданости људском роду нерођеног дјетета и његовог правног статуса је начињена још у *Paton v United Kingdom*.<sup>659</sup> С обзиром на значај ове информације у процесу доношења одлука не треба искључити могућност да ће Суд ускоро морати да одговори на наводе да пропусти да се она обезбједи спадју у дјелокруг члана 8. Одлука може бити знатно другачија након добијања овог дијела објашњења. Имајући у виду, строге стандарде у заштити слободне воље у репродуктивној сфери, свако ограничење информација је тешко оправдати. Право, женин разлог за абортус захтјева да се разложи, и да сваки аспект објашњења буде примарно обезбијеђен. Спорно је тврдити да жена лишена таквих информација је "у стању да врши слободан избор, без интервенције било ког елемента силе, преваре, обмане, (..); и да има довољно знања и разумевања елемената дотичног предмета како би се омогућило доношење разумне и просвјетљене одлуке ", како то захтева Нирнбершки код.

### 3.1.2.2. Значење слободно датог пристанак у репродуктивној сфери-други захтјев информисаног пристанка

Стандарди слободно датог пристанка у репродуктивној сфери су уведени у међународно право кад је разматрано питање присилних абортуса и стерилизација пред војним судовима у Нирнбергу. Ови стандарди прописују да само чиста слободна воља, лишена било каквих спољних утицаја, не представља принуду тј. насилни прекид трудноће. Нацистички лидери су оптужени за обоје, "подстрекавање абортуса и присилне абортусе".<sup>660</sup> Због тога, стварање неповољне атмосфере према трудноћи, која је била темељ за непоштовање слободне воље, довела је до тога да се, не само абортуси лишени физичке

<sup>658</sup> *Vo v France Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004*, para 84.

<sup>659</sup> *Paton v The United Kingdom, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980*.

<sup>660</sup> Hunt John, *Abortion and the Nuremberg Prosecutors, a Deeper Analysis*, St Joseph University, Philadelphia, <http://www.uffl.org/vol%207/hunt7.pdf>, November 2013.

принуде, већ и добровољни абортуси буду предметом оптужнице и судског процеса.<sup>661</sup> Ако се ти стандарди користе као тест за процјену природе и тежине силе која треба да се наметне трудници, да би се конститисала принуда, слиједи да сила не мора да буде физичка или неодољива да би представља повреду њене слободе, а што је претходно већ био оквалификовано као злочин против човјечности.<sup>662</sup> Што се тиче употребе силе у репродуктивној сфери у циљу присилних абортуса, Европски парламент је усвојио резолуцију којом се "осуђује пракса присилних абортуса и стерилизације глобално, посебно у контексту политике једног дјетета." Међутим, у пракси, абортуси се у Европи често проводе на инсистирање оца или под претњом штете по жену или дијете.<sup>663</sup> Имајући ово у виду, спорно је да ли жене данас заиста уживају слободу у репродуктивној сфери? Детаљније о значењу *слободно датог пристанка* према Конвенцији, аутономији малолетника и овлашћењима трећих лица у репродуктивној сфери, писао сам у другим поглављима.<sup>664</sup>

### 3.1.3. Конвенцијски статус нерођеног дјетета

Питање пренаталне заштите живота није рјешено у већини самих држава и дискутабилно је да ли постоји регионално прихваћен научни или правни стандард о почетку живота. Због тога, институције Конвенције нису директно одговориле на питање прве границе права на живот; нити су изричито утврдиле конвенцијски статус нерођеног дјетета. Већ је напоменуто да су институције Конвенције, као потенцијалне тренутке за почетак заштите права на живот, препознале различите националне приступе који укључују зачеће, нидицију, тачку у којој фетус постаје "одржив"<sup>665</sup> или живорођење.<sup>666</sup> У таквом правном окружењу, институције Конвенције примјењују одређене принципе када одлучују о односу између абортуса и људских права, што указује на статус нерођеног

---

<sup>661</sup> Tuomala C. Jeffrey, Nuremberg and Crime of Abortion, *University of Toledo Law Review*, [http://digitalcommons.liberty.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1047&context=lusol\\_fac\\_pubs](http://digitalcommons.liberty.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1047&context=lusol_fac_pubs), February 2014.

<sup>662</sup> Trails of war criminals before the Nuremberg military tribunals under Control council law Application No. 10, *The RuSHA case, The POHL case*, Vol. 5, 95-112.

<sup>663</sup> Погледати *Guttmacher Institute, Facts on Induced Abortion in the United States* [http://www.guttmacher.org/pubs/fb\\_induced\\_abortion.html](http://www.guttmacher.org/pubs/fb_induced_abortion.html), [last accessed 7 January 2014].

<sup>664</sup> Dakić, Dragan. Requirements of inform consent in reproductive sphere under the European Convention on Human Rights. *Ave Maria International Law Journal* 2015, year: 5, No. 4, 1 Open access: <http://ilj.avemarialaw.edu/>

<sup>665</sup> According to Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 166, foetus has right to life from this moment which requires right to life protection.

<sup>666</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980, para 12.

дјетета.<sup>667</sup> Ти принципи, који су статусно описни, су недвосмислено примењени од стране Комисије у *Paton v United Kingdom*<sup>668</sup> (*Paton*), и они су описани редослиједом којим су уведени том приликом. Накнадна судска пракса их је потврдила или проширила и биће представљени кроз анализу случајева *R.H. v. Norway*<sup>669</sup> и *Vo v. France*<sup>670</sup>.

*Paton* представља случај у којем се абортус догодио из здравствених разлога. Настао је из околности у којима је будућа мајка намјеровала да прекине трудноћу у почетној фази из здравствених разлога и противљења оца. Пажња је усмјерена на начин на који су институције Конвенције балансирале права нерођеног дјетета из члана 2. и конкретних права мајке. Чињенице у овом случају могу се сажети на следећи начин. Подносиоцу захтјева је жена, која је била осам недеља трудна, рекла да намјерава да абортира. Подносилац се обратио Вишем суду правде да спријечи абортус. Његова супруга је добила потврду, од два регистрована љекара, да би наставак трудноће представљао повреду физичког или менталног здравља труднице. Надлежни суд је одбацио захтјев апеланта и абортус је спроведен. У овом случају, Комисија је одбила тврдње потенцијалног оца да је жртва повреде права из Европске конвенције, јер није био консултовани и није могао да стави вето на одлуку жене да абортира. Апликација је, такође, одбачена у дијелу у којем се позивала на заштиту материјалних гаранција из члана 2.

*R.H. v. Norway* представља групу предмета у којима се абортус десио по основу очувања благостања. Године 1986. подносилац је живио са младом Норвежанком, нису били у браку. У јуну 1986. године она је остала у другом стању. Почетком августа отишли су у Израел и засадили три стабла као симбол њихове жеље да имају дете. Мајка се, међутим, предомислила и заједно са оцем консултовала је клинику у циљу добијања информација о могућем абортусу. Отац, подносилац апликације, се ипак противио таквом кораку. Како је мајка била одлучна да изврши абортус, и како је фетус био старији од 12 недеља, она је позвана да се појави пред одбор два љекара 1. септембра 1986. и образложи своје разлоге. Изгледа да никакви медицински разлози нису истакнути у циљу оправдања

---

<sup>667</sup> Dakić, Dragan. Introduction into principles of unborn life protection under the European Convention on Human Rights. UDC 341 231 14:347.158 at: KOLARIĆ, Dragana (ed.), et al. *Archibald Reiss Days: International Scientific Conference, Belgrade, 3-4 March 2014: Thematic Conference Proceedings of International Significance. Vol. 3.* Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies; Bonn: German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), 2014, vol. III, pp. 343-352.

<sup>668</sup> *Paton v. The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980.

<sup>669</sup> *R.H. v Norway*, Application No. 17004/90, Decision of 19 May 1992.

<sup>670</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004.

побачаја већ само социјални. Захтјев је одобрен истог дана, а абортус је извршен 5. септембра 1986. године, када је фетус имао 14 седмица. Абортус је проведен рутинском процедуром према којој је мајка добила лијек који је провоцирао "рођење". Фетус се у таквим околностима "гуши" и појављује на исти начин као и током нормалног порођаја. У овом случају, најзанимљивије питање које је истакнуто пред Комисијом тиче се конфликта између гаранција из члана 3, на страни нерођеног, и абортуса који није подржан сличним правима мајке. Подносилац представке се жалио да нису предузете никакве мјере како би се избјегао ризик да ће 14 недеља стар фетуса осјећати бол током поступка абортуса, што је са његовог гледишта представљало нехумано поступање и мучење забрањено чланом 3. Комисија је навела да није представљен ниједан материјални доказ који би могао да поткријепи тврдње подносиоца представке да је бол нанијета фетусу.

*Vo v. France* представља случај у коме мајка није намјеравала абортус, већ је он проузрокован медицинским нехатом. Овај случај пружа нека важна објашњења о гаранцијама из члана 2 и регионалног посвећености заштити нерођене дјеце, без обзира на њихов статус према домаћем праву. У овом случају, трудна француска држављанка вијетнамског поријекла, г-ђа Тхи-Нхо Во (подносилац) посјетила је болницу у Лиону ради редовне шестомјечне пренаталне провјере 1991. Истог дана, још један пацијент, г-ђа Тхи Тханх ван Во, је такође била у чекаоници како би јој контрацептивна спирала била уклоњена. Када је прозвано име "госпођа Во", трудница госпођа Во се одазвала. Након консултација медицинске документације, др Г је приступио уклањању завојница без претходног љекарског прегледа материце. На тај начин је пробио плодуну кесу и изазвао губитак знатне количине плодове воде. Сљедећег јутра, још један случај замјене идентитета је замало избјегнут. Подносилаца пријаве је одведена у операциону салу да би јој се уклонила непостојећа спирала, али је протестовала након чега су је анестезиолози препознали. Послије два дана подносиатељица представке је напустила болницу, али се вратила пет дана касније. Тестови су показали да плодова вода није замијењена, а трудноћа је прекинута из здравствених разлога наредног дана. Тестови су показали да је фетус био између 20-те и 24-те недеља гестације.

Ове, веома опште контуре судске праксе, показују да извори људских права не говоре ништа о заштити нерођеног живота, да важеће национално законодавство недвосмислено није дало право на живот нерођеном дјетету, али и поред тога институције

Конвенције су сматрале да је повреда била оправдана у датим околностима. Кроз принципе који се примјењују у наведеним случајевима могли бисмо описати статус нерођеног према Конвенцији. Институције Конвенције су увеле принцип опште применљивости члана 2. на нерођени живот и, штавише, препознале су његову аутономију по члану 2. Разлика између опште применљивости члана 2. (који се односи на процедуралне гаранције) и препознавања пренаталног живота као заштићене вриједности под материјалним гаранцијама права на живот може указивати на то да биолошка чињеница живота није у потпуности искључена из заштите у пренаталној фази (прије рођења, прије одрживости или чак прије нидиције). На основу тога, сматра се да је нерођено дијете аутономно признато према Конвенцији. Што се тиче примењивости процесних гаранција, у *Vo v. France*, суд подразумева да постоје два различита начина како повреде повреде члана 2. могу да настану, наиме, материјални и / или процедуралне повреде.<sup>671</sup> У том смислу, у *Vo v. France* Суд је посматрао је да ли одсуство правног лијека, да се казни ненамјерно уништавање фетуса, представља пропуст државе да заштити, по закону, право на живот у смислу члана 2. Конвенције? Што се тиче позитивне обавезе државе да штити живот, Суд је утврдио да у конкретној области медицинског нехата, обавеза може, на примјер, бити задовољена ако правни систем пружа жртви грађанскоправне лијекове, самостално или у комбинацији са кривичноправним лијековима, путем којих је омогућено успостављање одговорност љекара и одговарајуће цивилно обешчашење, као што су наредбе за накнаду штете и за објављивање одлуке. Такође, сматра да предвиђене дисциплинске мјере могу бити довољне.<sup>672</sup> Како Пломер наводи,<sup>673</sup> питање да ли су правна средства, која су обезбјеђена од стране државе, адекватна или у складу са Конвенцијом, може настати само под претпоставком да је жртва имала материјално и основно право, које је захтевало заштиту на основу члана 2., а које држава није успјела да заштити кроз пружање одговарајућих мјера и казни.

### **3.1.3.1. Материјалне гаранције права на живот које се односе на нерођено дијете**

Што се тиче примјењивости материјалних гаранција права на живот на нерођено дијете, чини се да је институције Конвенције подразумевају. Комисија је посматрала пренатални живот као аутономно заштићен када је у случају *Paton* утврдила да је случај

---

<sup>671</sup> Plomer Aurora, Foetus right to life, The case *Vo v France*, *Human Rights Law Review*, (2005): 5(2), 325.

<sup>672</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 90.

<sup>673</sup> Plomer Aurora, Foetus right to life, The case *Vo v France*, *Human Rights Law Review*, (2005): 5(2), 325.

прихватљив за мериторно одлучивање под чланом 2., иако се предмет није тицао процедуралних, етичких, моралних, или других разлога који могу настати усљед абортуса,<sup>674</sup> већ само заштите нерођеног живота.<sup>675</sup> С друге стране, када је захтјевана заштита материјалних права фетуса из члана 2, институције Конвенције су, у више наврата, закључиле да фетус не ужива апсолутно право на живот.<sup>676</sup> Ипак, на основу овога се не може закључити да су они апсолутно искључени из заштите права на живот. У случају *Paton*, Комисија је утврдила да су ограничења заштите нерођеног живота, у фази развоја у којој се предметна трудноћа налазила, у складу са Конвенцијом. Стога, заштита права на живот нерођених се може сматрати подложном подразумеваним ограничењима, а не непостојећом. У *R.H. v. Norway*, Комисија је потврдила принцип опште примјенљивости и приметила да, у одређеним околностима, фетус може уживати заштиту из члана 2, без обзира на то што у државама потписницама постоји значајна разлика у ставовима о томе да ли, или којем обиму члан 2 штити нерођени живот. Овом приликом, Комисија је потврдила аутономију нерођеног живота у дијелу одлуке по жалби да нису предузете никакве мјере како би се избегао ризик да ће 14 недеља стар фетус бити изложен болу током поступка абортуса, што би представљало нехумано поступање и мучење забрањено према одредбама члана 3. Ово одваја нерођени живот од живота мајке, јер је независно признат као потенцијална жртва. Коначно, у *Vo v. France*, Суд је рекао да је, "живот фетуса блиско повезан са животом мајке и може бити заштићен кроз њу." У том свјетлу, разматрање које нуди Викс је сасвим разумно, према којем фетус има 'живот', према мишљењу Суда, иако не нужно онај који захтјева пуну заштиту дату "свима" према члану 2.<sup>677</sup>

Даље, у случају *Paton*, Комисија је разматрала значења термина "сви" и "живот", који су коришћени у члану 2. Конвенције у општем контексту. Разлика учињена том приликом између ових термина је од великог значаја.<sup>678</sup> Термин "сви" се односи на

---

<sup>674</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980, para 22

<sup>675</sup> *Ibid.* 4, 17

<sup>676</sup> Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2), 264

<sup>677</sup> Wicks Elizabeth, The Meaning of 'Life': Life in International Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review* (2012): 12(2). 209

<sup>678</sup> For critical view on such position of the Commission refer to Plomer Aurora, Foetus right to life, The case *Vo v France*, *Human Rights Law Review*, (2005): 5(2), 317 and 319.

признавање нечијег правног субјективитета пред законом (личност).<sup>679</sup> Он указује на правни статус признат пред националним законом који треба да буде заштићен одредбама Конвенције. Израз "живот" се односи на биолошку чињеницу и статус који јој је додјељен према Конвенцији. Препознавање ове биолошке чињенице је одвојено од препознавања правног субјективитета. Стога, правни субјективитет није предуслов за почетак заштите права из Конвенције.

Треба напоменути да Комисија користи израз "у тој фази` права на живот` фетуса" када је образлагала основаност прекида трудноће. Ово је важно јер показује да према Конвенцији, нерођено дијете има право на живот чији обим заштите зависи од гестационе доби. Ово би могло бити разуман подстицај за став да је биолошки живот објекат заштите права на живота, али не треба искључити могућност да је заштита живота изграђена на два нивоа. Први ниво је апсолутно право на заштиту живота које се даје особама, и "други ниво је мања заштита која се даје сваком људском животу, од зачећа па надаље, на основу људског достојанства."<sup>680</sup> Најјаснију разлику између заштите нерођеног живота и његовог (не)статуса личности начињена је у *Vo v France*, када је Суд је навео да је пренатални живот непотребно „заштитити у име људског достојанства, не чинећи га "личношћу" са "правом на живот" за потребе члана 2.“<sup>681</sup> У сљедећем случају, *A.B.C. v. Ireland*, Суд је додао још једну потенцијалну разлику између заштите нерођеног живота и признавања његовог правног субјективитета. Морални статус нерођеног живота, према националном праву, препознат је као основ за пружање широке заштите, чак и без додјељивања статуса личности.<sup>682</sup> Због тога, статус жртве је одобрен нерођеном животу под члановима 2. и 3. Конвенције, што даје снажну подршку ставу да пренатални живот није лишен аутономног признавања према Конвенцији. У том свјетлу, повреда материјалних гаранција из члана 2., чију заштиту пренатални живот претпостављено ужива, сматрана је оправданом у датим околностима.

Важно је имати на уму, да су институције Конвенције примјењивале принцип ограниченог одлучивања и доктрину слободне процјене на веома широк начин приликом

---

<sup>679</sup> Same at: Wicks Elizabeth , The Meaning of 'Life': Life in International Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review* (2012): 12(2). 209.

<sup>680</sup> Wicks Elizabeth , The Meaning of 'Life': Life in International Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review* (2012): 12(2), 209.

<sup>681</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 84.

<sup>682</sup> Погледати *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*, Merits, 29 October 1992, Series A Application Nos. 14234/88; 14235/88, and *A, B and C v. Ireland*, Application No. 25579/05, Judgment from 16 December 2010.



одлучивања у предметима који су се тicali абортуса. У случају *Paton*, Комисија је сматрала, а Суд накнадно поновио, да није позван, у овом случају, да одлучи у општем смислу да ли члан 2 покрива нерођени живот уопште, или да ли треба признати нерођеном животу право на живот под имплицитним ограничењима. У овако дефинисаном предмету одлучивања Комисија је ограничила своје тумачење само на почетну фазу трудноће<sup>683</sup> и њеног прекида на основу медицинских разлога на страни мајке. У *R. H. v Norway*, Комисија ограничава своју одлуку на однос између абортуса и гаранција из члана 3. у којима се наводи да нису представљени материјални докази који би могли да поткријепе тврдње подносиоца представке о болу нанијетом фетусу. На овај начин, институције Конвенције избегавају, не само да утврде када право на живот почиње, већ и да ли је, или није, пренатални живот обухваћен заштитом права на живота кроз цијелу трудноћу, и ако јесте, у којој мјери. Комисија је прогласила да право нерођеног детета на живот подлијеже подразумеваним ограничењима. Како је потврђено кроз накнадну судску праксу, списак легитимних основа за абортус није коначан. У *R. H. v Norway*, који се односи на абортус на основу социјалних фактора (закључено је да је трудноћа, рођење или брига за дијете може ставити жену у тешку животну ситуацију), Комисија је утврдила да нема повреде гаранција Конвенције. Том приликом Комисија је констатовала да, у таквој деликатној области, уговорне државе имају одређену дискрецију.<sup>684</sup>

Границе те дискреције се граниче са одрживости фетуса јер се Комисија у доношењу одлуке ослањалана на норвешки закон према којем, уколико постоји разлог за претпоставку да је фетус одржив, прекид трудноће не може бити одобрен без обзира на околности. Због овакве правне позадине, Комисија није нашла да је тужена држава изашла ван своје дискреције. Важно проширење слободне процјене је учињено од стране Суда, када је истакао да питање када почиње право на живот спада у слободну процјену коју Суд генерално сматра да државе треба да уживају у овој области.<sup>685</sup> Остављајући државама у дискрецију да одлуче када почиње право на живот, Суд је заправо проширио маргину толерантности до максималних граница.

### 3.2. Опажања

Као што смо раније видјели, ни универзални ни регионални инструменти за заштиту људских права не дају јасне одговоре на питање да ли ембрион има право на

<sup>683</sup> Погледати *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980, para 22.

<sup>684</sup> *R. H. v Norway*, Application No. 17004/90, Declaration on inadmissibility 19 May 1992 para 168.

<sup>685</sup> *Vo v France*, Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 82

живот. Универзални инструменти израђени су под јаким послеријатним тежњама ка заштити живота, али су уважавали различите приступе националних законодаваца у том погледу. Они не везују државе потписнице да усвоје било које рјешење, нити искључују могућност усвајања различитих међународноправних позиција у случају нових околности. Исто важи и за регионалне инструменте за заштиту људских права. Недавне нормативне активности на универзалном и регионалном нивоу се развијају у правцу признавања интереса пренаталног живота, али се не заснивају на њиховом праву на живот. Судска пракса се не разликује много од нормативног курса.

Суд је примијенио одређене принципе када је разматрао питање односа абортуса и људских права, који су му омогућили да донесе мериторну одлуку, али без усвајања општих правила.<sup>686</sup> Ипак, институције Конвенције недвосмислено су указале да се процедуралне и материјалне гаранције члана 2. могу односити на нерођени живот. Међутим, чак и тако, није им призната апсолутна заштита у оквиру права на живот. У тумачењу да ли је нерођени живот покривен термином 'живот' из члана 2. Конвенције, Комисија нуди три могућа приступа. Они гласе да овај термин "уопште не покрива фетус; да фетус има право на живот са одређеним подразумеваним ограничењима; или да фетус има апсолутно признато право на живот". Последњи приступ, Комисија је искључила због погрешне претпоставке да би таква опција представља предност за нерођено, над већ рођеним животом у конфликтним ситуацијама.

Из анализиране судске праксе, може се сматрати да институције Конвенције препознају нерођеном дјетету претпоставку о праву на живот, без назнаке о томе када она почиње, која расте кроз трудноћу, која има аутономни правни статус и од које се може одступити у случају конфликта између његових интереса и интереса мајке.<sup>687</sup> С обзиром на све то, институције Конвенције су се определијиле за другу понуђену могућност.

Суд је препознао статус нерођеном животу према Конвенцији на основу његовог чланства у људској раси и капацитету да постане личност. Крајњи домет овог статуса је захтјев да његово угрожавање буде легитимно, али квалификација да ли је повреда била

---

<sup>686</sup> Dakić, Dragan. Introduction into principles of unborn life protection under the European Convention on Human Rights. UDC 341 231 14:347.158 at: KOLARIĆ, Dragana (ed.), et al. *Archibald Reiss Days: International Scientific Conference, Belgrade, 3-4 March 2014: Thematic Conference Proceedings of International Significance. Vol. 3.* Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies; Bonn: German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), 2014, vol. III, pp. 343-352.

<sup>687</sup> Granted it with 'limited' right to life, Погледати Mowbray Alastair, Institutional Developments and Recent Strasbourg Cases, *Human Rights Law Review* (2005): 5(1), 277.

легитимна, углавном спада у сферу слободне процјене дате државама. Биолошке особине пренаталног живота, као што је гестациона повезаност са мајком и фаза његовог морфолошког и неуролошког развоја, утврдили су одређене теоретске и правне ставове у вези са њиховим правом на живот. Ови теоријски и правни ставови утичу на регионалну судску праксу. Гестациона веза ставља нерођено дијете у структуралну диспозицију, јер зависи од помоћи мајке, која може да се уздржи од давања те помоћи када се испуне одређени услови. Са друге стране, по истом основу пренатални живот је заштићен кроз њу. То значи да, како Викс опажа, "право на живот фетуса не мора захтевати да фетус буде изнијет до термина уз кршење права своје мајке, оно ће захтевати да његов живот буде заштићен од напада."<sup>688</sup> У сваком случају, пренатални живот је препознат као аутономно заштићен чланом 2. и чланом 3. Конвенције. У супротном, који би били одговори на сљедећа питања:

1. Зашто су институције Конвенције нашле предмет прихватљивим за мериторно одлучивање који се није тицао процедуралних, етичких, моралних, или других разлога који могу настати усљед абортуса, већ само заштите нерођеног живота?
2. Зашто су институције Конвенције испитивале да ли је абортус подржан легитимним разлозима који би могли оправдати дерогацију права на живот?
3. Зашто Комисија разликује термин `свако` и `живот`?
4. Зашто институције Конвенције понављају да се одредбе члана 2 уопштено могу примјенити на пренатални живот?
5. Зашто је Комисија утврдила да је предметни абортус био оправдан "у тој фази" права на живот фетуса?
6. Зашто је Суд рекао да је "живот фетуса је тијесно повезан са животом мајке, и да би могао бити заштићен кроз њу"?
7. Зашто је Суд испитивао у контексту члана 2., да ли је држава пропустила да заштити пренатални живот путем пружања одговарајућих правних средстава или казни?

Сада, када смо утврдили конвенционални статус пренаталног живота, обрадићемо признате основе за прекид трудноће како би се описало како се сукобљеним интересима у сфери репродукције приступа из контекста људских права. У том смислу ћу користити

---

<sup>688</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 173.

критеријуме из претходног поглавља које се бавило признатим временским оквирима и признатим основама за абортус у националним законодавствима.

### **3.3. Признати основи за прекид трудноће према конвенцији**

#### **3.3.1. Временски оквири – критеријум Б**

Судска пракса институције Конвенције није дефинисала трајање почетног стадијума трудноће. Закључак о томе може се досегнути кроз случајеве који се тичу прекида трудноће у којима је овај стадијум разматран. У случају *Paton*,<sup>689</sup> у којем је временски критеријум примјењен први пут, прекид трудноће се догодио орјентационо око 10-те недеље гестације. Такође, у *Boso v Italy*, тачна информација о томе када се прекид догодио није представљена Суду, и било је закључено, на основама процедуралних одредби националног законодавства, да је прекид трудноће извршен током првих 12 недеља. У *R. H. v Norway* абортус се догодио између 12-те и 18-те недеље трудноће.

#### **3.3.2. Основи за прекид трудноће – критеријум Ц**

У регулисању основа за абортус, заузети су разноврсни приступи у државама чланицама. Национални закони дозвољавају абортус из здравствених разлога (медицинске индикације), из разлога благостања, и на захтјев. Са друге стране, Конвенција у свом тексту експлицитно не гарантује здравље, нити репродуктивна права, нити садржи набројане стандарде медицинске његе у овој области. Због тога, питање да ли "легалан и сигуран прекид трудноће треба, или не треба, да буде доступан по домаћем закону, (...) и ако треба, под којим условима"<sup>690</sup> остаје без експлицитног одговора. Још се развијају одређени стандарди у овом погледу. Када национални закони омогућавају приступ абортусу на основу медицинских индикација, потребни стандарди законодавства и здравствене заштите су дефинисани опсегом члана 8. и члана 3. Конвенције. Имајући у виду медицинске индикације, постоје двије врсте терапијских абортуса. Први тип је абортус у циљу спашавања живота, а други тип је абортус у циљу очувања здравља.

---

<sup>689</sup> Погледати *Paton v The United Kingdom* Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980, para 2 – 4.

<sup>690</sup> Krzyanowska-Mierzevska, How to Use the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Matters of Reproductive Law: The Case Law of the European Court of Human Rights (Astra 2004) [http://www.astra.org.pl/pdf/publications/astra\\_guide.htm](http://www.astra.org.pl/pdf/publications/astra_guide.htm) 5 November 2013.

### 3.3.3. Прекид трудноће у циљу спасавања живота

Институције Конвенције су показале да у случају сукоба између интереса мајке из члана 2, и пропорционалног интереса пренаталног живота, предност ће бити на заштити интереса мајке.<sup>691</sup> Критеријуми за одређивање релевантног ризика по живот мајке су посредно уведени *A, B and C v Ireland*.<sup>692</sup> У овом случају, три подносиатељице представке су прекинуле трудноћу у Великој Британији. Прва подносиатељица представке је тражила прекид трудноће из разлога заштите здравља и благостања; друга подносиатељица представке искључиво из разлога благостања; и трећа јер се плашила да наставак трудноће представља опасност по њен живот. Трећа подносиатељица је, дакле, фактички и правно, у другачијој ситуацији у односу на друге двије, јер у околностима у којима се она нашла, прекид трудноће може бити закон по ирском закону, али је она тврдила да она није могла да оствари право на абортус у Ирској због недостатка дјелотворног поступка. Приликом одлучивања по жалби треће подносиатељице, Суд је указао на *L.C.B. v the United Kingdom* и *Osman v the United Kingdom*,<sup>693</sup> као на предмете који садрже релевантне доказе за утврђивање постојања пријетње. Њиховом примјеном утврђено је да није било никаквих доказа о постојању било које релевантне опасности по живот подносиатељице представке. Оба наведена случаја, на које је Суда указао, су у вези са обимом позитивних обавеза државе да предузме превентивне мјере за заштиту живота. Оба случаја су праћена повредом здравља њихових подносиоца, али без фаталних посљедица. Будући да Суд није утврдио повреду члана 2., у наведеним случајевима, није било могуће пружити прецизну дефиницију релевантног ризика који захтјева Конвенција да би се на њему засновао легитиман абортус. Али, заједничке одлике тих случајева могу да се користи као референца за његово дефинисање. Према врло екстензивном приступу може се сматрати да је заједнички основ за судске одлуке недостатак одређене узрочно-посљедичне везе између, наводног, пропуста држава и насталих посљедица, као и недостатак сигурности, да би расположиве мјере довеле до спрјечавања негативних посљедица. Преведено на поље захтјева за заснивање легитимног абортуса, може се сматрати да је нужно успоставити узрочну везу између трудноће и/или порођаја и здравствених компликација

---

<sup>691</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980, para 19. Same at Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2), 265

<sup>692</sup> *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010

<sup>693</sup> *L.C.B. v The United Kingdom*, Merits, 9 June 1998, *Reportsof Merits, s and Decisions* 1998-III, 1403; *Osman v The United Kingdom*, Application No. 23452/94, Merits, 18 October 1998.

које су такве тежине да би могле довести до фаталних посљедица. Кумулативно, треба утврдити да је абортус био једина ефикасна мјера да спречи њихов настанак.

Пријетње по здравље, без тих елемената, Суд је разматрао под чланом 8. Конвенције. Недостатак било каквог ефикасног домаћег поступка за утврђивање релевантног ризика, без обзира да ли су праћени са било којим здравственим посљедицама, Суд квалификује као кршење члана 8.<sup>694</sup> не члана 2. Ово захтева од држава да усвоје и спроведу адекватне медицинске процедуре. Као што су Зампас и Гхер навели, Суд никада није потврдио да ли опасност од самоубиства чини релевантан ризик,<sup>695</sup> што је још један нерјешен аспект овог питања на регионалном нивоу.

### **3.3.4. Прекид трудноће у циљу очувања здравља**

Слично као и право на живот, неки међународни и регионални инструменти за људска права штите право жена на здравље. Свјетска здравствена организација дефинише 'здравље' као "стање потпуног физичког, менталног и социјалног благостања, а не само одсуство болести или слабости".<sup>696</sup> Може се сматрати да ово намеће обавезу владама да обезбједе адекватну здравствену његу и услове за добро здравље.<sup>697</sup> У контексту абортуса, право на здравље може се тумачити као захтјев владама да предузму позитивне мјере како би се избјегло излагање жена здравственим ризицима лоше обављеног абортуса и да се обезбједи трудницама приступ абортусу када им је здравље у опасности.<sup>698</sup>

Случај *Tysic v Poland*,<sup>699</sup> тицао се питања да ли је подносиатељица била укључена у процес доношења одлука у вези са терапеутским абортусом, до степена довољног да јој пружи потребну заштиту њених интереса? Подносилац представке је патила од тешке кратковидости од 1977. Она је оцијењена, од стране државног медицинског панела за потребе социјалног осигурања, да пати од неспособности средње тежине. Већ је била мајка двоје дјете, и остала је поново трудна у 2000. године. Забринута због могућег утицаја порога на њено здравље она је консултовала љекаре. У одсуству процедуре за

---

<sup>694</sup> *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010, para 250 and 267.

<sup>695</sup> Погледати Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2), 262.

<sup>696</sup> Constitution of the World Health Organization, signed 22 July 1946, which entered into force on 7 April 1948, at the preamble.

<sup>697</sup> Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2), 265, 278

<sup>698</sup> Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 513 September 1994, A/CONF.171/13/Rev.1 (1995), Chapter VIII C. Women's Health and Safe Motherhood at para. 8.25

<sup>699</sup> *Tysic v Poland* Application No. 5410/03 Merits, 20 March 2007.

жалбу на одлуку, подносилац представке није могла постићи да њена трудноћа буде прекинута. Након порога свог трећег дјетета царским резом у новембру 2000. године, подносилац је претрпила значајно погоршање вида. Према љекарском увјерењу, издатом од стране офталмолога, погоршање је узроковано недавним ретиналним крварењем; осим тога, због даљих компликација подносиатељица је изложена ризику од сљевила који није могуће исправити хируршком интервенцијом. У септембру 2001. године, панел је констатовао инвалидитет подносиоца пријаве који је чини значајно онеспособљеном, у мјери да јој треба стална брига и дневна помоћ. Подносилац пријаве је поднијела кривичну пријаву и иницирала је дисциплински поступак који су сви прекинути. Подносилац пријаве је аплицирала Европском суду за људска права. Она је тврдила да је испунила законске услове за приступ на абортусу из терапеутских разлога и да је пропустила да јој се обезбједи легалан терапеутски абортус, усљед чега је била изложена озбиљним здравственим ризицима, довео до кршења чланова 3., 8. и 13. Она се, такође, жалила да држава није успјела да испуни своју позитивну обавезу да обезбједи свеобухватан и ефикасан правни оквир како би се омогућило трудници остваривање права на терапеутском абортусу. Коначно, позивајући се на члан 14., она је тврдила да је била дискриминисана на основу свог пола и инвалидитета.

У овом случају, Суд је указао на значај још једног фактора за који одлучујуће утиче на капацитет мајке у репродуктивној сфери, а то је временски фактор за одлучивање о трудноћи. Овом приликом Суд је разматрао да ли је подносиатељица захтјева била у могућности да благовремено одлучи о прекиду трудноће како би се избегла, или спријечила штету по њено здравље, која настаје због касног прекида трудноће. Суд је сматрао да Пољска није испунила позитивне обавезе за обезбјеђивање права подносиоцу представке на поштовање приватног живота у контексту спорног питања да ли је имала право на терапеутски абортус. Суд је другом приликом изјавио да противправно лишење трудне жене медицинских услуга, које су гарантоване законом, представља, понижење и изазива патњу довољне тежине да се квалификује као кршење члана 3. Конвенције.<sup>700</sup> Из релевантне судске праксе произилази да абортус, у циљу очувања здравља, садржи још једну димензију која се односи на физичко и ментално стање нерођеног дјетета.<sup>701</sup> За

---

<sup>700</sup> Погледати *R.R. v Poland*, Application No. 27617/04, Merits, 26 May 2011 para 161.

<sup>701</sup> Погледати *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

разлику од јасних конвенционалних стандарда већина држава није успјела да дефинише степен абнормалности која је потребна да легитимише абортус.<sup>702</sup>

Овај пропуст националних законодавстава доводи поступајућег љекара у рањиву ситуацију због својих професионалних процјена које могу бити предмет грађанске тужбе (wrongful life) или кривичног поступка по основу инкриминације абортуса након одређене гестације. Недостатак прецизних норми захтјева од љекара да ризикује и да да позитивну прогнозу која није увијек поуздана, јер су неке малформације видљиви тек након рођења, или да, по аутоматизму, дијагностикује значајан ризик када позитивна дијагноза није могућа. Поједине јурисдикције сугеришу такву врсту презумпције,<sup>703</sup> омогућавајући на тај начин љекару да избјегне грађанске тужбе, док је у неким другим јурисдикцијама могуће извршити еутаназију новорођенчета, уколико је по рођењу откривен инвалидитет.<sup>704</sup> Даље, недостатак прецизне норме чини овај основ широко распрострањеним у пракси и окруженим дискусијама о његовом моралном и етичком оправдању. Са друге стране, у *Boso v Italy*, Суд је указао који степен феталне аномалије оправдава абортус у складу са Конвенцијом. Потребно је да буде потврђено да ће се дијете родити са стањем такве тежине које угрожава физичко или ментално здравље жене.<sup>705</sup> Према судском становишту, стање дјетета представља дио мајчиног здравља. На одређен начин, такав став Суда може да помогне националним законодавцима да пружи правну помоћ у медицинском особљу по овом питању. Он појашњава да феталне аномалије, саме по себи, нису довољан разлог за абортус. Абнормалности која изазива хендикеп дјетета потребне тежине се могу детектовати кроз неонатална тестирања или чак путем ултразвука.

Даље, сврха овог основа је очување физичког или менталног здравља мајке. С тога, еугеника по себи није призната као основ који је у складу са Конвенцијом.<sup>706</sup> Иако, еугеника, као основ за абортус, би се могла аналогно наћи на регионалном нивоу у

---

<sup>702</sup> Roman law intended to define malformation degree required to qualify newborn child as monster which did not enjoy protection of its life. Погледати *Leges XII tabularum, Tabula I V*

<sup>703</sup> Scott Rosamund, Prenatal Screening, Autonomy and Reasons: the Relationship between the Law of Abortion and Wrongful birth, *Medical Law Review*, (2003): 11, 271.

<sup>704</sup> Verhagen, & Sauer, 'The Groningen protocol d euthanasia in severely ill newborns' (2005), *The New England Journal of Medicine* 2005. It is to note here that Roman law intended to provide precise malformation degree required to qualify newborn child as monster which did not enjoy protection of its life, Погледати *Leges XII tabularum, Tabula IV*.

<sup>705</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002. Also Погледати Biondi Stefano, Commentary: Access to medical-assisted reproduction and PGD in Italian Law: A deadly blow to an illiberal statute? *Medical Law Review* (2013): 21, 481-482.

<sup>706</sup> Погледати also *Costa & Pavan v Italy*, Application No. 54270/10, Merits, 28 August 2012, para 47.



Резолуција 1829 (2011)<sup>707</sup> Савјета Европе. Овај основ би се могао посматрати у односу на универзалне инструменте као што су Римски статут и забрана геноцида.<sup>708</sup>

### 3.3.5. Разлози добробити као основ за прекид трудноће

У *R. H. v Norway*,<sup>709</sup> који се тичао абортуса који је извршен између 12. и 18. недеље на основу немедицинских индикација, Комисија је утврдила да није било повреде конвенционалних гаранција. У овом случају, Комисија је подсетила да је норвешки закон дозвољава самоизвршење абортуса у првих 12 недеља трудноће. Од 12. недеље до 18. недеље трудноће прекид може одобрити одбор од два љекара, уколико су испуњени одређени услови. Као један од тих услова, национални закон уводи да се прекид трудноће може одобрити одбор ако "трудноћа, рођење или брига за дијете може да постави жену у тешку животну ситуацију." Национално законодавство захтјева да се приликом разматрања захтјева за прекид трудноће, по основу отежавајућих животних услова, посебан значај да мишљењу жене о предстојећој ситуацији, што овај основ јасно сврстава у социјалне индикације. Два љекара који су сачињавали надлежни одбор су одлучили да одобре абортус јер је закључено да ће трудноћа, рођење или брига за дијете поставити жену у тешку животну ситуацију. Дакле, било је довољно да таква могућност постоји макар према субјективној перцепцији.

Заснивајући своју одлуку на одредбама норвешког закона, Комисија није утврдила да је тужена држава превазишла своја дискрециона овлашћења. Национално законодавство предвиђа да трудноћа, након 18. недеље, не може бити прекинута, осим ако постоје нарочито озбиљни разлози за такав корак, а уколико постоји разлог за претпоставку да је фетус одржив, прекид трудноће се не може одобрити. Потребно је напоменути да су: временски рок дозвољености, и препознавање виабилитета као категоричне горње границе за дозвољеност абортуса, били одлучујуће чињеница за меритум. Суштински, Комисија је утврдила да национални закон поштује временске границе дозвољености прекида трудноће. Стога, чини се да благостање, као основ за приступ прекиду трудноће, који је овом приликом признат, заправо представља компромис, прије него увођење супермације социјалних интереса мајке над правима

<sup>707</sup> Council of Europe. (2011). *Resolution 1829 on prenatal sex selection*. <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/ERES1829.htm> March 2013.

<sup>708</sup> Art 6 of Roman Statute at <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>, [last accessed 5 October 2013].

<sup>709</sup> *R.H. v Norway*, Application No. 17004/90, Decision of 19 May 1992.

нерођене дјете из члана 2. Из тога слиједи, да је употреба благостања, као основа за прекид трудноће, ограничена на почетну фазу трудноће (која претходи одрживости).

Може се закључити да је приступ абортусу у почетној фази трудноће у складу са Конвенцијом када су наступиле медицинске или социјалне претпоставке. По мишљењу Суда које је заузео у *Boso v Italy*, такви захтјеви постављају правичну равнотежу између, с једне стране, потребе да се осигура заштита фетуса и, с друге стране, интереса жене.<sup>710</sup> Медицинске индикације су виђене као основа за приступ абортусу складне Конвенцији, које дају могућност за приступ двијема врстама абортуса, и то абортусу у циљу спашавања живота и абортусу у циљу очувања здравља. У погледу приступа абортусу, у циљу спашавања живота, захтјеви из Конвенције су испуњени када је:

- 1) потврђена узрочна веза између трудноће и/или рођења и здравствених компликација такве тежине које би могле да изазову смрт мајке, и
- 2) када је абортус једина ефикасна мјера да то спречи.

Приступ абортусу у циљу очувања здравља захтјева од држава да усвоје ефикасне процедуре за утврђивање релевантног ризика који трудноћа и/или рођење може имати на здравље мајке, и да јој омогући да може благовремено одлучити о прекиду трудноће како би се избегла, или спрјечила, оштећења здравља до којег може довести касни абортус. Још један аспект овог основа за приступ прекиду трудноће је физичко и ментално стање нерођеног детета. Потребан степен феталне аномалије би требало да потврди да ће се дијете родити у стању такве тежине да ће угрозити физичко или ментално здравље жене. Еугеника, сама по себи, није призната као разлог у оквиру овог основа. Употреба благостања као основа за приступ абортусу је временски ограничена на почетну фазу трудноће тј. прије одрживост дјетета. Чини се да су институције Конвенције у рјешавању сукоба између гаранција за заштиту људских права, абортуса и заштите нерођеног живота, настојале да оправдају приступ абортусу под ванредним околностима. Због тога, компатибилност законодавства које омогућава неограничен приступ абортусу са Конвенцијом је под знаком питања. Постоје неки аутори који сматрају да су таква законодавства у супротности са Конвенцијом.<sup>711</sup>

---

<sup>710</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

<sup>711</sup> O'Donovan, K. Taking a neutral stance on the legal protection of the fetus. *Medical Law Review*, (2006): 14(1), 120.

### 3.4. Правна природа прекида трудноће

У циљу одређивања правне природе абортуса истражићу да ли постоји право на абортус у оквиру међународног права, са фокусом на европске регионалне изворе права. Полазна тачка у овом разматрању може да буде тврдња да Конвенција штити абортус као људско право својим чланом 8. (право на приватност). Ова тврдња је дјелимично тачна. Суд је утврдио да забрана прекида трудноћа, који се тражи из здравствених разлога, и/или због благостања, доводи до мијешања у право на поштовање приватног живота.<sup>712</sup> Суд, такође, сматра да забрана абортуса ради заштите нерођеног живота није аутоматски оправдана према Конвенцији на основу неодређеног поштовања према заштити пренаталног живота, или на основу претпоставке да је право труднице на поштовање приватног живота од мањег значаја.<sup>713</sup> Са друге стране, право на приватност не даје апсолутну заштиту слободи мајке да прекине трудноћу.<sup>714</sup> Право жене на поштовање приватног живота "се мора упоредити са другим конкурентским правима и слободама укључујући и оне нерођеног дјетета."<sup>715</sup>

Може се сматрати да је случај *Bruggemann and Scheuten v Germany*,<sup>716</sup> индиректно отворио питање да ли је право на абортус обухваћено правом на приватни живот? То је учињено кроз испитивање главног питања у случају, т.ј. да ли је мијешање у овом случају било легитимно оправдано. По мишљењу Комисије, не представља свако регулисање абортуса мијешање у право на поштовање приватног живота мајке, што је довело до "незадовољавајућег рјешења према којем се трудноћа треба посматрати у оквиру Европске конвенције као аспект, али не искључиво женског приватног живота."<sup>717</sup>

Директан став Суда, по питању да ли Конвенција штити абортус као изворно или изведено право може се сажети са "НЕ!"<sup>718</sup> Не постоји међународни, или регионални споразум који је изричито признао "право жена на абортус" из друштвено-економских

---

<sup>712</sup> Погледати *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010, para 216.

<sup>713</sup> *Ibid.* para 238.

<sup>714</sup> Walter Kälin, Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (Oxford: Oxford University Press 2009), 295.

<sup>715</sup> *Tysiqc v Poland*, Application No. 5410/03 Merits, 20 March 2007, para 106, and *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 76, 80 and 82, *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010 para 231.

<sup>716</sup> *Bruggemann & Scheuten v Germany*, Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, DR 10. refer to dissenting opinion of judge Fawcett.

<sup>717</sup> Refer to Wicks Elizabeth, *A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Review* (2011): 5(2), 559.

<sup>718</sup> *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro v Portugal*. Application No. 16471/02, Merits, 26 October 2004 and *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010 para 214

разлога или само на захтјев.<sup>719</sup> Стога, према међународном праву абортус није заснован на праву. У најбољем случају, то је могућност када се испуне одређени услови.<sup>720</sup>

Суд је користио израз "право на абортус", али само у контексту националног законодавства.<sup>721</sup> Сви предмети су се тicali терапијских абортуса. У случају *P. & S. v Poland*,<sup>722</sup> Суд је сматрао да држава има позитивну обавезу да створи процедурални оквир који омогућава трудници да ефикасно оствари своје право на приступ законитом абортусу, само кад држава,<sup>723</sup> поступајући у оквиру граница својих овлашћења, доноси законске прописе који омогућавају абортус у таквим ситуацијама.<sup>724</sup> Суд је закључио да је пропуст државе да спроведе своје законе у пракси представља пропуст на поштовање приватног живота и кршења члана 8 Конвенције.<sup>725</sup> Дакле, члан 8. није прекршен пропуштањем да се уведе право на абортус.

Овакав став Суда утемељен је на "условној примјенљивости" Конвенције, што значи да када држава одлучи да успостави право које није гарантовано Конвенцијом по себи, оно може, да у извесној мјери постане заштићено Конвенцијом. На овај начин, Суд је оградио ефекат гаранција из области људских права на пуки приступ абортусу. Пресуде у којима је ускраћивање абортуса, тј. ускраћивање приступа абортусу, квалификовано као кршење члана 8. фокусиране су на процедуралне аспекте тог члана, а не на суштину самоопредељења на прекид трудноће.<sup>726</sup> Према Зампас и Гхер, „слична одлука може указивати на неспремност Суда да се бави материјалним повредама права на абортус, чак и када постоји правни основ за абортус."<sup>727</sup> Ако неко на основу наведеног заступа мишљење да Конвенција штити абортус као људско право, таква 'свијетла линија' аргумената би једнако довела до закључка да Конвенција штити нерођени живота од

---

<sup>719</sup> Refer to Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2).

<sup>720</sup> Погледати Prialux Nicolette, Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive 'Rights' and the Intriguing Case of *Tysiqc v. Poland* *European Journal of Health Law* (2008): 15, 373.

<sup>721</sup> *Tysiqc v Poland*, Application No. 5410/03, 20 March 2007, para 116-124 and *R.R. v Poland*, Application No. 27617/04, Merits, 26 May 2011, para 200.

<sup>722</sup> *and S. v Poland*, Application No. 57375/08, Merits, 30 October 2012.

<sup>723</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 82 and *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010 para 222, *R. H. v Norway*, Application No. 17004/90, Declaration on inadmissibility 19 May 1992 and *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

<sup>724</sup> *P and S. v Poland*, Application No. 57375/08, Merits, 30 October 2012, para 99.

<sup>725</sup> *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010 para 277.

<sup>726</sup> Погледати Wicks Elizabeth, A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review* (2011): 5(2), 565.

<sup>727</sup> Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2), 279.

зачећа па надаље. У једној од својих пресуда Суд је утврдио да, када је законодавство рестриктивно према абортусу у интересу заштите темељних моралних ставова, то представља правичну равнотежу између жениног права на поштовање приватног живота из члана 8. и права на страни пренаталног живота.<sup>728</sup> Даље, Суд је утврдио да национални закон о добровољном прекиду трудноће, који овлашћује жену да тражи абортус када наступе околности које угрожавају њено физичко или ментално здравље, такође успоставља правичну равнотежу између интереса жене и потребе да се осигура заштита нерођеног дјетета.<sup>729</sup> Описане позиције Суда остављају узак простор да се тумачи да Конвенција гарантује абортус,<sup>730</sup> а не само приступ прекиду трудноће.

Ако, аргумента ради, још једном претпоставимо да је абортус право из члана 8., није јасно који би био исход у случају сукоба између права мајке из оквира члана 8. са правима нерођеног дјетета из оквира члана 2? Узимајући у обзир мишљење Комисије, да "права и слободе "других", из члана 8. (2) Конвенције обухватају живот који расте у мајчиној утроби"<sup>731</sup> и може се претпоставити да би мајчина права, барем она гарантована чланом 8, била дерогирана у корист заштите која је повјерена пренаталном животу. Аутори који тврде постојање "права жена на абортус" у међународном праву, потврђују да обим тренутне заштите тог, назови права, путем људских права генерално зависи од тога да ли су живот или здравље жене у опасности, и предлажу додатне основе који настају у ситуацијама у којима је трудноћа настала из силовања или инцеста, или ако постоји ризик од феталне аномалије,<sup>732</sup> што прекид трудноће своди на приступ прекиду трудноће. Чак шта више, додатне ситуације које предлажу нису препознате као легитимишуће за прекид трудноће по Конвенцији до данас.

Судска пракса подржава мишљење да Европска конвенција,<sup>733</sup> као и други уговори о људским правима,<sup>734</sup> не уводи право на абортус.<sup>735</sup> Заиста, када је Европска конвенција о

---

<sup>728</sup> *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010 para 241 and 242. Also, when it was faced with question whether the term "others" in Article 10 para 2 extends to the unborn, Court left it as an opened possibility (*Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*, Merits, 29 October 1992, Series A, Application No. 14234/88; 14235/88, para 63, and *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 85).

<sup>729</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

<sup>730</sup> Погледати also Stephen Donoghue and Claire-Michelle Smyth, Abortion for Foetal Abnormalities in Ireland; The Limited Scope of the Irish Government's Response to the *A, B and C* Judgment, *European Journal of Health Law* (2013): 20,130.

<sup>731</sup> *Brüggemann and Scheuten v Germany*, Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, Decisions and Reports (DR), para 3.

<sup>732</sup> Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2), 255.

<sup>733</sup> Puppnik Georg, Abortion and European Convention on Human Rights, *Irish Journal of Legal Studies* (2013): 2.

људским правима ступила на снагу, закон о абортусу у свим државама чланицама је био радије рестриктиван<sup>736</sup> него либерализован. Сада, чини се да су границе слободне дискреције коју државе уживају у овој области све видљивије како наука напредује.<sup>737</sup> Истина, нема доказа да је постојала намјера да се државе обавезу у корист било којег рјешења,<sup>738</sup> и регулисање прекида трудноће је остало у пољу слободне процјене дате државама на веома екстензиван начин, али еволутивно тумачење Конвенције као "живог инструмента који се мора тумачити у свјетлу данашњих услова", и не смије се превидјети у овом контексту. У вези са тим, поље слободне процјене може бити врло брзо ограничено примјеном ове интерпретативне стратегије. Имајући у виду, да се критеријум „данашњи услови“ дефинише путем консензуса међу државама о одређеном питању,<sup>739</sup> не може се очекивати да државе постигну консензус директно по питању када живот почиње, те овај критеријум неће ускоро чинити основ за ограничење абортуса. Али сам консензус не може по себи представљати одлучујући фактор у области заштите нерођеног живота.<sup>740</sup>

Постоји могућност да регионална судска о достојанству и заштити, која је по том основу дата ембриону у предмету C-34/10, *Oliver Brüstle v Greenpeace e.V.* [2011] ECR, изгради јединствен европски приступ и створи нови аспект данашњих услова што може бити од значаја. Имајући то у виду, с обзиром на чињеницу да се може сматрати заједничким ставом између држава да ембрион/фетус припада људској раси, што захтјева његову заштиту у име људског достојанства, а да послје 20-те недеље трудноће пренатални живот постаје способан да осјети бол,<sup>741</sup> и бива одржив,<sup>742</sup> врло је вјероватно

---

<sup>734</sup> Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2), 265, 276.

<sup>735</sup> Погледати *Tysiac v Poland*, Application No. 5410/03 Merits, 20 March 2007, para 104.

<sup>736</sup> Погледати *Bruggemann & Scheuten v Germany*, Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, DR 10 at para. 64.

<sup>737</sup> CF. Wicks Elizabeth, A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review* (2011): 5(2), 565 and 567. The author considers that '(...), the days of states being completely free to resolve the maternal-foetal conflict in any way of their choosing are numbered', alluding in favour wider access abortion.

<sup>738</sup> *Bruggemann & Scheuten v Germany*, Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, DR 10. 117-18, para 64.

<sup>739</sup> *Marckx v Belgium*, Merits, 13 June 1979, Series A No. 31, para 41; *Dudgeon v The United Kingdom*, Merits, 22 October 1981, Series A No. 45, para 60; *Soering v The United Kingdom*, Application No. 14038/88, Merits, 07 July 1989, para 102; *L. and V v Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, para 50, ECHR 2003-I.

<sup>740</sup> Погледати *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010 para 237.

<sup>741</sup> Refer to Steinbock Bonnie, *Life before birth: The moral and legal status of embryos and fetuses*, (Oxford: Oxford University Press 2011) 46-51.

<sup>742</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 166. For medical sources on the issue refer to: [http://www.ehd.org/resources\\_bpd\\_documentation\\_english.php#\\_ftnref154](http://www.ehd.org/resources_bpd_documentation_english.php#_ftnref154). 5 January 2014.

да Суд заузме став да абортус, извршен супротно пракси описаној у оквиру критеријума Б, спада у дјелокруг члана 3. Тенденција повезивања заштите пренаталног живота са заштитом достојанства, као и утицај ове тенденције на друга људска права такође је уочена од стране других аутора. Неки сматрају да се развој људског достојанства "може поткопати прије него проширити избор, а у неким случајевима може се ограничити прије него проширити опсег традиционалне "прве генерације" људских права и основних слобода".<sup>743</sup> У свом образложењу о посљедицама фокусирања на достојанство људског живота, Викс је изразила мишљење да ће "фокус на достојанство људског живота довести до виталне заштите људског живота на најрањивијем, пренаталном стадијуму."<sup>744</sup> Раније, достојанство је представљало основ за либерализацију абортуса у упоредном праву,<sup>745</sup> али такав приступ је усвојен у европском правном простору само у ситуацијама у којима су здравље или живот жене јасно угрожени.

---

<sup>743</sup> Feldman David, Human Dignity as a Legal Value - Part I, *Public Law* (1999), 685.

<sup>744</sup> Wicks Elizabeth, The Meaning of 'Life': Life in International Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review* (2012): 12(2). 218.

<sup>745</sup> Refer to McCrudden Christopher, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *The European Journal of International Law* (2008): 19(4), 688-689.

## ГЛАВА VII

### ЗАБРАНА ТОРТУРЕ, НЕХУМАНОГ И ПОНИЖАВАЈУЋЕГ ПОСТУПАЊА – ОПШТЕ ГАРАНЦИЈЕ И УСЛОВИ ЗА ЊИХОВУ ПРИМЈЕНЉИВОСТ

Члан 3. Конвенције намјењен је првенствено заштити физичког интегритета. Као и члан 2., овај члан намеће негативне и позитивне обавезе на државама. Што се тиче негативне обавезе из члана 3, она захтјева од државе да се уздрже од тортуре или нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања, који се односи на све њене органе, укључујући полицију, снаге безбједности, друге органе реда, и било које друге државне органа које имају појединца под контролом, без обзира да ли делују по наређењу, или самостално. Што се тиче позитивних обавеза, држава је дужна да штити од поступања супротном члану 3. од стране трећих лица. То се односи на ситуације у којима физичка лица, као што су чланови породице, наносе бол и повреде дјечи под њиховим старатељством.<sup>746</sup>

За разлику од члана 2., обавезе које су утврђене у члану 3. су апсолутне<sup>747</sup> и, за разлику од оних из других чланова Конвенције, обавезе из члана 3 се не могу дерогирати у вријеме рата, борбе против тероризма,<sup>748</sup> или другим ванредним пријетњама животу народа.<sup>749</sup> Члан 3 апсолутно забрањује мучење, нехумано, понижавајуће поступање или кажњавање, и његове гаранције важе без обзира на природу понашања особе о којој се ради.<sup>750</sup> Наведено је, да је Суд ово више пута потврдио кроз своју праксу.<sup>751</sup> Међутим, "минимални ниво озбиљности" мора да се постигне како би одређени чин могао квалификовати за разматрање у оквиру члана 3.<sup>752</sup> Овај минимум зависи од свих околности случаја, као што су "дужина трајања третмана, његови физички и ментални ефекти и, у неким случајевима, пол, старост, и здравствено стање жртве".<sup>753</sup> Што се тиче старости институције Конвенције су сматрале да је младост посебно рањива када се

<sup>746</sup> *A. v The United Kingdom*, Application No. 100/1997/884/1096 Merits, 23 September 1998 and *Z. v The United Kingdom*, Application No. 29392/95 Merits, 10 May 2001.

<sup>747</sup> Погледати Article 15(2), of the Convention.

<sup>748</sup> *Aksoy v Turkey*, Application No. 21987/93, 1996] ECHR 68 pp No. 21987/93, Case No. 100/1995/606/694, ECHR 1996-VI, [1996] ECHR 68.

<sup>749</sup> *Saadi v Italy*, Application No. 37201/06 Merits, 28 February 2008.

<sup>750</sup> *D. v The United Kingdom*, 24 EHRR 423, the Court held (at paragraph 47).

<sup>751</sup> *Ramirez Sanchez, v France* Application No. 59450/00 Merits, 04 July 2006, para. 96; and *Labita v Italy*, Application No. 26772/95 Merits, 06 April 2000, para. 119.

<sup>752</sup> *Ireland v The United Kingdom*, Application No. 5310/71, Merits, 18 January 1978.

<sup>753</sup> *Soering v The United Kingdom*, Application No. 14038/88, Merits, 07 July 1989.



цијени компатибилност тјелесног кажњавања,<sup>754</sup> сексуалне аутономије,<sup>755</sup> или трајање затворске казне<sup>756</sup> са чланом 3.

С обзиром да Конвенција у свом тексту не садржи дефиницију мучења, аналогија се може извући из члана 1. Конвенције УН против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих третмана или кажњавања (1984),<sup>757</sup> који гласи:

1. У смислу ове конвенције, израз „тортура“ означава сваки акт којим се једном лицу намјерно наноси бол или тешке физичке или менталне патње у циљу добијања од њега, или неког трећег лица, обавјештења или признања, или његовог кажњавања за дјело које је то, или неко треће лице извршило, или за чије извршење је осумњичено, застрашивања тог лица, или вршења притиска на њега или застрашивања, или вршења притиска на неко треће лице, или из било којег другог разлога заснованог на било ком облику дискриминације ако тај бол, или те патње наноси службено лице, или било које друго лице које делује у службеном својству или, на његов подстицај, или са његовим изричитим или прећутним пристанком. Тај израз се не односи на бол или патње које су резултат искључиво законитих санкција, неодвојивих од тих санкција или које те санкције проузрокују.
2. Овај члан је без штете по било који међународни инструмент, или било који национални закон који садржи, или може садржавати одредбе ширег значаја.

Није спорно да постоји тортура када је појединац намјерно подвргнут физичком насиљу.<sup>758</sup> Намјера да се наметне нехумано поступање/злостављање на појединца се утврђује кроз сврху третмана. Ако је циљ третмана да се добију информације, да се понизи или осрамоти жртва, дошло би до повреде члана 3. Али, сврха третмана није преклузиван елемент који доводи до кршења члана 3. То је прије елемент који треба узети

---

<sup>754</sup> *Costello-Roberts v The United Kingdom*, Application No. 13134/87, Merits, 25/03/1993.

<sup>755</sup> *Aydin v Turkey*, 23178/94, Case No. 57/1996/676/866, ECHR 1997-VI, [1997] ECHR 75, and *Rivas v France*, Application No. 59584/00, Merits, 1 July 2014.

<sup>756</sup> *Weeks v The United Kingdom*, Application No. 9787/82 Merits, 05 October 1988.

<sup>757</sup> *Aydin v Turkey*, 23178/94, Case No. 57/1996/676/866, ECHR 1997-VI, [1997] ECHR 75, *Soering v The United Kingdom*, Application No. 14038/88, Merits, 07 July 1989, and *Selmouni v France*, Application No. 25803/94, Merits, 28 July 1999.

<sup>758</sup> *The Greek Case*, (*Denmark v Greece*, Application No. .3321/67; *No. rway v Greece*, Application No. .3322/67; *Sweden v Greece*, Application No. 3323/67; *The Netherlands v Greece*, Application No. .3344/67; *Aksoy v Turkey*, Application No. 21987/93, 1996] ECHR 68 pp No. 21987/93, Case No. 100/1995/606/694, ECHR 1996-VI, [1996] ECHR 68; *Salman v Turkey*, Application No. 21986/93 Merits, 27 June 2000.

у обзир у свјетлу других околности случаја.<sup>759</sup> Јер, одсуство такве намјере не може да искључи закључак да постоји повреда члана 3.<sup>760</sup>

Исто тако, не постоје строге дефиниције других дјела која представљају кршење члана 3 (нечовјечно и понижавајуће поступање). Због тога, овдје долази до изражаја схватање Конвенције као живог инструмента који се мора тумачити "у свјетлу данашњих услова." Такво схватање подржава тенденцију да "сви виши стандарди који се захтјевају у области заштите људских права и основних слобода неминовно захтевају већу строгаћу у процјени кршења темељних вриједности демократског друштва."<sup>761</sup> С обзиром да, за потребе овог истраживања није релевантно да се јасно дефинише разлика између забрањених дјела мучења, нехуманог поступања и понижавајућег поступања, истраживање неће ићи даље у том правцу. Фокус интересовања ће бити на питању да ли пренатални људски живот може да се квалификује за статус жртве према члану 3? У том смислу, полазна тачка може бити разматрање да акт који изазива, или ствара тјелесну повреду, или интензивну физичку и психичку патњу, није у складу са гаранцијама члана 3. Тачније, да би избјегао кршење члана 3, дјела којима је појединац изложен не смију да наруше његово људско достојанство. Дакле, постоје два могућа основа за признање пренаталном животу статуса жртве под чланом 3. Први основ је његова способност да доживи физичку патњу, а други основ је његово достојанство. У оквиру овог поглавља ћу дискутовати о првом основу, док ће други основ бити обрађен у сљедећем поглављу.

## 1. СПОСОБНОСТ ДА ДОЖИВИ ФИЗИЧКУ ПАТЊУ

Што се тиче првог основа, институције Конвенције, као што смо видјели, оставиле су отворену могућност за примјену члана 3. на пренатални живот. У *R. H. v Norway*,<sup>762</sup> да су бившој Комисији били представљени материјали који би могли да поткрепе тврдње подносиоца представке о нанијетом болу на фетус, то би несумњиво утицало на исход пресуде. Данас, расположиви докази о способности пренаталног живота да осјети бол, дају сљедеће податке: рецептори путем којих се осјећа бол су присутни по цијелом тијелу нерођеног дјетета. У том смислу, Мајерс истиче: "Први основни предуслов за бол је

<sup>759</sup> Погледати *Labzov v Russia*, Application No. 62208/00 Merits, 16 June 2005.

<sup>760</sup> *Kalashnikov v Russia*, Application No. 47095/99 Merits, 15 July 2002.

<sup>761</sup> *Elci and Others v Turkey*, Application No. s. 23145/93 25091/94 Merits, 13 November 2003 para. 634 and also *Selmouni v France*, Application No. 25803/94, Merits, 28 July 1999.

<sup>762</sup> *R. H. v Norway*, Application No. 17004/90, Declaration on inadmissibility 19 May 1992

присуство чулних рецептора, који се прво развијају у периоралној области око 7 недеље гестације и дифузно се простиру по цијелом тијелу до 14. недеље."<sup>763</sup> Дербишајр, који је кроз своје радове указивао да вјерује да бол захтева субјективно људско искуство, због чега га је могуће осјетити тек након рођења; признаје: "За фетус, осјећање "бола" почива на стимулсу који угрожава ткива, детектована од стране нервног система способног да реагује на стимулансе који представљају пријетњу по ткива. Цијело искуство је потпуно омеђено границама чулног система и његовог односа према подстицају. Ако је бол дефинисан на овај начин, онда јесте, могуће говорити о болу код фетуса у свако доба између 10. и 17. недеље [гестације], када се рецептори развијају и сазревају, а постоје и докази о реакцијама на додир."<sup>764</sup> Ванхатало, такође, тврди да "први рецептори се појављују око уста већ у седмој недељи гестације; од 20. недеље су присутни свуда по тијелу."<sup>765</sup> Нервна повезаност ових рецептора са таламусом и субкортикалним мозгом такође се успоставља најкасније у року од 20 недеља након зачећа.<sup>766</sup>

Од 8. недеља након зачећа нерођено дијете реагује на додир. У том смислу Кадић тврди да се:"Најраније реакције на болан стимулус моторних рефлекса су откривени на 7,5 недеља трудноће (Табела 2)." <sup>767</sup> Такође, Дербишајр цитирајући Фиццералда тврди да:"Одговори на додир почињу у 7-8. недељи трудноће, када додиривање пери-оралниог региона изазива савијање главе. Дланови постају осетљивији на миловање око 10-11 недеље трудноће и остатак тијела постаје осетљив око 13-14 недеље трудноће."<sup>768</sup> Постоје и докази да послје 20 недеља након зачећа, нерођено дијете реагује на стимулусе који би били болни ако би се примјенли на одраслог човјека.<sup>769</sup> У том смислу, Мелор, који слично као Ворен, сматра да нерођено дијете "спава" у материци и на тај начин не осјети бол,

---

<sup>763</sup> Myers LB, Bulich LA, Hess, P, Miller, NM. Fetal endoscopic surgery: indications and anaesthetic management. *Best Practice & Research Clinical Anaesthesiology*, (2004): 18(2), 241, para.2.

<sup>764</sup> Stuart WG Derbyshire, Foetal pain? *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology* (2010): 24(5), 7, para.2.

<sup>765</sup> Vanhalto S, van Nieuwenhuizen O. Fetal Pain? *Brain & Development*. 22 (2000), 145-150.

<sup>766</sup> Kostovic I, Rakic Developmental history of the transient subplate zone in the visual and somatosensory cortex of the macaque monkey and human brain. *Journal of Comparative Neurology*. 297 (1990), 441-470. Glover V. Fetal pain: implications for research and practice. *British Journal of Obstetrics and Gynaecology*. 106 (1999), 881-886., Van Scheltema PNA, Bakker S, Vandenbussche FPHA, Oepkes, D. Fetal Pain. *Fetal and Maternal Medicine Review*. 19:4 (2008), 311-324.

<sup>767</sup> Salihagić Kadić, A., Predojević, M., Fetal neurophysiology according to gestational age, *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*. 17:5 (2012), 1-5, 3.

<sup>768</sup> Stuart WG Derbyshire, Fetal Pain: Do We Know Enough to Do the Right Thing? *Reproductive Health Matters* (2008): 16, 117-126.

<sup>769</sup> Gupta R, Kilby M, Cooper G. Fetal surgery and anaesthetic implications. *Continuing Education in Anaesthesia, Critical Care & Pain*. (2008): 8(2), 71-75. Lowery CL, Hardman MP, Manning N, Clancy B, Hall RW, Anand KJS. Neurodevelopmental Changes of Fetal Pain. *Seminars in Perinatology*. (2007): 31, 275- 282..

наводи да "људски фетус реагује на неповољне стимулансе удаљавањем и са повећањем нивоа циркулишућих хормона стреса.<sup>770</sup> Примјена таквог болног стимулуса је повезана са значајним повећањем хормона стреса познатих као стрес-одговор.<sup>771</sup> Чињеница да фетус осјећа бол, довела је до пракси давања анестезије фетусу приликом операције или инвазивних дијагностичких процедура у материци.<sup>772</sup> Доказано је да таква анестезија смањује ниво хормона стреса у односу на то када се болни стимуланси примењују без ње.<sup>773</sup> Мишљење, подржано од неких медицинских стручњака, да нерођено дијете није у стању да доживљава бол у трудноћи, од 20-те недеље након зачећа, углавном се заснива на претпоставци да је способност да се доживи бол зависна од моздане коре и да захтјева постојање нервних веза између таламуса и кортекса.<sup>774</sup> Међутим, недавна медицинска истраживања и анализе, посебно од 2007. године, пружају поуздан доказ за закључак да функционална кора није потребна за осећај бола.<sup>775</sup> Знатни докази указују на то да се нервне структуре, које се користе за обраду бола у раном развоју, разликују од оних код одраслих, користећи различите нервне елементе доступне на одређеној тачки развоја, као што су субкортикална плоча, која врши улогу обраде бола.<sup>776</sup> Стога, чак и ако је пренатални живот седиран својим хемијским окружењем,<sup>777</sup> то не значи да је отпоран на бол. Хемијско окружење које изазива седатив, такође, може указати могућност да *conceptus* посједује свијест и прије него за то настану бихевиорални докази.

Сходно томе, прекид трудноће који се проводи након почетне фазе, и који се изводи техником која изазива физичке патње позива на примјену члана 3. Конвенције. С

---

<sup>770</sup> Mellor DJ, Diesch TJ, Gunn AJ, Bennet L. The importance of 'awareness' for understanding fetal pain, *Brain Research Reviews*, (2005): 49, 457.

<sup>771</sup> Tran, KM. Anesthesia for fetal surgery. *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*. 15 (2010), 40-45. Myers LB, Bulich LA, Hess, P, Miller, NM. Fetal endoscopic surgery: indications and anaesthetic management. *Best Practice & Research Clinical Anaesthesiology*, (2004): 18(2), 241, para.2, 231-258.

<sup>772</sup> L. Giuntini & G. Amato, *Analgesic Procedures in Newborns.*, in NEONATAL PAIN 73(Giuseppe Buonocore & Carlo V. Bellieni ed., 2007). KJS, Maze M. Fetuses, fentanyl, and the stress response. *Anesthesiology*. 95 (2001), 823-825.

<sup>773</sup> De Buck F, Deprest J, Van de Velde M. Anesthesia for fetal surgery. *Current Opinion in Anaesthesiology*. 21 (2008), 293-297. Smith RP, Gitau R, Glover V, Fisk NM. Pain and stress in the human fetus. *European Journal of Obstetrics and Gynecology and Reproductive Biology*. 92 (2000), 161-165.

<sup>774</sup> Anand KJS. Fetal Pain? *Pain: Clinical Updates*. 14:2 (2006), 1-4. Fetal Awareness: Review of Research and Recommendations for Practice. Report of a Working Party. *Royal College of Obstetricians and Gynecologists*. March 2010.

<sup>775</sup> Merker Bjorn, Consciousness without a cerebral cortex: A challenge for neuroscience and medicine, *Behavioral and Brain Sciences*, (2007): 30, 63-81. Brusseau Ronald, Developmental Perspectives: is the Fetus Conscious? *International Anesthesiology Clinics*. (2008): 46(3), 11-23.

<sup>776</sup> Van Scheltema PNA, Bakker S, Vandenbussche FPHA, Oepkes, D. Fetal Pain. *Fetal and Maternal Medicine Review*. 19:4 (2008), 311-324.

<sup>777</sup> Fetal Awareness: Review of Research and Recommendations for Practice. Report of a Working Party. *Royal College of Obstetricians and Gynecologists*. March 2010.

друге стране, примјена члана 3. на пренатални живот у почетном стадијуму трудноће (који се односи на преимплантатне ембрионе) излази ван оквира првог основа, јер је током првих 14 дана након зачећа пренатални живот развија елементарне структуре нервног система, и на тај начин нема способност да осјети физичку бол. Може се сматрати да развој у биомедицини захтјева шире тумачење члана 3, у смислу да он штити од нових пријетњи људском достојанству које можда чак ни не морају да изазову патњу. У супротном, морали бисмо прихвати врло лабаво тумачење, по којем гаранције члана 3 нису апсолутне у односу на сваког носиоца достојанства, што је у супротности са основном сврхом овог члана.

## 2. НОСИЛАЦ ДИГНИТЕТА

Изгледа да постоји значајан дискурс у правној мисли Србије према којем достојанство ексклузивно припада фиктивној категорији личности. У чланку "Перспективе заштите пренаталног живота на европском континенту", који је представљен на 26.годишњој конференцији Копаоничке школе природног права, професорица Милана Палевић и ја, смо указали да ће савремено признавање достојанства пренаталном животу имати ограничавајући ефекат на приступ абортусу на европском континенту. Ми смо своје тврдње засновали на судској пракси Суда, којом је разјашњено да се члан 2. и члан 3. Конвенције примјењују на нерођени живот са подразумеваним ограничењима. У том погледу, у дијелу II - Право на слободу, пододјељак слобода личности, на завршном пленарном засједању Конференције, усвојена је порука са сљедећим релевантним изјавом: " Све до рођења детета, не можемо говорити о субјекту права, јер су и фетус и ембрион тек животи у настајању – пренатални живот, који може да ужива само ограничену правну заштиту од незаконитог прекида трудноће." Ова завршна порука је спорна из неколико разлога. Прво, ми никада нисмо тврдили нити да право на живот, нити на достојанство, самостално или заједно, ће донијети пренаталном животу апсолутну заштиту. Ми смо тврдили да је заштита која се даје нерођеном дјетету по Конвенцији сачињена од степена који су пропорционални гестационом фазом.<sup>778</sup> Друго, закључак да члан 2. Конвенције "не покрива пренатални живот" чврсто је у супротности са праксом Суда. Не треба занемарити да порука садржи контроверзну тврдњу да је

---

<sup>778</sup> Palević, Milan, Dakić, Dragan. *Perspektive zaštite prenatalnog života na Evropskom kontinentu = Perspectives of prenatal life protection at European continent. Pravni život = Legal life*, ISSN 0350-0500, 2013, book: 564, No. 10, pp. 139-154 [COBISS.SR-ID 756484].

абортус право, које са становишта међународног права, као што смо видели, не добија никакву подршку ни од истакнуте феминистичке ауторке као што је Зампас<sup>779</sup> Са друге стране, препознавање права на абортус је приступ уобичајен у бившим комунистичким државама.<sup>780</sup> С обзиром да је порука изведена из "опште подршке", што је политички, а не научни аргумент; немам намјеру да причам даље о томе. Уместо тога, ја ћу усмјерити своју пажњу на цитирану изјаву. Главни циљ овог дијела истраживања је да покаже да уско разумевање агената права није одрживо.

У првом дијелу овог поглавља бавићу се доктринарном позадином поруке која је објављена у уводном излагању. У том смислу, узимајући у обзир, дату дефиницију достојанства, дискусија ће испитивати њену одрживост како би се преиспитао дио поруке " Све до рођења детета, не можемо говорити о субјекту права, јер су и фетус и ембрион тек живот у настајању (...)." У другом делу ћу, надам се, увјерљиво демонстрирати да фетуси и ембриони уживају признату заштиту дигнитета на регионалном нивоу у Европи. Фокус се, у овом поглављу, своди на теоријском дискурсу о том питању. Крајњи циљ је да се укаже да је људско достојанство садржано у животу, а не у друштвено пожељним врлинама. Ако буде успјешно, други дио ће показати да је српски рестриктивни правни дискурс о достојанству погрешан.

### 3. НОРМАТИВИСТИЧКО-ТЕОРЕТСКЕ ПЕРЦЕПЦИЈЕ ДИГНИТЕТА У СРБИЈИ

У овом дијелу рад се бави перцепцијом достојанства као је приказана у уводном излагању на 26. годишњој конференцији (у даљем тексту: Конференција) Копаонике школе

---

<sup>779</sup> Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2), 265, 276.

<sup>780</sup> Refer to Civil Code of Ukraine No. 435-IV of Jan.16, 2003, ch. 21, art. 281, § 6, Retrieved from <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/pp6> 29 August 2015; Latvian Grūtniecības pārtraukšanas organizatoriskā kārtība [Organizational Procedures for the Termination of Pregnancy] No. 590 (prot. No. 56, 9.§), of Oct. 28, 2003, <https://www.vestnesis.lv/ta/id/58982-seksualas-un-reproduktivas-veselibas-likums> 29 August 2015; Latvian Seksuālās un Reproductīvās Veselības Likums [Sexual and Reproductive Health Law] of Feb. 19, 2002, § 25, <https://www.vestnesis.lv/ta/id/80585-grutniecibas-partrauksanas-organizatoriska-kartiba> 29 August 2015; Zákon České Národní Rady o Umělém Přeřušení Těhotenství [Law of the Czech National Council on Abortion (hereinafter Law on Abortion), ] of Oct. 20, 1986, Sbirka Zakonu (official gazette), No. 66/1986 Sb., [http://www.pravnipredpisy.cz/predpisy/ZAKONY/1986/066986/Sb\\_066986\\_-----\\_php#Z%C1KON%20%C8ESK%C9%20A7%204](http://www.pravnipredpisy.cz/predpisy/ZAKONY/1986/066986/Sb_066986_-----_php#Z%C1KON%20%C8ESK%C9%20A7%204) (in Czech), 29 August 2015; Zakon o Reproductivnom Zdorovie I Reproductivnykh Pravakh Cheloveka [Law on Reproductive Health and Reproductive Rights] of Dec.11, 2002, <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1339&lang=rus> (official publication; in Russian), 29 August 2015.

природног права<sup>781</sup>, од стране истакнутог професора Перовића, председника Копаоничке школе природног права.<sup>782</sup> Разлог за фокусирање на ово схватање, које је у потпуности потврђено у релевантним закључцима и порукама Конференције,<sup>783</sup> произлази из његове компатибилности са чланом 84. Нацрта Српског грађанског законика, који гарантује заштиту достојанства само онима који су правно идентификовани као личности, тј. људима након рођења. Сходно томе, критика перцепције у питању истовремено се односи на рестриктиван приступ Нацрта Српског грађанског законика питању носилаца дигнитета. Осим овог, позитивноправног значаја предметне перцепције, она је значајна за овај рад јер се може сматрати крајње поларизованим приступом питању почетка заштите права на живот које се може наћи у оквиру радикалнијих варијанти персонистичких теоретских схватања.

Конференција је била посвећена питању људског достојанства. Том приликом, на почетку свог обраћања под називом "Природно право и достојанство", Перовић је изразио вјеру у "достојанство као скуп људских врлина". Кроз релевантне дијелове свог излагања, обрадио је (1) општа питања која се односе на достојанство; његову примјену и проблеме у том погледу који се односе на достојанство као "свеобухватног института људских врлина"; (2) историјски развој филозофских и правно-нормативни аспекти достојанства који се односе на главне карактеристике римске робовласничке цивилизације, хеленистичке филозофске идеје и филозофије достојанства у новој ери; (3) тренутне правне стандарде исказане у међународним конвенцијама које штите људско достојанство са листом најважнијих докумената и области; и (4) дефиниција достојанства позивајући се на своју супстанцу и њену заштиту путем правних и моралних императива. Што се тиче посљедњег дијела излагања, Перовић дефинише достојанство као слиједи: "Достојанство је неприкосновена и неотуђива свеобухватна установа људских врлина устаљених у једном организованом социјабилитету, и као апсолутна сврха људскости, заштићена

---

<sup>781</sup> The Kopaonik School of Natural Law is an organisation comparable to the legal congress. In general, no coherent legal views are shared by its members.

<sup>782</sup> Professor Perovic is also the chairman of the Commission for Drafting Civil Code. Odluka o obrazovanju Komisije za izradu Gradjanjskog zakonika, ("Sluzbeni glasnik", 104/06) <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/> last visited 19 June 2016

<sup>783</sup> According to Governmental Commission for Drafting Civil Code previous conclusions and messages of the Kopaonik School of Natural Law initiated its appointment in 2006. Погледати *Draft of Civil Code of Republic of Serbia. General part.* Serbian Government, Belgrade 2014, 3. [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/A\\_Opsti.deo.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/A_Opsti.deo.pdf) last visited 22.06.2016.

правним и моралним императивима природног и позитивног права."<sup>784</sup> Док објашњава карактеристике које чине достојанство, он придаје централно место "људским врлинама". Перовић тврди: "Суштину и садржину достојанства чине људске врлине, које, свака за себе, имају свој идентитет, али када су окупљене у смислу целине, онда оне чине интегритет установе достојанства."<sup>785</sup> Шта су тачно врлине које граде појам достојанства питање је које Перовић сматра филозофским, и признаје да одговор зависи од "различити друштвени системи у просторној и временској димензији доносе и различита схватања о томе, да ли се једна појава, чињење или нечињење, акт или факт, може квалификовати као добар (врлина) или као лош (презир)."<sup>786</sup>

Највише забрињава Перовићево схватање достојанства по којем његова заштита и обавеза поштовања зависе од степена усвојених врлина. У том смислу, он тврди да "који степен усвојене врлине је довољан да твори достојанство, што је од значаја за питање заштите достојанства и дужности поштовања његове неприкосновености."<sup>787</sup> Сходно томе, достојанство се састоји од степена и може се гарантованити само људима са одговарајућим когнитивним способностима које им омогућавају да усвоје и манифестују релевантне врлине. Имајући у виду, да Перовић одређење релевантних врлина препушта "организованом социјабилитету", релевантне врлине су само оне које су друштвено афирмисане. Иако Перовићева перцепција достојанства може бити поткрепљена ставовима неких прекоокеанских аутора, овај приступ приписујем Копачничкој школи природног права (Перцепција достојанства Копачничке школе природног права, у даљем тексту ПДК) јер одступа од сличних теоријских позиција у извесној мјери, и као таква подржава ускогруде оквире домаћег *de lege ferenda* законодавства.

### **3.1. Перцепције достојанства копаоничке школе природног права**

Као Перовић, Џордан тврди да се достојанство састоји од "збирке нематеријалних, изразито људских добара" и ова збирка захтева "врлину, уважавање љепоте, свијест о себи као јединственом појединцу, учешће у људској заједници, пријемчивост и састоји се од

---

<sup>784</sup> Slobodan Perovic, *Final Document. General statements. Introductory Address. Messages*. Of the twenty sixth annual Conference of the Kopaonik School of Natural Law, Pravni Zivot (Legal Life, Journal for legal practice and theory), Belgrade 2013, 33. [http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/Zavrzni\\_ENG\\_2013\\_WEB.pdf](http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/Zavrzni_ENG_2013_WEB.pdf) last visited 13.11.2015.

<sup>785</sup> *Ibid.*, 34.

<sup>786</sup> *Ibid.*

<sup>787</sup> *Ibid.*



степеня".<sup>788</sup> Матсон и Кларк, такође, наглашавају да употреба достојанства је да означи "врлинско владање или понашање".<sup>789</sup>

### 3.1.1. Достојанство као скуп друштвено афирмисаних људских врлина

Схватање достојанства, као скупа људских врлина, одступа од доминантног става да достојанство проистиче из "карактеристика кључних за људе", као што је самосвјест; способност за расуђивање; и слободу да одлучује о сопственом начину живота.<sup>790</sup> Прво, представљено схватање везује достојанство за извесно (друштвено афирмисано) понашање, манифестацију врлина, док друга за дистинктивне карактеристике. С једне стране, у овоме би могла бити предност ПДК-а, у односу на конкурентске концепте који приписују суштинску вриједност на чињеницама, капацитетима или врлинама које се сматрају пресудно значајним за нечији статус, јер је имун на парадокс који произилази из недостатка парадигматским карактеристика које поседују сва људска бића.<sup>791</sup> С друге стране, ПДК искључује озбиљно ретардирана људска бића; људска бића која су претрпјела озбиљна оштећења мозга или деменцију; и људска бића која су постала неповратно комирана из статуса достојанства јер нису у стању да покажу било какву врлину. Ово је логична посљедица суштинске немогућности наше цивилизације да препозна и поштује ништа и никога, што је другачије од нас, или од онога што ми радимо и како то радимо (на пример, ако животиње не комуницирају користећи говор као и ми, ми их сматрамо морално инфериорним,<sup>792</sup> као и жене што тако квалификујемо из разно разних разлога<sup>793</sup>). Дакле, ПДК представља основу за откривање "нових облика нетрпељивости, као и нових група лица чији морални статус је неправедно умањен,"<sup>794</sup> у будућности.

Увођење критеријума друштвене афирмације је у супротности чувеном Кантовом схватању, да свако мора да се третира као вриједност по себи, а никада само као средство, јер друштвено афирмисане врлине подразумевају корисност и посвећеност, или друштву

<sup>788</sup>Jordan C. Matthew, "Bioethics and Human Dignity" *Journal of Medicine and Philosophy* 35(2010),184.

<sup>789</sup> David Mattson and Susan Clark, "Human dignity in concept and practice" *Policy Sciences* 44(2011),303–319.

<sup>790</sup>See Lennart Nordenfelt "The varieties of dignity" *Health Care Analysis* 12 (2)(2004)69–81.

<sup>791</sup>Mary Neal "Not Gods But Animals: Human Dignity and Vulnerable Subjecthood" *Liverpool Law Rev* 33 (2012), 179.

<sup>792</sup>Raymond G. Frey, *Interests and Rights: The Case Against Animals*, The Clarendon Press, Oxford 1980.

<sup>793</sup>See Mary Anne Warren *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, Oxford University Press, Oxford 2000 note 4.

<sup>794</sup>M. A. Warren *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, Oxford University Press, Oxford 2000, 9.

или другима, или и једно и друго. "Држећи се [кантијанског] принципа о људском достојанству искључује се, дакле, инструментализација људских бића из економских, социјалних, вјерских или политичких циљева."<sup>795</sup> Сходно наведеном, одступање од оваквог схватања води супротним ефектима тј. укључује инструментализацију људи у разне сврхе. Тако, према ПДК, особа није вриједност сама по себи; он/она се свде на средства испуњавања прокламованих циљева који се огледају у афирмисаним врлинама. Овај закључак не важи уколико неко друштво прогласи себичност за ултимативну људску врлину, и веже достојанство искључиво уз њу.<sup>796</sup> Илузорно заобилажење ове логичке грешке је покушано позивањем на Аристотелово начело средине (просјека), као детерминанте врлине.<sup>797</sup> Међутим, када се примењује у области достојанства, ово начело почива на утилитарним прорачунима, те је у супротности са кантовским моделом достојанства.<sup>798</sup>

Друга група људи, која је погођена критеријумом друштвено афирмисаних врлина, су муслимани. У секуларном друштву, видљив израз вјерских увјерења понекад се сукобљава са секуларном филозофијом и прокламованим врлинама у оквиру ње. Ово би могло бити добро приказано кроз праксу Суда која је услиједила након опште француске забране ношења вела преко лица на јавним мјестима (у даљем тексту: Закон). У процесу израде, надлежна парламентарна комисија критиковала је "праксу у супротности са вриједностима Републике", које су изражене у максими "слобода, једнакост, братство".<sup>799</sup> У односу на категорију братства, Комисија сматра да потпуно прекривање лица велом представља њен демант, јер почива на негацији контакта са другима и флагрантном кршењу француског принципа заједничког живота. Након тога, комисија је предложила усвајање резолуције о реафирмацији републиканских вриједности и осуђивању ношења вела преко цијелог лица као праксе супротне прокламованим вредностима.

---

<sup>795</sup> Knoepffler NJ O'Malley MJ, "Human dignity: Regulative principle and absolute value" *International Journal of Bioethics* 21 (3) (2010), 63–76.

<sup>796</sup> For further discussion refer to Peter Singer, *How are we to live? Ethics in an age of self-interest*, Random House, Melbourne 1994.

<sup>797</sup> S. Perovic, *Final Document. General statements. Introductory Address. Messages*. Of the twenty sixth annual Conference of the Kopaonik School of Natural Law, *Pravni Zivot (Legal Life, Journal for legal practice and theory)*, Belgrade 2013, 21-44.

<sup>798</sup> K. O'Malley MJ, "Human dignity: Regulative principle and absolute value" *International Journal of Bioethics* 21 (3) (2010), 63–76.

<sup>799</sup> *S.A.S. v. France*, Applicationno.43835/11, Merits from 1 July 2014. para 17.

"Образложење" приједлога закона, сачињено је по основу наведеног приједлога комисије.<sup>800</sup>

Пред Судом, Француска Влада је тврдила да је забрана неопходна у демократском друштву у циљу испуњавања "заштита права и слобода других", те да спорна забрана ношења вела преко цијелог лица обезбеђује "поштовање минималног скупа вриједности отвореног и демократског друштва". Према Влади, ефекат прикривања нечијег лица на јавним мјестима је прекид социјалне комуникације и представља испољавање одбијања принципа "живети заједно".<sup>801</sup> Иако је Суд одбацио већину владиних аргумената заснованих на "заштити права других", ипак, установљено је да се оспорена забрана може сматрати у принципу оправданом, јер тражи да гарантује услове "живота заједно";<sup>802</sup> и да се забрана, наметнута од стране Закона, може сматрати као сразмјерна циљу коме се тежи, као елементу "заштите права и слобода других".<sup>803</sup> Тако муслимани, који су изградили свој идентитет на њиховој верској пракси, посједују мањи степен друштвено афирмисане врлине - "*le vivre ensemble*" и према ПДК су лишени достојанства. С обзиром на то да достојанство представља главну препреку за злоупотребу људи у биомедицинским истраживањима, муслимани могу да буду подвргнути биомедицинским експериментима, или можда не, јер можда ипак посједују неку друштвено афирмисану врлину до неке мјере?! Шта је онда са њиховим оробљавањем у мјери пропорционалној проценту њиховог достојанства?

### 3.1.2. Непотпуна концептуализација ПДК

ПДК није адекватно конципиран јер не прави разлику између "субјективних" и "објективних" димензија достојанства тј. људског достојанства и достојанства као социјалног статуса,<sup>804</sup> или онога што Андоро називан „урођени и морални дигнитет“.<sup>805</sup> Због тог пропуста, ПДК предлаже генералну градацију достојанства која није одбранљива. Неки сматрају да Цицерон, када тврди да " људска бића имају достојанство само зато што су људи, а не животиње" представља препознавање наведених димензија достојанства.<sup>806</sup> Разлика између урођеног (кантовског концепта) и моралног достојанства је добро позната

---

<sup>800</sup> *Ibid.*, 25.

<sup>801</sup> *Ibid.*, 82.

<sup>802</sup> *Ibid.*, 142.

<sup>803</sup> *Ibid.*, 157.

<sup>804</sup> Lennart Nordenfelt "The varieties of dignity" *Health Care Analysis* 12 (2) (2004), 69–81.

<sup>805</sup> Roberto Andorno "Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics", *Journal of Medicine and Philosophy*, 34(2009), 223–240.

<sup>806</sup> Michael Rosen, *Dignity: Its History and Meaning*. Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 2012, 12.

у посљедњих неколико деценија. Гевирт разликује достојанство које сви посједују подједнако, од достојанства које зависи од понашања одређеног лица.<sup>807</sup> Норденфелт приписује достојанство људима без и једног другог разлога осим тога што су људска бића.<sup>808</sup> Достојанство се односи на "унутрашњи значај људског живота", и захтјева да "људи никада не требају бити третирани на начин који негира дистинктивну вриједност њихових живота."<sup>809</sup> Палк сматра, да овај концепт достојанства "има пасивни карактер по томе што је повезан са нестеченом вриједношћу људских бића."<sup>810</sup> Такође, постоји широк консензус о томе да се урођено достојанство не састоји од степени, јер је неодвојиво од људског стања (суштинске вриједности), исто је за све, не може да се стиче или изгуби.<sup>811</sup> Ако вежемо достојанство само за "одређени скуп врлина или изврности", а не за вриједност која је суштинска и урођена, својствена свим члановима људске врсте, све остало је произвољно одређење и може се тврдити да су за достојанство мјеродавне категорије "као што су богатство или припадност правој "раси или полу. . ." <sup>812</sup>

Из урођене вриједности људског бића, изведено је колективно достојанство људског рода који, такође, има суштинску вриједност и самим тим и заслужује да буде заштићен.<sup>813</sup> Овако изведено колективно достојанство схваћено је као основа за регулисање биотехнолошких развоја који могу утицати на основне карактеристике људске врсте, као што су репродуктивно клонирање и интервенције на генима. На њој се заснива нека врста "солидарности врсте." Рендторф тврди да се достојанство односи, не само на вриједност која је урођена, већ која је у основи свима једнака.<sup>814</sup> ПДК свакако уводи неједнакост између људи на основу њихових капацитета или мотива да усвоје, или да манифестују прокламоване врлине. У том смислу, Дупре, која препознаје избор, да се укључе и чак искључе неки људи из квалитета живота и степен "заштите који 'нормални'

<sup>807</sup> Alan Gewirth, *Human rights: Essays on justification and applications*, University of Chicago Press, Chicago 1982.

<sup>808</sup> L. Nordenfelt "The varieties of dignity" *Health Care Analysis* 12 (2) (2004), 69–81.

<sup>809</sup> Ronald Dworkin, *Life's dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, Vintage, New York 1994.

<sup>810</sup> Andrea C. Palk, "The implausibility of appeals to human dignity: an investigation in to the efficacy of notions of human dignity in the transhumanism debate" *South African Journal of Philosophy*, 34 (1) (2015), 42.

<sup>811</sup> Herbert Spiegelberg, "Human dignity: A challenge to contemporary philosophy", *Human dignity. This century and the next* (eds. R. Gotesky and E.Laszlo), Gordon and Breach, New York 1970, 39 – 62.

<sup>812</sup> Tom Regan, *The case for animal rights*, University of California Press, Berkeley 1983, 233,234.

<sup>813</sup> Dieter Birnbacher, "Ambiguities in the concept of Men schenwürde" *Sanctity of life and human dignity*, (ed. K.Bayertz), Dordrecht 1996, 107–121.

<sup>814</sup> Jacob Dahl Rendtorff, "Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability — to wards a foundation of bioethics and biolaw" *Medicine, Health Care and Philosophy* 5(2002), 235–244.

људи могу да уживају", тврди да је "у том смислу, достојанство уско везано за једнакост и недискриминацију, као и за квалитет демократије која из овога произилази."<sup>815</sup>

За разлику од урођеног достојанства, оно што је означено као морално достојанство није суштинско. Подударно општем становишту ПДК, морално достојанство је конкретно у вези са понашањем и потиче од способности особе да слободно бира друштвено афирмисане људске врлине. Дакле, за разлику од урођеног достојанства, који је исти за све, морално достојанство не посједују сви појединци у истој мјери.<sup>816</sup> Морално достојанство је оно које људи могу показивати, стећи или изгубити, зависно од свакодневних избора које чине, а урођено достојанство трајно припада и суштинско је сваком човјеку какав год да је.<sup>817</sup> Ове двије димензије достојанства нису "ексклузивне већ су комплементарне, на исти начин на који су "права" и "обавезе" или "слобода" и "одговорност" комплементарни концепти."<sup>818</sup> Такође, Рајли сматра да "заједништво и полиморфна природа достојанства нису добро опслужене у правном дискурсу језиком који се заснива на "концепт против концепта".<sup>819</sup> Треба, такође, напоменути, да је Фелдман, упозорио на опасност од усвајања претпоставке "да је идеја о достојанству нераскидиво повезана са либерално-индивидуалистичким погледом на људска бића као на људе чији животни избори заслужују поштовање."<sup>820</sup> Нил сматра да такво схватање достојанства, као "правне вриједности може изазвати судове о томе који животни избори нису компатибилни са достојанством, што даље води ка државном ограничењу таквих избора."<sup>821</sup> Морално достојанство може да се нормативно конципира, али то подразумева примјену различитих партикуларизмима у његовом тумачењу. Можда би се могло искључиво приписати само онима са правним субјективитетом.<sup>822</sup> Насупрот томе, урођено/суштинско или, како преферирам, објективно достојанство треба само да се

---

<sup>815</sup>Catherine Dupré, "Dignity, Democracy, Civilisation" *Liverpool Law Rev* 33 (2012) 263–280.

<sup>816</sup>R. Andorno "Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics", *Journal of Medicine and Philosophy*, 34(2009), 231-232.

<sup>817</sup>A. Gewirth, *Human rights: Essays on justification and applications*, University of Chicago Press, Chicago 1982.

<sup>818</sup>R. Andorno "Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics", *Journal of Medicine and Philosophy*, 34 (2009), 233.

<sup>819</sup>Stephen Riley, "Human dignity: Comparative and conceptual debates". *International Journal of Lawin Context* 6(2):2010,117–138. Public Law 61-71.

<sup>820</sup>David Feldman, " Human dignity as a legal value-Parts I and II", *Public Law* (2000) 61-71.

<sup>821</sup>Погледати M. Neal "Not Gods But Animals: Human Dignity and Vulnerable Subjecthood" *Liverpool Law Rev* 33 (2012),177–200.

<sup>822</sup>Погледати Patrick Lee and Robert P. George "The Nature and Basis of Human Dignity" *Ratio Juris*. 21(2)2008, 173–193.

нормативно призна, иначе закони немају легитимитет; његова стварна фундаменталност захтјева његову нормативну универзалност.<sup>823</sup>

Даље, ПДК прави забуну између личности и достојанства, двије суштински различите категорије. Ове двије категорије имају различите садржаје и функције. Из историјског контекста, правни субјективитет је људска шовинистичка правна фикција која је уведена у циљу очувања доминације једне елитистичке групе над остатком људи. Она се заснива на различитим предрасудама према безмоћним (робовима, црнцима, женама, урођенцима, Јеврејима и Словенима, животињама и тако даље). Она није ништа више од обичног „селфија“ повлашћених који су успели у институционализацији своје акумулиране моћи. Према Стравсону, „постоји "логичан примитивизам концепта особе."<sup>824</sup> Равс, такође, одбацује тврдњу да је правни субјективитет неопходан услов за посједовање моралних права.<sup>825</sup> За разлику од фикције личности, људско достојанство "нас вреднује због, или упркос, или без обзира на, нашу универзалну рањивост."<sup>826</sup> Уведен је у позитивно право након крајњег неуспјеха фикције личности засноване на социјално афирмисаним врлинама које се догодио за вријеме нацизма. Урођено достојанство је близак позитивноправни одраз Швајцеровог концепта „Поштовања за живот“.<sup>827</sup> Функција достојанства је да се конституише субјективитет, а не обрнуто. Као категорија која настаје из живота, те је као такав утемељен у природном праву, и представља суштинску основну норму,<sup>828</sup> достојанство не може да се сведе на било коју формалну категорију, укључујући ту и фикцију личности. Прихватање да достојанство почива на степену друштвено афирмисаних врлина подразумева категоризацију људи на оне који су у потпуности достојанствени и оне са мањим процентом достојанства. Према томе, чланови људске породице који не посједују "милостивост и племенитост"<sup>829</sup> у карактеру, истовремено су лишени достојанства и не намећу на нас обавезу њиховог поштовања. Упркос савременим

---

<sup>823</sup> For discussion about “Factual and Normative Claims to Universality” refer to Miodrag Jovanovic, “Are There Universal Collective Rights?” *Human Rights Review* 11(2010), 19–24

<sup>824</sup> Peter Frederick Strawson, “Persons”, *Essays in Philosophical Psychology* (ed. Donald F. Gustafson), Anchor Books, New York 1964, 402.

<sup>825</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1971, 12.

<sup>826</sup> M. Neal “Not Gods But Animals: Human Dignity and Vulnerable Subjecthood” *Liverpool Law Rev* 33 (2012), 177–200.

<sup>827</sup> See Albert Schweitzer, *Out of My Life and Time: An Autobiography*, Holt, Rinehart & Winston, New York 1933, 233.

<sup>828</sup> M. Neal, Respect for human dignity as ‘substantive basic norm’ *International Journal of Law in Context*, 10,1(2014), 38.

<sup>829</sup> S. Riley, “Human dignity: Comparative and conceptual debates”. *International Journal of Law in Context* 6 (2) : 2010, 117–138.

напорима да се развију способности да детектују повреду достојанства изван само оних почињених током Другог свјетског рата, ПДК пада испод минимума претпостављених способности детекције. У ствари, ПДК појачава саму суштину филозофије, која је резултирала тиме да бијелци искључују све осим њих самих из правног статуса. Претпоставка универзалности врлина подразумева морални империјализам, јер почива на нивоу социјалног и етичког консензуса који једноставно не постоји.<sup>830</sup> Таква "универзалност" достојанства се не разликује од дискриминаторних коријена која је урођена у хеленистичкој филозофији.

### 3.1.3. Значај рођења за дигнитет

У складу са ПДК слиједи изјава поруке у вези са овим дијелом истраживања: "Све до рођења детета, не можемо говорити о субјекту права (...)." Према овој изјави, рођење је узето као граничник између "живота у процесу настанка" и парадигматске личности. Прије научног развоја који је појаснио када је људски живот почео, као што смо видјели, ова конфузија је била уобичајена у филозофским расправама. Ако занемаримо очигледан неуспјех да се направи разлика између агената права на живот и агената правног субјективитеталичности; као и између људског бића и личности, можемо прихватити да су аутори поруке намјеравали да прате неку од подвезија теорије рођења. За разлику од одредница које су предложили различите персонистичке теорије, рођење се не може сматрати карактеристиком кандидата за правни статус. То није врлина нити капацитет ентитета чији субјективитет се ослања на њега. То је биолошки догађај који произилази из тјелесних способности мајке. Морална и правна оправданост теорије рођења је разматрана у поглављу 3.2.4 четврте главе.

## 4. СТАТУС ДИГНИТЕТА ЉУДИ ПРЕ-ЛИЧНОСТИ У ЕВРОПИ

Према Адоро, урођено достојанства игра централну улогу у правним инструментима који регулишу област биоетике. Граф и Делден<sup>831</sup> тврде, да је кантовско и релационо достојанство корисно за медицинску етику.<sup>832</sup> Ако се, насупрот овим ставовима, узме да је човјек мјера свих ствари у трансхуманистичком смислу, онда ПДК

<sup>830</sup>See Timothy Caulfield and Audrey Chapman, "Human Dignity as a Criterion for Science Policy" 2 (2005) *PLOS Medicine* 0736-0737.

<sup>831</sup> Andorno Roberto, Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics, *Journal of Medicine and Philosophy*, (2009): 34, 231.

<sup>832</sup> Rieke Van Der Graaf and Johannes JM Van Delden, Clarifying appeals to Dignity in Medical Ethics from an Historical Perspective, *Bioethics* (2009): 3, 151–160.

може добити неку подршку од овог блока у биоетичким раправама.<sup>833</sup> У том смислу, Универзална декларација о геному и људским правима,<sup>834</sup> која је изостављена са Перовићеве листе најважнијих правних текстова који штите достојанство,<sup>835</sup> наводи да је "људски геном у основи суштинско јединство свих чланова људске породице, као и признавање њиховог урођеног достојанства и различитости. У симболичком смислу, то је наслијеђе човјечанства". Дакле, трансхуманизам је одбачен на најексплицитнији начин. Још један моменат који би требало нагласити је утицај Хипократа<sup>836</sup> у развоју норми које регулишу област биоетике.<sup>837</sup> Универзална декларација о геному настоји да синтетиче размишљања о пракси медицине произашле из Хипократових дјела и онога што је конципирано у оквиру међународног права о људским правима.<sup>838</sup>

Може се сматрати да је заштита достојанства водила у свим важнијим регионалним инструментима у Европи. Иако у свом тексту Европска конвенција не садржи никакве референце о заштити достојанства, институције Конвенције нагласиле су да је главна сврха члана 3. заштита људског достојанства.<sup>839</sup> Такође, значајан регионални правни извор, који се бави заштитом достојанства је Повеља о основним правима ЕУ која у члану 1. наглашава да је људско достојанство неприкосновено и захтјева и поштовање и заштиту. Повеља ЕУ даје посебну заштиту достојанству у области медицине и биологије. Бороновски види Повељу о основним правима као потенцијални инструмент којим ће се побољшати правна заштита ембриона која, на европском нивоу, (он тврди) до сада није била нарочито јака.<sup>840</sup> Према Старк, резолуција Европског парламента (строго говорећи

---

<sup>833</sup> Погледати C.S. Lewis, *The abolition of man*, (New York: Harper Collins 2001), 84–85, this author discusses whether the solution of the problem "how to subdue reality to the wishes of men" is in "a technique", and he asserts that without the existence of objective values a person cannot be fully human.

<sup>834</sup> Adopted unanimously and by acclamation by the General Conference in 1997 and endorsed by the United Nations General Assembly in 1998.

<sup>835</sup> Perovic Slobodan, at Final Document. General statements. Introductory Address. Messages. of the twenty sixth annual Conference of the Kopaonik School of Natural Law, *Pravni Zivot* (Legal Life, Journal for legal practice and theory), Belgrade 2013, 31.

<sup>836</sup> Philosopher whose thought was ignored when referred to the *Hellenic Philosophical Idea*. Погледати Perovic Slobodan, at Final Document. General statements. Introductory Address. Messages. of the twenty sixth annual Conference of the Kopaonik School of Natural Law, *Pravni Zivot* (Legal Life, Journal for legal practice and theory), Belgrade 2013, 29-30.

<sup>837</sup> Погледати Explanatory Memorandum of the Preliminary Draft Declaration on Universal Norms on Bioethics, 21 February 2005 Para. 12.

<sup>838</sup> Explanatory Memorandum of the Preliminary Draft Declaration on Universal Norms on Bioethics, 21 February 2005 Para. 12.

<sup>839</sup> *Tyrer v. The United Kingdom*, Application No. 5856/72, Merits, 25 April 1978.

<sup>840</sup> Borowsky Martin, *Artikel I*, in KOMMENTAR ZUR CHARTA DER GRUNDRECHTE DER EUROPAISCHEN UNION 45 (Jifirgen Meyer ed., 2003), taken from Starck Christian, Embryonic Stem Cell Research according to German and European Law, (2006): 7 *German Law Journal*, 638.



необавезујућа изјаве правне политике) од 15. јануара 1998. године, одражава признање да је људска особа створена фузијом једра ћелије и да људско достојанство те особе ужива право на заштиту од тог тренутка.<sup>841</sup> Када је у питању достојанство и његова заштита на регионалном нивоу, међутим, Конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примјене биологије и медицине (Конвенција о биомедицини),<sup>842</sup> и њени додатни протоколи, су од кључног значаја. Иако ова конвенција обавезује Србију од 1. децембра 1999. године, и представља једини регионални извор који има ријеч "достојанство" у свом називу, Перовић је такође пропустио да се осврне на њега, или да га бар спомене.<sup>843</sup> Можда је разлог томе њен слаб утицај на домаће законодавство.<sup>844</sup>

Конвенција о биомедицини у првом ставу члана 1. намеће заштиту достојанства и идентитета свих људских бића. Аутори Конвенције о биомедицини користе израз "сва људска бића", који би могао да отвори дебату о томе да ли се тај израз односи на ембрионе *in vitro*, сличну оној да ли се термин "свако" из Конвенције односи и на нерођену дјецу. У том контексту, Бејлвелд и Бронсворд тврде да "сва људска бића", у овом члану, захтевају од уговорних страна да заштите достојанство и идентитет свих људских бића. Сам члан био је формулисан како би се тумачио по потреби шире од "свих" у Конвенцији. Ова тврдња може да се чврсто утемељити на позицијама институције Конвенције, које су признале да ембрион припада људском роду.<sup>845</sup> Такво признање може да квалификује *in vitro* ембрионе за заштиту достојанства која је намјењена свим људским бићима једнако. У вези са примјеном Конвенције о биомедицини на пренатални живот, Бејлвелд и Бронсворд закључују да: "Члан 1. крши јасан компромис: док је оним потписницама које не могу да се сложе да је *Conceptus* носилац људских права дозвољено да наставе са овим увјерењем, сви потписници су дужни да прихвате да је, у име људског достојанства, *Conceptus* заштићен ентитет".<sup>846</sup> Даље, објашњење уз Конвенцију о биомедицини наводи као "опште прихваћен принцип да људско достојанство и идентитет људског бића [морају]

---

<sup>841</sup>Starck Christian, Embryonic Stem Cell Research according to German and European Law, (2006): 7 *German Law Journal*, 636.

<sup>842</sup> It was Отворена за потпис on 4 April 1997 in Oviedo, came into force on 1 December 1999.

<sup>843</sup> Perovic Slobodan, at Final Document. General statements. Introductory Address. Messages. of the twenty sixth annual Conference of the Kopaonik School of Natural Law, *Pravni Zivot* (Legal Life, Journal for legal practice and theory), Belgrade 2013, 31.

<sup>844</sup> Duška Franeta, *Људско достојанство као правна вредност*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 54.

<sup>845</sup>*Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 84.

<sup>846</sup> Beylvelld David and Brownsword Roger, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw* (Oxford: Oxford University Press 2001), ,32.

да се поштују чим живот [почиње]".<sup>847</sup> За подршку тврдњи да је пренаталном животу дато титуларство над достојанством, чврсто стоји додатни протокол уз Конвенцију о биомедицини у вези бимедицинских истраживања, који штити достојанство и идентитет свих људских бића<sup>848</sup>, а односи се на истраживања на фетусима и *in vivo* ембрионима.<sup>849</sup> Европска група за етику у науци и новим технологијама у Европској комисији дала је следеће мишљење о етичким аспектима истраживања, који укључују употребу људских ембриона у контексту 5. оквирног програма (23. новембра 1998.) испитујући контроверзе о концепту почетка живота и 'личности', и наводи да: "људски ембрион, без обзира на морални или правни статус који му је дат у различитим европским културама и етичким приступима, заслужује правну заштиту." С тога, Керстен разумно закључује да сва жива бића, која су продукт људске прокреације, имају право на заштиту људског достојанства, без обзира да ли је чин зачећа извршен природно или вантјелесно са људским ћелијама (генима).<sup>850</sup> Без намјере да се негира значај концептуализације достојанства,<sup>851</sup> одговор на питање да ли достојанство представља правни принцип,<sup>852</sup> или основно право,<sup>853</sup> не може да утиче на статус људских бића. Ова тврдња прима звучну подршку кроз саопштење Суда да пренатални људски живот треба „заштитити у име људског достојанства, не чинећи га "личношћу" са "правом на живот" за потребе члана 2."<sup>854</sup> Практични ефекти статуса пренаталног живота огледају се у прописима и праксама у биомедицинским истраживањима који се суочавају са изазовом да регулишу легитимна научна истраживања насупрот достојанству пренаталног живота, укључујући и патентбилности проналазака који потичу од истраживања на ембрионалним матичним ћелијама. Ти проблеми ће бити разматрани у оквиру другог дијела рада.

---

<sup>847</sup> The Explanatory Report to the Convention on Biomedicine para 19.

<sup>848</sup> Adopted by the Committee of Ministers On 30 June 2004.

<sup>849</sup> Погледати Article 1 and Article 2 of the Protocol.

<sup>850</sup> Kersten Jens, *Das Klonen von Menschen, Jus Publicum* (2004), 403,554.

<sup>851</sup> Погледати Schulman Adam, *Bioethics and the Question of Human Dignity, University of Notre Dame Press* (2009), <http://www3.nd.edu/~undpress/excerpts/P01307-ex.pdf> 29 August 2015.

<sup>852</sup> German Federal Constitutional Court, January 16, 1957 (BVerfGE 6, 32, 36), and February 15, 2006 (BVerfGE 115, 118, 152).

<sup>853</sup> German Federal Constitutional Court, February 5, 2004 (BVerfGE 109, 133, 181).

<sup>854</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 84.

## ГЛАВА VIII

# КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА УНИВЕРЗАЛНОГ, РЕГИОНАЛНОГ И НАЦИОНАЛНОГ ПРИСТУПА ПИТАЊУ ЗАШТИТЕ ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТА

### 1. ПРАВО НА ЖИВОТ

Универзални инструменти израђени су под посљератним одређењем ка заштити живота, али су остали под утицајем различитих приступа националних законодавстава у погледу почетка заштите права на живот. Они не везују уговорне државе у корист било ког решења, нити искључују прихватање различитих међународноправних позиција у случају нових околности. Исто би се могло сматрати у вези са регионалним инструментима из области људских права. Не постоји пракса надлежних органа УН који се односе на заштиту пренаталног живота. С друге стране постоје бројни случајеви који се односе на приступ жена абортусу. Уочљива су два приступа питању абортуса на универзалном нивоу. Први приступ тврди да је абортус људско право; док се други ослања на право на здравље. Овај други приступ подразумјева постојање права на здравље у међународном праву. Даље, он почива на претпоставци да право на здравље садржи абортус као терапијско средство из оквира права на репродуктивно здравље. Током дискусије закључено је да се нити појам "репродуктивно здравље", нити његова дефиниција, могу наћи у текстовима међународног права. Због наведеног, право на репродуктивно здравље, као изведеница из права на здравље има, споран садржај. Није јасно да ли се држава може сматрати одговорним за ускраћивање приступа абортусу. Појашњења су пронађена у пракси надлежних органа из система УН.

Право ембриона да буду заштићени у оквиру Европског регионалног права проистиче из признавања њихове припадности људској раси по основу које посједује капацитет да постану личности и што их чини подобним за заштиту достојанства коју пружа Конвенција о биомедицини. Регионална заштита ембриона је подјељена у двије повезане области. Прва област се односи на њихово право да буду заштићени путем права на живот, док се друга област односи на њихову подобност за заштиту достојанства у области биомедицине. Што се тиче позиције извора људских права о томе да ли ембриони имају право да буду заштићени путем права на живот, може се закључити, да ни универзални ни регионални инструменти не дају јасне одговоре. Новије нормативне

активности, на универзалном и регионалном нивоу, се развијају у правцу признавања интереса пренаталног живота, али се оно не заснива на њиховом праву на живот.

### 1.1. Универзалне гаранције права на живот

Иако су универзални инструменти за заштиту људских права израђени под теретом тешких историјских околности, једина одржива интерпретација је да у уговорима о заштити људских права, питање да ли је, и ако јесте у којој мјери, пренатални живот покривен правом на заштиту живота, остављено је отворено за тумачење органима за спровођење споразума.<sup>855</sup> Имајући у виду, да одредбе Бечке конвенције из члана 31. који гласи „у сврху интерпретације уговора обухватиће, уз текст, и његову преамбулу, (...)“, може се сматрати да уговор, у којем преамбула позива на заштиту прије, као и после рођења, као што је Декларација о правима дјетета,<sup>856</sup> не оставља много простора за алтернативно тумачење. Такође, током израде универзалних текстова, делегати нису искључили пренатални живот од права на заштиту живота, неслагање међу њима односило се на тренутак од којег ова заштита треба да буде ефективна. Имајући ово у виду, у вези са чланом 32. Бечке конвенције којим се прописује да: "Може се позивати на допунска средства тумачења, укључујући припремне радове уговора и околности његовог закључивања", било би разумно тврдити да право на живот почиње од тренутка од којег је држави могуће да га заштити.<sup>857</sup> Таква обавеза државе може да настане од универзалних текстова о људским правима који уводе урођено/неутођиво право на живот. Тумачење тог права не може бити уско, јер урођена права нису стечена од стране државе,<sup>858</sup> већ се од држава захтјева да обезбједе заштиту.<sup>859</sup> Употреба помоћног глагола (*has*) у садашњем времену од глагола „имати“, умјесто употребе помоћног глагола у будућем времену (*shall*), од глагола „хтјети“, може подржати став да је живот заштићен од самог почетка (када год то било) сам по себи, и да је заштита безусловна.<sup>860</sup> Данас више није спорно да је

---

<sup>855</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010),

<sup>856</sup> Adopted by UN General Assembly Resolution 1386 (XIV), of 10 December 1959, Погледати at <http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>, October 2013.

<sup>857</sup> Погледати Detrick Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, (Netherlands: Kluwer Law International 1995), 134.

<sup>858</sup> Погледати General Comment No. 06: The right to life (art. 6), 30.04.1982, at <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3>, October 2013.

<sup>859</sup> Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (Kehl am Rhein: Engel 2005), 125.

<sup>860</sup> More about meaning of used terminology refer to: Detrick Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, (Netherlands: Kluwer Law International 1995), 126.

људски живот континуиран процес, без обзира на своје фазе развоја,<sup>861</sup> и да људско биће је живо од зачећа.<sup>862</sup> Дакле, обавеза држава чланица да осигурају, у највећој могућој мери, опстанак и развој дјетета (члан 6. Конвенције о правима детета), неминовно се односи и на пренатални живот.

Истовремено, растућа пракса интерпретативних органа из система УН-а дефинише приступ абортусу у контексту заштите људских права. Веза је начињена између абортуса и права на здравље. У складу с тим, сматрало се да рестриктивна регулација абортуса утиче на право жена на живот, јер доводи до повећања несигурних абортуса и смртности мајки. Дакле, абортус у сврху очувања живота труднице треба да буде кривично дјело, јер илегални абортуси имају озбиљне штетне посљедице за животе жена, здравља и благостања. Имајући у виду, да се жене, којима је ускраћен приступ абортусу, или које се суочавају са посљедицама лоше обављеног абортуса, изложене патњи, НРС сматра да су рестрикције абортуса довољне да представљају нехумано или понижавајуће поступање.

## 1.2. Регионалне гаранције права на живот

Статус нерођеног живота по Конвенцији је одређен правима која су му додјељена. Институције Конвенције су поновиле да се под одређеним околностима члан 2. примјењује на нерођени живот. Ова општа примјенљивост је наглашавана кроз наредну судску праксу. Признавање примјењивости члана 2. на нерођени живот отворило је питање да ли Конвенција захтјева да се обезбиједи заштита живота у пренаталној фази и ако захтјева, који је прихватљив обим обавезне заштите. Са своје стране, институције Конвенције су препознале нерођено дијете као аутономну жртву према материјалним гаранцијама права на живот. Правни статус нерођеног дјетета није нужен да би се оно заштитило правом на живота.

Истовремено, истакнуто је да је право на живот дато фетусу "ограничено" и да се извјесна ограничења подразумјевају. Кроз праксу је накнадно појашњење да "ограничено" право на живот значи да заштита живота, у његовим почетним фазама, не може превагнити над заштитом интереса жене у заштити њеног здравља, живота и благостања и да подобни механизми за његову заштиту могу бити грађанскоправне природе. Пошто је Комисија увела примјену градиране заштите права на живот у зависности од гестације,

<sup>861</sup> Petersen Peter, *Schwangerschaftsabbruch – unser Bewusstsein vom Tod im Leben*, (Stuttgart:Urachhaus 1986), 128.

<sup>862</sup> Weber Dieter, *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaft Schaden*, (Berlin 1988), 10.

може се сматрати да је листа "подразумијеваних ограничења" примјенљива само на почетну фазу трудноће. Стога, заштита права на живот расте са трудноћом, а подразумевана ограничења бивају све ужа и мање примјенљива. У прилог оваквом схватању иду и кретања у области заштите достојанства. Достојанство је нераскидиво везано за биолошку чињеницу живота, и као такво, усмјерено је ка ширењу заштите права на живот на раније фазе трудноће.

Општа примјена члана 2 на нерођени живот превасходно се односи на примјенљивост процедуралних гаранција. Примјена процедуралних гаранција, садржаних у члану 2., подржава схватање да пренатални живот има аутономни положај према Конвенцији. Иако су институције Конвенције строго ограничиле своје одлуке само на конкретне околности предметних случаја, неминовно су увеле општа правила (принципе), који илуструју односе између гаранција за заштиту људских права, абортуса и заштите нерођеног живота. Таква правила су могући граничници, иначе веома широке дискреције коју државе уживају у области регулисања почетка заштите права на живота, јер обухватају временска ограничења и дефинисане основе за приступ абортусу који су у складу са Конвенцијом. Приступ абортусу је сматран компатибилним захтјевима Конвенције када је извршен у почетној фази трудноће, у циљу заштите живота и здравља и/или благостања труднице. Може се сматрати да се почетна фаза трудноће дефинитивно завршава након 24-те недеље трудноће.

Отприлике, у том периоду гестације дијете постаје способно да осјети бол и постаје одрживо. Имајући у виду, да су гаранције садржане у члану 3. примјенљиве на нерођено дијете, способност да осјети бол квалификује га да буде жртва нехуманог поступања. Ово захтјева од државе, или да ограничи приступ абортусу, или да пронађе хуману технику за прекид трудноће када се за њега испуне услови. У свакој могућој комбинацији и резонувању, сврха абортуса не може бити да убије нерођено дијете. У свијетлу заштите садржане у члановима 2. и 3., која је дата у неспорном обиму нерођеном дјетету, фетицид је незамислив (као и абортуси који се врше индукцијом фетуса). Сваки акт у циљу прављења разлике између живота се не може правдати са аспекта људских права. Стога, ако држава одлучи да дозволи касни прекида трудноће мора и да пропише технике његовог извршења које су у складу са неодредивим обавезама да предузму мјере да сачувају живот одрживог дјетета. Са друге стране, ово даље захтјева од држава да пруже адекватну и правовремену медицинску његу која омогућава мајци да сазна да ли су у

њеном случају испуњени сви услови за законит прекид трудноће у смислу националног законодавства. Треба имати на уму да се на националном нивоу временске рестрикције прекид трудноће не односи на пренатални живот са абнормалностима. На извјестан начин, широка дискреција остављена државама лишава ову групу neroђених конвенционалне заштите. Из тих разлога се може сматрати да је употребљивост Конвенције за децу са инвалидитетом одложена и стога ужа у односу на здраву дјecu.

Медицинске индикације се сматрају основом за приступ абортусу који је подударан захтјевима Конвенције. Овај основ даје право на приступ двијема врстама абортуса. Први тип је абортус у циљу спашавања живота, док је други тип абортус у циљу очувања здравља. У погледу приступа, у току абортуса у циљу спашавања живота може се сматрати да су услови испуњени када се успостави веза између трудноће и/или порођаја и здравствених компликација такве тежине да би могле довести до фаталних посљедица, и када је абортус једина ефикасна мјера да то спречи. Приступ абортусу у циљу очувања здравља захтјева од држава да усвоје ефикасне процедуре за утврђивање релевантног ризика који трудноћа и / или рођење носе по здравље мајке и да јој омогући да благовремено донесе одлуку о прекиду трудноће како би се избјегле, или спријечиле штетне посљедице по њено здравље до којих доводи касни абортус. Још један аспект релевантног ризика је физичко и ментално стање neroђеног дијетета. Потребан степен аномалије би требало да потврди да ће се дијете родити у стању такве тежине које ће угрозити физичко или ментално здравље жене. Сама еугеника није призната као основ у оквиру овог типа прекида трудноће.

Признавање благостања као основа за приступ абортусу, усклађеног са Конвенцијом, оставља утисак одступања од заштите која је додјелена пренаталном животу кроз ранију праксу. Али, у складу са том истом праксом, примјенљивост овог основа је временски ограничена на почетну фазу трудноће. Сходно наведеном, може се закључити да институције Конвенције у рјешавању сукоба између заштите људских права, абортуса и заштите neroђеног живота, настоје да оправдају приступ абортусу под изузетним околностима прије него да га трансформишу у људско право.

### **1.3. Националне гаранције права на живот**

У оквиру треће главе првог дијела рада која се односи на европске националне моделе регулисања абортуса, издвојено је неколико општих карактеристика које би се

могле свести на сљедеће: национална законодавства постављају временска ограничења за приступ абортусу углавном на првих 12-13 недеља, и изузетно абортус је дозвољен до 24. недеље трудноће или одрживости. У оквиру ових временских граница, различити закони захтевају различите околности да наступе како би абортус био оправдан. Апсолутни основ за прекид трудноће је опасност по живот будуће мајке. Абортус на захтјев је такође доступан, као и прекид трудноће из разлога благостања, али у оквиру строгих временских граница. У сваком случају, одрживост пренаталног живота је горња граница последице које абортус није дозвољен. Сходно томе, неки сматрају да, ако држава дозвољава временски неограничен абортус крши Конвенцију.<sup>863</sup>

Пренатални живот је заштићен кроз кривично законодавство, кривично дјело незаконитог абортуса. У неким законима то дјело не може бити извршено од стране трудне жене, јер се тиме наводно жели заштити њено здравље. На примјер, у земљама Западног Балкана, само-прекид трудноће није инкриминисан када год да се изврши, чак и у гестационој фази у којој прекид трудноће није дозвољен под било којим условима. Постоје мишљења да је разлог за такав загонски приступ брига за здравље жена, подстицање да траже стручну помоћ у случају здравствених компликација.<sup>864</sup> Сасвим супротан приступ заузима њемачки Кривични законик, који уводи казну затвора уколико је кривично дјело (незаконитог прекида трудноће) починила сама жена. Разлози за овакав приступ су такође брига за здравље жене. Она подстиче жене да користе само сигурне и законите методе прекида трудноће чиме се избегавају здравствене компликације. Први приступ санира посљедице по здравље-лијечи, док их други спријечава да настану. Законодавства већине држава Савјета Европе не обухватају фетус кривичним дјелом убиство из нехата без обзира на његову гестациону доб. У принципу, не постоји европски правни систем који апсолутно не инкриминише прекид трудноће, што даље значи да не постоји европски правни систем који у потпуности искључује нерођени живот из заштите.

Најспецифичнији режими су они које уводе право на абортус. Ти режими могу се наћи у Јерменији,<sup>865</sup> Словенији,<sup>866</sup> Босни и Херцеговини, Републици Српској,<sup>867</sup> итд. Ове

---

<sup>863</sup> O'Donovan, K. Taking a neutral stance on the legal protection of the fetus. *Medical Law Review*, (2006): 14(1), 115–123.

<sup>864</sup> Lazarević Ljubiša, *Krivično pravo – posebni deo* [Criminal law – material norm]. (Beograd: Savremena Administracija 1983).

<sup>865</sup> Law No. 474 of 11 December 2002 on Reproductive Health and Rights to Reproduction [Consolidation of 20.05.2011]. Article 10.1.

<sup>866</sup> Refer to Žnidaršič Skubic Viktorija, The Issue of Consent in Biomedically Assisted Reproduction Procedures (The Case of *Evans v The United Kingdom*), *Civil Medical Law* 2010/11.



режиме не би требало мијешати са режимима који уводе право на приступ абортусу попут оног у Шпанији.<sup>868</sup> Нема сумње да су ови други усклађени са Конвенцијом. Исто се не може тврдити за ове прве. Код ових режима најзабрињавајући аспект је временски неограничена дозвољеност абортуса. То подразумева употребљивост психо-социјалних индикација као апсолутног основа за абортус.

Међутим, ово не може бити у складу са Конвенцијом из следећих разлога. Као што смо раније разговарали, психо-социјалне индикације имају широко значење. "Психо" компонента не захтјева посебну болест нити да настане, нити да пријети. Она се радије односи на све околности које могу бити теретне, или не раде<sup>869</sup> за мајку, као што су: услови живота, брачни статус, запошљавање, образовање, итд. У упоредном праву, психолошки фактори су класификовани као основ за абортус због благостања.<sup>870</sup> Социјална компонента фразе односи се искључиво на добробит. Разлике, уколико их има, између психо и социјалне компоненте је у томе што прва захтјева одређени степен објективног оправдања, док други оправдава абортус само на основу мајчине субјективне перцепције њене добробити. Имајући у виду, да се предметне компоненте алтернативно примјењују, овај основ за абортус наступа када се испуни било која од њих. Ово заправо чини абортус доступним на захтјев током цијеле трудноће када се формални услови задовоље. Истовремено, то чини „право на абортус“ режим некомпатибилним Конвенцији. Овакав приступ је битно различит од европских правних стандарда у овој области. Да би се избјегло очигледно кршење гаранција из права на живот, европски режими који изузетно дозвољавају абортус након фазе одрживости, истовремено намећу законску обавезу да се предузму све одговарајуће мјере да се спасе живот детета (Италија,<sup>871</sup>

---

<sup>867</sup> Official Gazette of Republic of Srpska No. 34/08

<sup>868</sup> Ley 2/2010 Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo [Organic Law 2/2010 on Sexual and Reproductive Health and the Voluntary Interruption of Pregnancy] art. 3, Boletín Oficial del Estado [B.O.E.] Mar. 4, 2010, <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>.

<sup>869</sup> `Distress` as abortion ground is applicable in the Belgium. For the scope of this ground refer to Sénat et Chambre des représentants de Belgique [Senate and Chamber of Representatives of Belgium], Rapport de la Commission nationale d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse [Report of the National Commission for the Evaluation of the Law of April 3, 1990, Regarding Pregnancy Interruption] 60 (Aug. 27, 2012), <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/53/2399/53K2399001.pdf>.

<sup>870</sup> Погледати *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), para 192.

<sup>871</sup> Legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza [Law No. 194 of May 22, 1978, Provisions on the Social Protection of Maternity and the Voluntary Interruption of Pregnancy], Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana [G. U.] [Official Gazette] No. 140 (May 22, 1978), <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1978-05-22:194>. Article 7 para 3.

Ирска<sup>872</sup>). Коришћење појединих основа за неограничен приступ прекиду трудноће, у односу на одредбе међународног кривичног права, ће бити анализирани у трећој глави другог дијела.

Поред претходно описаних контрадикција, између временски неограниченог абортуса и негативних конвенцијских гаранција, право на абортус угрожава позитивне обавезе државе које проистичу из члана 2. и члана 3. Конвенције. Позитивне обавезе се односе на једну од најконтроверзнијих питања у вези временске димензије репродуктивног избора, подобности дјетета које је преживјело абортус за заштиту правом на живот. Током дискусије у оквиру у поглављу 2.4 пете главе првог дијела рада закључено је да је пропуст државе да усвоји и спроведе процедуре за спашавање живота, у случају када дијете преживи абортус, и да спроведу судски поступак против одговорних, може представљати повреду члана 2. Конвенције.<sup>873</sup> Као одговор на такву могућност, смернице Краљевског колеџа акушера и гинеколога дале су препоруку да дијете треба да добије неонатални подршку и интензивну негу која је у најбољем интересу дјетета.<sup>874</sup> Такође, прави се разлика између ситуација у којима феталне аномалије нису смртоносне, и оних у којима фетус преживи абортус, али са таквим поремећајима које су неспојиве са животом. Смјернице прописују да је у овим, и другим ситуацијама, потребно одржати удобност и достојанство у палијативној њези.<sup>875</sup>

Применљивост гаранција права на живот на преживјелу дјецу је јаснија када се уобзире са конвенционалним статусом пренаталног живота. Наиме, институције Конвенције су расвијетлиле да право на живот нерођеног дјетета подлијеже подразумеваним ограничењима; да је заштита која се даје нерођеном животу, по Конвенцији је постепена, и расте са фетусом док се подразумевана ограничења сужавају. Исто тако, од времена у којем је разматран случај *Paton.*, институције Конвенције прихватају Локово разликовање између човјека и личности и раздвајају питање

---

<sup>872</sup> Department of Health, Implementation of the Protection of Life During Pregnancy Act 2013: Guidance Document for Health Professionals ¶ 1.2 (2014), <http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/09/Guidance-Documents-Final-September-2014.pdf>.

<sup>873</sup> About required judicial response on infringement of new-born patient's lives refer to *Calvelli i Ciglio v Italy*, Application No. 32967/96, Merits, 17 January 2002 par 50-57.

<sup>874</sup> Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality in England, Scotland and Wales. Report of a Working Party, London 2010, recommendation No. 9 <https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/terminationpregnancyreport18may2010.pdf>

<sup>875</sup> Ibid.

признавања правног статуса од питања заштите права на живот.<sup>876</sup> Стога, ако неки тврде да се дијете које је преживјело абортус не може препознати као личност пред законом из било ког разлога, то не може утицати на његово уживање заштите људских права.

Напротив, пракса у европским државама изгледа немарна према својим позитивним обавезама у односу на ову дјецу. У државама у којима је дозвољен касни прекид трудноће, болнице практикују такозвано (*comfort care*) збрињавање, неку врсту немедицинског третмана на преживјелу новорођенчад. Овај третман предвиђа остављање ове дјеце да умру од дехидрације или глади, лишена било какве медицинске његе у међувремену.<sup>877</sup> Ова пракса је део европског наслијеђа. Виљен је потврђује следећим ријечима:<sup>878</sup>

„Из расположивих доказа нема сумње да је послје четвртог века прије Христа изложеност дјеце постала све чешћа широм грчког свијета, и да је временом слободно и произвољно практикована од родитеља да би се отарасили нежељене дјеце по рођењу, чак и посебно из чисто економских мотива и посебно у вези кћерки. Оно је постало нека врста методе одложене контроле рађања.“

Ова пракса је недавно изазвана заједничком жалбом пред Европским комитетом за социјална права, а исход у овом поступку ће недвосмислено утицати на наставак са овом праксом у Европи. Већ је објашњена чињеница која чини Конвенцију и њене гаранције теоријским и илузорним, удаљеним од практичних и ефикасних какве би требале бити.<sup>879</sup> Та чињеница произилази из процедуралних захтјева за покретање стразбуршке машинерије односно, у искључиво родитељском овлашћењу да траже заштиту права своје дјеце. Тако да, када постоји сагласност родитеља на абортус, и ако дијете преживи абортус, у стварности та деца су потпуно искључени из конвенцијске заштите.<sup>880</sup> Постоје и они који сматрају да се ова пракса треба примјенити и на дјецу након редовног рођења.<sup>881</sup> У будућности, ова пракса може да буде оспорена пред Судом вјероватно од

<sup>876</sup> Wicks Elizabeth, A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review* (2011): 5(2), 556–566.

<sup>877</sup> Mujović-Zorić Hajrija, Reproductivna prava: Otvorena pitanja kasnog pobačaja (Reproductive rights: Opened questions in late termination of pregnancy), *Stanovništvo* 1/2009, 49–67.

<sup>878</sup> Van N. Viljoen, Plato and Aristotle on the Exposure of Infants at Athens, *Acta Classica*, (1959): 58(2).

<sup>879</sup> Погледати *Airey v Ireland*, 9 October 1979, Series A Application No. 32, para 24.

<sup>880</sup> CF Congress of the United States of America. (2002). *Born-Alive Infants Protection Act of 2002*. Retrieved from <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-107hr2175enr/pdf/BILLS-107hr2175enr.pdf>

<sup>881</sup> Giubilini Alberto, and Minerva Francesca, *After-birth abortion: why should the baby live?* <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full.pdf+html> (March 2016).

стране родитеља који није пристао на абортус, или који није пристао на „збрињавање“. У зависности од исхода овог евентуалног спора, Суд ће, или дати подршку растућем обиму права дјетета и њихове аутономије, или увести ренесансу римског *jus vitae ac necis*. У упоредном праву, чак и технике прекида трудноће су законски регулисане у свјетлу заштите нерођеног живота.<sup>882</sup> Врховни суд САД је подржао забрану тзв. дјелимично рођење абортусом, с обзиром да чак и када је абортус легалан, није сваки метод прихватљив: "Држава може користити своју регулаторну моћ да уведе одређене процедуре и замени постојеће, а све у знаку својих легитимних интереса у регулисању медицинске професије у циљу промовисања поштовања живота, укључујући и живот фетуса."<sup>883</sup>

Да би био у складу са гаранцијама људских права временски оквир репродуктивног избора који је признат од стране институције Конвенције своди се на почетну фазу трудноће. Првих 18 недеља спадају у ову фазу, и у тим временским границама трудноћа се може прекинути на основу медицинских индикација и/или због благостања. Национални законски прописи дозвољавају прекид трудноће након те фазе када наступе ванредни услови. С обзиром да, у овој фази дијете постаје одрживо, он/она може да преживи прекид трудноће. Ако се то деси, ово дијете има право на заштиту права садржаних у члановима 2 и 3 Конвенције. Према гаранцијама из права на живот, подржаним забраном нехуманог и понижавајућег поступања, државе имају обавезу да обезбједе третман за одржавање живота или медицинску његу преживјелој дјечи. Гаранције људских права, такође, захтевају од државе да спроведе правосудне мјере против медицинског особља које не учини како је наведено.

## **2. ЗАБРАНА ТОРТУРЕ, НЕХУМАНОГ И ДЕГРАДИРАЈУЋЕГ ПОСТУПАЊА**

Као што је закључено у оквиру седме главе првог дијела рада, постоје два основа за пружање заштите пренаталном животну која је гарантована чланом 3. Први основ је његова способност да доживи физичку патњу, а други основ је његов статус носиоца дигнитета. Што се тиче првог основа, постоји значајан број доказа да пренатални живот у неком тренутку постаје способан да осјети бол. Нема разлога да се о томе заузима негативан став, нарочито ако се узме у обзир тежња за широким тумачењем гаранција

---

<sup>882</sup> Steinbock Bonnie, *Life before birth: The moral and legal status of embryos and fetuses*, (Oxford: Oxford University Press 2011).

<sup>883</sup> *Gonzales, Attorney General v Carhart et al.* Application No. 05-380, 18 April 2007

права на живот. Способност да се осјети бол је препозната у упоредном праву као основ за ограничење абортуса. Сходно томе, прекид трудноће, који се врши након почетне фазе, и који се изводи техником која изазива физичке патње позива примјену члана 3. Конвенције. Други основ се односи на пренатални живот у првих 14 дана након оплодње. У тој фази развоја, пренатални живот тек треба да развије рудиментне структуре нервног система, а недостаје му и способност да доживи физичку бол. Међутим, постоји хитна потреба произашла из развоја у биомедицини која захтјева шире тумачење овог члана 3., као да он штити не само против физичке патње, или од неког већ препознатог облика емотивног понижавања, већ и против нових пријетњи људском достојанству које нужно не доводе до патње. Ова потреба почива на урођеном достојанству које неспорно посједује сваки члан људске породице. Правни дискурс у ЕУ претежно почива на становишту да људско достојанство постаје ефективно од самог тренутка фузије језгара ћелија, без обзира да ли се овај процес јавља природно или вјештачки. Осим тога, сваки ентитет који има потенцијал започињања процеса да постане људско биће има урођено достојанство које га штити од инструментализације.

Широко одвајање достојанства од биолошке чињенице живота није могуће јер их обједињује заједнички носилац. Стога, дигнитет може да делује као мост за повезивање биолошког живота и права на живот, а не као самостално заштићена вриједност. Без обзира што би довођење раних ембриона у оквир заштите члана 3., изгледало као иступање ван класичног оквира његових одредби, јер немају могућност да доживе бол, морамо имати у виду да се заштита достојанства не може искључити. Развој у биомедицини може допринијети екстензивнијем тумачењу члана 3. много више него члана 2., јер схватање људског достојанства није тако дубоко укоријењено у културним специфичностима, историјским околностима и политичким ставовима држава као што је то случај са правом на живот. Због тога, лакше је постићи консензус ка јединственом тумачењу овог члана Конвенције. Осим тога, веома је тешко прихватити да гаранције члана 3. нису апсолутног карактера у односу на све носиоце достојанства. Као што смо видјели, традиционална дефиниција правних субјеката, која се своди на "личност", не може да одржи своју примјенљивост ни када је конфронтрана са простом претпоставком права на живот. Њена примјенљивост је нарушена капацитетом пренаталног живота да постане човјек (капацитет личности), и раздвајањем питања заштите права на живота од питања признања правног статуса. Утолико прије, она се не може одржати у конфликту са

чињеницом да су *in vitro* ембриони носиоци достојанства. Стога, чини се да члан 3. Конвенције пружа адекватнију заштиту пренаталном животу без обзира на његову локацију, структурални положај, или фазу морфолошких и неуролошког развоја. Примјена достојанства има већи заштитни потенцијал у области биомедицине. Кроз ову област, у могућности смо да испитамо опсег такве заштите. Ускраћивање достојанства пренаталном животу у биомедицини, који може настати због традиционалног схватања личности, трансформисало би *in vitro* чланове људске расе у замјенљиви истраживачки материјал. Међународноправне позиције у том погледу су афирмативне за заштиту ембриона, и признаје им се статус носиоца достојанства. У том смислу, достојанство представља баријеру слободи истраживања која подразумјева уништавање ембриона као и патентибилности проналазака који потичу из таквих истраживања, што ћемо видјети у наставку.

### **2.1. Национални стандарди заштите достојанства**

Национални стандарди заштите достојанства не би требало да одступају од међународноправних. У супротном, национална регулатива није имуна на критику која укључује недостатак адекватне дефиниције, елитистичке перцепције, дискриминаторске основе, велики конфликтни потенцијал и инкопатибилност са међународним обавезама. У том смислу, важно је нагласити да достојанство не може почивати на социјално афирмисаним врлинама. Осим тога, достојанство не може бити ограничено само на скуп људских врлина. С тога, људски и нељудски ентитети, који нису идентификовани као личности, су такође носиоци достојанства. Иако, у овом погледу можемо бити збуњени културним специфичностима, историјским околностима, политичким или идеолошким ставовима, субјективизмом, итд, не можемо занемарити научни развој, нормативне активности и развој у судској пракси који су се догодили у посљедњим деценијама и обликовале европски правни пејзаж. У односу на статус достојанства људских личности, не можемо превидјети теоријско, нормативно и судско регулисање области биомедицине. Заједнички став ова три извора права је да статус имаоца достојанства пренаталном животу пружа велики заштитни потенцијал у области биомедицине. Са аспекта правних извора, барем у Европској унији, статус имаоца достојанства пренаталног живота није споран. Постоје теоријска неслагања око заштитне распону од тог статуса, али не о самом статусу. И поред тога, неоспорно око обима заштите коју достојанство пружа пренаталном животу, против уништавања за индустријске или комерцијалне сврхе,

комерцијалне експлоатације и за научна истраживања. Маргина слободне процјене коју државе уживају је искључена у том погледу. Дакле, чини се да пренатални живот добија већу заштиту кроз достојанство него кроз претпостављено право на живот, али заштита достојанства се не може постићи без заштите права на живот.

**ДИО ДРУГИ**

**ИЗАЗОВИ ЕВРОПСКОГ РЕГИОНАЛНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ДРУГОГ  
ДОБА**



## ГЛАВА I

### СПЕЦИФИЧНИ ИЗАЗОВИ ДРУГОГ ДОБА

Напредак у области вјештачке репродукције створио је нове ентитете, чланови људске расе, као такви, захтевају разматрање у погледу њиховог моралног статуса и правне заштите. Да би се развила ова дискусија, морамо се укратко упознати са националним прописима као и најчешћим и основним начином настанка „нових“ чланова људске расе. *In vitro* фертилизација (ИВФ) је најчешћи третман за неплодност у Европи. Из прегледа закона и праксе у вези са вјештачком репродукцијом на националном нивоу,<sup>884</sup> чини се да је ИВФ уређена законом, или подзаконским актима у Аустрији, Азербејдану, Бугарској, Хрватској, Данској, Естонији, Финској, Француској, Грузији, Њемачкој, Грчкој, Мађарској, Исланду, Италији, Летонији, Холандији, Норвешкој, Руској Федерацији, Словенији, Шпанији, Шведској, Швајцарској, Турској, Украјини и Великој Британији. У Белгији, Босни и Херцеговини / Републици Српској, Чешкој, Ирској, Малти, Литванији, Пољској, Србији и Словачкој, и такав третман је регулисан клиничком праксом, стручним упутствима, краљевском или административном одлуком, или општим уставним принципима. Предметна питања дотичу се подручјима где је мало заједничког међу државама чланицама Савјета Европе. Чини се да је фаза транзице, општа карактеристика националне регулативе у овој области.<sup>885</sup> Такви разлози, заједно са недостатком консензуса унутар држава, државама дају широко поље дискреције у регулисању тих проблема.<sup>886</sup> Имајући у виду, значај интереса у питању (да таква питања садрже осјетљиве моралне и етичке аспекте), и регионални пропуст да се уведе јединствени приступ према стандардима најбољих средстава за њихову заштиту, може се сматрати да регионална регулатива и пракса одражавају ситуацију у националним законодавствима, што је довело до бројних негативних посљедица повезаних са разликама у третамну странака у истовјетним ситуацијама.

---

<sup>884</sup> Погледати ‘Medically-assisted Procreation and the Protection of the Human Embryo Comparative Study on the Situation in 39 States’ (Council of Europe, 1998), ‘Questionnaire on Access to Medically-assisted Procreation’ (Council of Europe, 2005), and a survey carried out in 2007 by IFFS (International Federation of Fertility Societies), available at [http://ec.europa.eu/health/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/health/index_en.htm)

<sup>885</sup> Ford Mary, *Evans v The United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?* *Human Rights Law Review* (2008): 8(1), 182.

<sup>886</sup> Погледати *Evans*, cited above, § 77; *X., Y. and Z. v The United Kingdom*, Application No. 21830/93 Merits, 22 April 1997, para 44; *Frette v France*, No. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; *Christine Goodwin v The United Kingdom* [GC], No. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI; and *A. B. and C. v. Ireland*, cited above, § 232

Медицински третман се проводи кроз циклус у којем жене обично примају хормонски третман како би се стимулирала производња овума.<sup>887</sup> Овуми затим бивају уклоњени из фоликула јајника,<sup>888</sup> и постављени у културу која им омогућава даљи развој. Зрели овуми се стављају у посуду са спермом, обично од партнера те жене, и ако дође до оплодње настали *conceptus*(и)<sup>889</sup> могу бити смјештени у женину материцу, или замрзнути ради касније употребе. ИВФ третман омогућио је временски размак између оплодње и гестације, као и између генетске гестације и социјалног родитељства. Може се сматрати да сви изазови другог доба произилазе из те особине предметне технике оплодње. Раздвајање између оплодње и гестације створило је изазове у погледу моралног и правног статуса пренаталног живота и капацитета странака. Раздвајање између генетских, гестацијских и социјалних родитељства створило је изазове у вези са капацитетом од странака које се односи на питање сагласности и његовог повлачења као и питања родитељских обавеза.

Напредак у области репродукције створио је специфичне изазове који се односе на статус носиоца достојанства пренаталног живота и потребе за истраживањем на матичним ћелијама. Ти изазови ће бити посматрани са аспекта њиховог утицаја на статус носиоца достојанства пренаталног живота.

## 1. ПРАВНИ СТАТУС ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТА

Постоје три нове чињенице које произилазе из вјештачке оплодње које би могле утицати на правни статус *in vitro* ембриона. То су сврха третмана, једнакост свих чланова људске расе, и замјенљивост невољних учесника у поступку. Што се тиче сврхе третмана, треба имати на уму да вештачко лијечење подразумјева веома захтјевно учешће странака, дакле у високом степену одлучности и спремности на напоре ради постизања очекиваног исхода поступка. Једина и недвосмислена сврха тог акта је да се створи нови живот. Не постоји несагласност између воље, предузетог дела и узрочног резултата. Из тог разлога, употребљивост изговора од "Само сам хтио/хтјела да пробам воће" је заправо искључена. Његова употреба је у области заштите живота је даље разрађена у оквиру трећег дијела рада.

---

<sup>887</sup>This involves the insertion of a hollow needle into the woman's abdomen.

<sup>888</sup>This involves the threading of a probe, guided by ultrasound, through the woman's vagina and uterus.

<sup>889</sup>A zygote is to be understood as a very early embryo.

## 1.1. Једнакост

Као што смо видјели особине које представљају основ за стицање (градиране) заштите људских права су чланство у људској раси и капацитет да се постане личност. Што се прве особине тиче, *in vitro* ембриони су неоспорни чланови људске расе као и они у материци. Морфолошки и неуролошки, *in vitro* ембриони су веома слични онима у материци на упоредивој гестацији. И једни и други су завршили генетску изградњу. Са друге стране, само чланство није довољно за стицање заштите људских права. Друга повезана особина је капацитет да се стекне својство личности.

Што се тиче капацитета личност, могло би бити спорно да ли га *in vitro* ембриони посједују на истом нивоу вјероватноће као они у материци. Капацитет *in vitro* ембриона да постану личност зависи од људских активности у вези њиховог одржавања као и њихове реализације. *In utero* ембриони су започели процес трансформације у особу, док је тај процес код *in vitro* ембриона вјештачки одложен. Због тога, одржавање и евентуална реализација потенцијала *in vitro* ембриона, који је усађен у људским генима, захтјева употребу софистицираних вјештачких технологија. Због тога, може се тврдити да, за разлику од *in vivo* ембриона, *in vitro* ембриони имају само пасивни потенцијал. Сходно томе, степен вероватноће да реализују потенцијал личности се значајно разликује. Осим тога, након исцрпљивања њихове репродуктивне сврхе могућност за остваривање овог капацитета у потпуности нестаје.

Описане стварне разлике указују на закључак да *in vitro* и *in vivo* ембриони не могу бити једнаки. Међутим, овај закључак зависи од коришћених детерминанти за једнакост. Најприкладнији приступ чини се да је онај према којем једнакост не почива на чињеницама.<sup>890</sup> Ако прихватимо овакво одређење једнакости између *in vitro* и *in vivo* ембриона, без обзира на њихове стварне разлике, то подразумјева гаранцију једнаких стандарда њихове заштите. Наиме, институције Конвенције захтевају постојање легитимног разлога за прекид трудноће; логично, исто би се требало захтјевати у вези било какве акције која пријети животима *in vitro* ембриона.

## 1.2. Замјенљивост

Временске разлике између момента фертилизације и трудноће омогућава замјену невољне генетске мајке вољном гестационом мајком. То значи да *in vitro* ембриони нису у

---

<sup>890</sup> Singer Peter, *Animal Liberation: A New Ethics for Our Treatment of Animals*, (New York: HarperCollins 1975), 5.

позицији у којој им животна подршка може бити неповратно ускраћена. Они нису ултимативно зависни од помоћи само једне персонално одређене и незамјенљиве особе која има право да им одрекне помоћ. У том смислу, Карнеин сматра да, разлози који онемогућавају да се нерођено дијете сматра личношћу у правном смислу, односно да ужива заштиту права на живот, би се радикално промјенили ако би постојала вјештачка замјена за интерконекцију нерођеног и мајке.<sup>891</sup> У том тренутку, она тврди, рођење више не може имати нормативни значај и концепција може да заузме своје мјесто. У овом тренутку, напредак у биомедицини укинуо је незамјенљивост индивидуализоване женске особе. Вјештачки створени ембриони могу бити гестирани, подизани и под старатељством различитих људи у било којој од наведених фаза. Суштински, приговор да нерођено дијете није прави објекат за пуну заштиту члана 2. због "структурне (дис)позиције" не може да важи у погледу ових ембриона.

Пошто ниједна странка укључена у поступак није незамјенљива, основна права *in vitro* ембриона не могу се ултимативно сукобити са интересима било које странке. Због тога, нико се не може позвати на заштиту својих конкурентских интереса, који су легитимисали искључење нерођеног живота из заштите права на живота. Морални значај замјенљивости је препознао и Дејвид Бонин који сматра да, ако постоји неко ко би узео ембрион (који сте усмјерили на своје тијело) и износи га до термина, онда постоји дужност очувати га живим.<sup>892</sup>

Због тога, вјештачка оплодња је омогућила да се изолује живот *in vitro* ембриона од живота мајке, док се у изазовима првог доба пренатални живот није могао посматрати одвојено од живота мајке.<sup>893</sup> Разлике између структуралног положаја *in vitro* и *in vivo* ембриона, су разлог да Карнеин тврди да не постоји убједљив разлог за ускраћивање постојања будућим *in vitro* лицима који су постојали када су у питању будуће личности *in vivo*.<sup>894</sup>

---

<sup>891</sup> Karnein Anja , *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 24.

<sup>892</sup> Погледати Fischer Martin John, Abortion and Ownership, *Ethics* (2013): 17, 275–304 DOI 10.1007/s10892-013-9152-z, 284, 294.

<sup>893</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980, para 19.

<sup>894</sup> Karnein Anja , *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 39.

## 2. ОБЛАШЋЕЊА СТРАНАКА И ПИТАЊЕ ПОВЛАЧЕЊА САГЛАСНОСТИ

Значајно питање које се овдје поставља односи се на тачку на којој се може сматрати да је фертилизација завршена. Дилема се односи на тачку фузије мушких и женских гамета, или на тачку у којој се *in vitro* ембрион имплантира у тијело жене.<sup>895</sup> Регулисање асистиране репродукције у Европи је подијељено на два широко суротстављена приступа који пружају различите одговоре на поменуто питање. Постоје режими који се заснивају на природној концепцији, која ограничава улогу за мушкарца након оплодње; и постоје она законодавства која дају правне рефлексије временским разликама између фертилизације и гестације, и по којима странке имају равноправан статус до тачке имплантације ембриона, након чега је правно регулисање даљег процеса идентично са природним зачећем.<sup>896</sup> Суд је навео да је пожељно да држава успостави правне оквире који узимају у обзир поменуту временску разлику.<sup>897</sup>

Још једна карактеристика вјештачке прокреације, која би могла значајно утицати на капацитет укључених страна, је њихова листа. Како Д' Алтон-Харјеон запажа: "једно дете може имати до шест родитеља ако су препознати сви видови родитељства: сурогат мајка, њен муж, донатор сперме (који није комисиони отац), донаторка гамета (који није комисиона мајка), комисиона мајка, и комисиони отац."<sup>898</sup> Права и интереси учесника могу бити супротстављени међу собом али и интересима ембриона. Такође, свака од тих странака може да тражи пред Судом, или заштиту својих интереса у статусу жртве, или заштиту интереса ембриона. Постоји тенденција да се прошири списак учесника јер неки системи омогућавају вјештачко стварање дјете која су генетски повезана са више од два лица. Капацитет странака и питање повлачења сагласности ће се даље анализирати кроз испитивање релевантне праксе Суда.

### 2.1. Релевантна судска пракса

У регулисању повлачења сагласности различити приступи су узети у националним законодавствима.<sup>899</sup> У Данској, Француској, Грчкој, Холандији и Швајцарској, изричито

---

<sup>895</sup> Žnidaršič Skubic Viktorija, The issue of consent in bio-medically assisted reproduction procedures (the case of "Evans v The United Kingdom"), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, (2008), 58:5.

<sup>896</sup> Погледати Morris Caroline, Evans v The United Kingdom: Paradigms of Parenting, *The Modern Law Review* (2007): 70(6), 997-998.

<sup>897</sup> *Evans v The United Kingdom*, Application No. 6339/05, Merits, 10 April 2007, para 84.

<sup>898</sup> D'alton-Harrison Rita, Mater Semper Incertus est: Who's Your Mummy? *Medical Law Review* (2014), 0: 0, 20.

<sup>899</sup> For comparative law review refer to *Evans v The United Kingdom*, Application No. 6339/05, Merits, 10 April 2007 paras 39-50

законско право је било да странке слободно повуку свој пристанак у било којој фази до тренутка имплантације ембриона. Сличан је приступ у Белгији, Финској и на Исланду. Један број земаља је, међутим, регулисано питање другачије. У Мађарској, на примјер, у одсуству сагласности партнера, жена има право да настави са третманом без обзира на смрт њеног партнера или развода. У Аустрији и Естонији мушкарчев пристанак се може опозвати само до тренутка фертилизације, иза којег једино жена може да одлучује да ли ће и када наставити третман. У Шпанији, право мушкарца да опозове свој пристанак признаје се само када је ожењен и живи са том женом. У Њемачкој и Италији, ниједна од страна не може да повуче пристанак након што је фертилизација окончана. У Италији, национално законодавство прописује да парови могу повући сагласност само до тренутка фертилизације: последице они морају наставити поступак чак и ако они више то не желе.<sup>900</sup> На Исланду, ембриони морају бити уништени ако донири раскину или се разведу пре истека максималног периода складиштења.

Национално законодавство које омогућава да донори слободно повуку свој пристанак у било којој фази до имплантације ембриона је испитан од стране Суда у *Evans v United Kingdom*.<sup>901</sup> Према закону у Великој Британији, јасно је да се ембрион, створен *in vitro*, може "користити" само ако постоји ефективна и континуирана сагласност сваке "релевантне особе".<sup>902</sup> У овом случају подносилац представке се подвргнула третману вјештачке оплодње у Великој Британији. Њој је дијагностиковано предканцерогено стање на оба јајника и сугерисано јој је њихово одстрањење. Тада, замрзавање неоплођених јајних ћелија није било могуће, па чак и ако јесте, шансе за успјешно коришћење таквог јајета је далеко мања у односу на коришћење замрзнуте сперме. Ова чињеница је од кључног значаја која сврстава подносиоца представке у положај у којем се њен партнер никада не би могао наћи.<sup>903</sup> Њен партнер ју је увјеравао да се они неће раздвојити и да није потребно да разматра замрзавање својих неоплођених јаја, да она не би требала да буде негативна и да он жели да буде отац њеног дјетета. Поступак вјештачке прокреације је успјешно окончан и том приликом је створено шест ембриона који су затим замрзнати.

---

<sup>900</sup> Погледати Biondi Stefano, Commentary: Access to medical-assisted reproduction and PGD in Italian Law: A deadly blow to an illiberal statute? *Medical Law Review* (2013): 21, 479.

<sup>901</sup> *Evans v The United Kingdom*, Application No. 6339/05, Merits, 10 April 2007.

<sup>902</sup> Погледати Morris Anne and Nott Sue, Rights and responsibilities: contested parenthood, *Journal of Social Welfare & Family Law* (2009): 31(1), 5.

<sup>903</sup> Погледати Lind Craig, *Evans v The United Kingdom - judgments of Solomon: power, gender and procreation*, *Child and Family Law Quarterly*, (2006): 18(4), 588.

Подноситељици представке су потом уклоњени јајници. Било је потребно да прођу двије године након завршене операције да би се поступак вјештачке оплодње наставио. Али се то није десило јер се пар развео и господин Еванс је повукао свој пристанак на поступак. Апсолутна моћ вета у преимплататион фази, ствара сукоб између права странке да се не репродукује и жеље друге стране да добије генетски повезано потомство. У овом случају Суд је испитао да ли законске одредбе, како су примјењене у овом случају, супостављају правичну равнотежу између супротстављених јавних и приватних интереса.<sup>904</sup> У овом случају је Велико вијеће разликовало двије врсте родитељства (генетско и социолошко). Како је Велико вијеће навело, у срцу сукоба између подносиатељице пријаве и њеног бившег партнера, је несклад у врстама родитељства које су жељели да остваре.<sup>905</sup> Подносиатељица захтјева, са једне стране, је жељела да буде генетски родитељ, она није тврдила да не може да постане мајка усвајањем или кроз донацију ембриона. Насупрот томе, њен бивши партнер није желио да постане генетски родитељ, јер се није могао одрећи своје законске и друштвене обавезе родитељства.<sup>906</sup> Што се тиче тог сукоба Суд је сматрао да праву подносиоца представке да постане родитељ, у генетском смислу, треба дати већу тежину од партнеровог права да нема генетски повезано дијете са њом. Контроверзан истовјетан третман неистовјетних странака.<sup>907</sup> Подносиатељица захтева и њен бивши партнер су можда једнаки у друштвеном, али сигурно не у биолошком смислу. Све судске инстанце нису успјеле да препознају такве природне разлике међу странкама.

## 2.2. Овлашћења странака

Што се тиче капацитета укључених страна, може се закључити да је модел, који признаје да странке имају једнак статус све до тачке преноса ембриона, пружа адекватнију заштиту права из члана 8., жени која природно зачне у поређењу са женом која је оплођена у лабораторији. У случају потпомогнуте репродукције, мушкарац је овлашћен да повуче свој пристанак јер његов партнер има идентична овлашћења. Овај концепт једнаке дистрибуције се не примењује у случају природног зачећа. Када је трудноћа резултат сексуалног односа, права из члана 8. жене имају предност над правима мушкарца из истог

---

<sup>904</sup> *Evans v The United Kingdom*, Application No. 6339/05, Merits, 10 April 2007.

<sup>905</sup> *Ibid.* 73.

<sup>906</sup> Погледати Morris Caroline, *Evans v The United Kingdom: Paradigms of Parenting*, *The Modern Law Review* (2007): 70(6), 997-999.

<sup>907</sup> For further discussion refer to Ford Mary, *Evans v The United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?* *Human Rights Law Review* (2008): 8(1), 180.

члана.<sup>908</sup> Положај мушкараца и жена тешко може бити истовјетан када су концепција и трудноћа у питању.<sup>909</sup> Углавном, због женске способност да зачне, гестира и да се породи, што нема мушку паралелу. Према неким, јединствена веза коју трудноћа успоставља и оправдава, обично већу, контролу коју жена има над репродукцијом, а која недостаје у овом предмету.<sup>910</sup> У том смислу, постоје мишљења да су практична оправдања на основу којих је жени дата искључива надлежност за доношење одлука у судбину ембриона, који су били неспорни у односу на *in vivo* ембрионе, више нису релевантна у случају потпомогнуте репродукције.<sup>911</sup> У случају природне оплодње, овлашћење мајке да опозове свој пристанак на трудноћу (који можда никада није ни постојао), и да је прекине, није апсолутно гарантован људским правима. Да би се овај чин легитимисао, потребно је да се испуне одређени услови. Сходно томе, репродуктивна овлашћења мајке у погледу извршења абортуса не проистичу из неког њеног права из Конвенције, док репродуктивна овлашћења оца у погледу *in vitro* ембриодеструкције проистичу.

У том смислу, Суд не настоји прецизно оправдати како и зашто, на основу права из Конвенције, природно оплођена жена треба да ужива већа права него вјештачки оплођена жена.<sup>912</sup> У случају *Evans*, Суд је сматрао да је разлика у третману настала из различитих начина на који се постиже зачеће код плодне (кроз задовољство сексуалног односа) и неплодне (кроз болну и ризичну жетву јајних ћелија) жене.<sup>913</sup> У том смислу, исти фактори који су оправдавали мијешање у права из члана 8. оправдали су изгледно дискриминаторско поступање према женама у различитим ситуацијама. Можда је недостатак трудноће у предметној фази репродукције<sup>914</sup> основ за пружање различитог обима права. Међутим, Суд се није позвао на овакве основе, те је на тај начин избјегао обавезу да образложи такве резоне.

---

<sup>908</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980. *R.H. v Norway*, Application No. 17004/90, Decision of 19 May 1992 para 170. Погледати also *Brüggemann and Scheuten v Germany*, Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, DR 10, 100.

<sup>909</sup> Погледати Sheldon Sally, Gender Equality and Reproductive Decision-Making, *Feminist Legal Studies* (2004): 12, 303.

<sup>910</sup> *Ibid.* 312.

<sup>911</sup> Jackson Emily, Degendering reproduction? *Medical Law Review*, (2008): 16, 350.

<sup>912</sup> Ford Mary, *Evans v The United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?* *Human Rights Law Review* (2008): 8(1), 180.

<sup>913</sup> Lind Craig, *Evans v The United Kingdom - judgments of Solomon: power, gender and procreation*, *Child and Family Law Quarterly*, (2006): 18(4), 582.

<sup>914</sup> For further discussion on the issue of gestational importance refer to Samuels Alec, *The Surrogate Child: Who is his or her Mother and Who is the Father?* (2000): 68 *Medico-Legal Journal*, 65.



Овде је интересантно указати на то да закон Уједињеног Краљевства прави разлику између ембриона створених на различите начине вјештачки потпомогнуте репродукције,<sup>915</sup> али и репродуктивних овлашћења мајки. Ако је ембрион вјештачки створен у тијелу жене, а затим уклоњен посебном техником ради генетског дијагностиковања, или чак ради усадње у другог примаоца, само је женина воља у погледу судбине таквог ембриона релевантна. Другим ријечима, само права или интереси жене ће бити од утицаја на права и интересе ембриона. Мушкарац донатор није овлашћен да повуче своју сагласност, и његова права и интереси се не узимају у обзир, као што је то случај код природног зачећа.

С друге стране, права оца који оплоди мајку у лабораторији из члан 8. су заштићена у већем обиму у поређењу са оцем који то учини негдје друго. Парадоксално, ако мушкарац случајно, током сексуалног односа, постане отац дјетета, он је ускраћен нивоа контроле над његовим рађењем који има када намјерно учествује у поступку вјештачке прокреације.<sup>916</sup> У односу на природну оплодњу закон који не штити његове жеље, нити његову неспремност да постане отац има значај са становишта људских права, код асистираних репродукције, међутим, он се третира другачије.

Што се тиче капацитета странака, рјешење усвојено у Великој Британији је афирмативно према праву да се не репродукује, вјероватно не због резона да је мање штетно спријечити рођење дјетета него да се наметне родитељство невољном појединцу.<sup>917</sup> Чини се да се такав приступ националне законске регулативе уклапа у претходно описану „рестриктивну“ дискрецију државе коју ужива у питањима која су од значаја за постојање или идентитет појединца (као што је избор да постане генетски родитељ).<sup>918</sup> Став Суда је, у том погледу, да су социјални аспекти родитељства претежнији од права на поштовање одлуке да се постане генетски родитељ. У својој сљедећој судској пракси, Суд је истакао да је добробит дјетета претежнија над биолошким аспектима родитељства.<sup>919</sup>

---

<sup>915</sup>Following analysis of The United Kingdom law was taken from Ford Mary, *Evans v The United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?* *Human Rights Law Review* (2008): 8(1), 182.

<sup>916</sup>Lind Craig, *Evans v The United Kingdom - judgments of Solomon: power, gender and procreation*, *Child and Family Law Quarterly*, (2006): 18(4), 590.

<sup>917</sup> Погледати Morris Anne and Nott Sue, *Rights and responsibilities: contested parenthood*, *Journal of Social Welfare & Family Law* (2009): 31(1), 5.

<sup>918</sup> *Dickson v The United Kingdom*, Application No. 44362/04, Merits, 4 December 2007 para 78.

<sup>919</sup> Refer to *A.L. v Poland*, Application No. 28609/08, Merits, 18 February 2014.

### 2.3. Повлачење сагласности

Имајући у виду, значај интереса у питању, питање повлачења сагласности треба посматрати у симетрији са абортусом.<sup>920</sup> Због тога, потребно је упоредити однос Конвенције према та два питања.

Што се тиче абортуса, институције Конвенције су га оправдавале када се врши у почетној фази трудноће, због заштите права других странака у складу са чланом 8. став 2. Сходно томе, право на приватност, не даје апсолутну заштиту слободи мајке да прекине трудноћу.<sup>921</sup> Право жене на поштовање приватног живота се мора измјерити у односу на друга конкурентска права и слобода заинтересованих, укључујући и она од нерођеног дјетета.<sup>922</sup> Стога, према регионалним људским правима, абортус није заснован на праву. У најбољем случају, то је "могућност" када се испуне одређени предуслови.<sup>923</sup>

Насупрот томе, повлачење сагласности је засновано на праву из Конвенције. У релевантној судској пракси Суд није засновао своју пресуду на ванредним околностима наведеним у ставу 2 члана 8. како би оправдао повлачење сагласности. Ово снабдјева странке, које су заједно подвргнуте третману, овлашћењем да повуку свој пристанак из било ког разлога. Суд је у случају *Evans* успоставио правило према којем "приватни живот", обухвата елементе као што је право на поштовање одлуке да се има или да се нема дијете. Повлачење сагласност је инструмент за остваривање права да се нема дијете.

### 3. ПРИКАЗ СУДСКОГ ПРИСТУПА ИЗАЗОВИМА ПРВОГ И ДРУГОГ ДОБА

Суд је препознао да вјештачки створени ембриони почињу да примају извјесну заштиту у свјетлу научног напретка и могућих посљедица које могу да настану из истраживања у области генетског инжењеринга, медицински потпомогнуте оплодње или експериментисања на ембрионима.<sup>924</sup> Међутим, Суд је пропустио да одреди врсту и обим

---

<sup>920</sup> Погледати Sheldon Sally, Gender Equality and Reproductive Decision-Making, *Feminist Legal Studies* (2004): 12, 312.

<sup>921</sup> Walter Kälin, Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (Oxford: Oxford University Press 2009), 295.

<sup>922</sup> *Tysiqc v Poland*, Application No. 5410/03 Merits, 20 March 2007, para 106, and *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 76, 80 and 82, *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010 para 231

<sup>923</sup> Погледати Prialux Nicolette, Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive 'Rights' and the Intriguing Case of *Tysiqc v. Poland* *European Journal of Health Law* (2008): 15, 373.

<sup>924</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 84.

њихових заштићених права.<sup>925</sup> Треба напоменути да национални закони, као што су италијански,<sup>926</sup> њемачки, аустријски, белгијски, ирски, холандски<sup>927</sup> и Велике Британије, препознају потребу за заштитом таквих ембриона (неки од њих темеље ову потребу на дигнитету чланова људске врсте).

Међутим, за пренатални живот имплантација подразумјева трансформацију од не-заштићеног објекта у субјекат заштите са подразумјеваним ограничењима права из Конвенције. Очигледно, Суд сматра да је оплодња завршена на тачки када се ембрион имплантира (еквивалент нидицији) у тијело жене. На овај начин, одбачене су све потенцијалне могућности унапређења заштите *in vitro* ембриона које проистичу из њиховог структурног положаја. Треба истаћи да имплантација доводи до промјене стања женског тијела; то није тачка на којој је нови индивидуални члан наше врсте настао. Стога, не видим зашто имплантација утиче, или прецизније одлучујуће утиче на његов морални и правни статус. Међутим, најпроблематичнији аспект пресуде Суда је пропуст да објасни на којим начелима Конвенције је направио овако оштру разлику између статуса пренаталног живота у зависности од начина њеног настанка и његове локације. Локацијски значај, такође, игра улогу у разним аспектима природног зачећа. Наведени обим подразумјеваних ограничења зависи од боравишта мајке јер обим заштите нерођеног живота спада у надлежност држава. Логично, интереси *in vitro* ембриона не могу да дођу у ултимативан и нерјешив сукоб са интересима било којег родитеља. Овде долазимо до још једног парадокса судског приступа. У питањима прве ере, заштита интереса и права нерођеног живота се ограничавају конкурентским правима и слободама релевантних лица, а сада, када конкурентска права ниједне странке не могу доћи у конфликт са интересима и правима пренаталног живота, његови интереси су потпуно занемарени. Што се тиче онога што зовемо изазови другог доба у које се предметно питање убраја, Скот указује на развој заштите пренаталног живота "без промјене постојеће правне равнотеже између интереса труднице и фетуса".<sup>928</sup> Према његовим ријечима, то би се могло постићи без признавања статуса носиоца права пренаталном животу, али кроз препознавање његових интереса.

---

<sup>925</sup> *Costa & Pavan v Italy*, Application No. 54270/10, Merits, 28 August 2012, *Knecht v Romania*, Application No. 10048/10, Merits, 02 October 2012; *Evans v The United Kingdom*, Application No. 6339/05, Merits, 10 April 2007.

<sup>926</sup> Погледати Biondi Stefano, Commentary: Access to medical-assisted reproduction and PGD in Italian Law: A deadly blow to an illiberal statute? *Medical Law Review* (2013): 21, 479-480.

<sup>927</sup> Dorscheidt Jozef, Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection, (2010): 17, *European Journal of Health Law*, 444.

<sup>928</sup> Rosamund Scott, The English Fetus and the Right to Life, *European Journal of Health Law* (2004): 11, 2004.

Може се сматрати да је заштита од *in vitro* ембриона у потпуности искључена због њихове локације. Стога, умјесто да афирмативно искористи прилику коју нуде нове репродуктивне технологије за неутралисање просторног значаја у заштити права на живот, Суд је додао још једну локацијску одредницу.

До сада, у складу са принципом ограничене интерпретације и обимне примјене доктрине о слободној процјени, Суд је потпуно немаран у погледу права и интереса *in vitro* створених чланова људске расе. Суд је дао претежност неконкурентским правима и интересима других странака.<sup>929</sup> Стога, иако је препозната потреба да се прошири уобичајено значење права на живот у свјетлу развоја у биомедицини, Суд је пропустио да то учини. Суд одржава питања из изазова првог доба актуелним без давања адекватних објашњења да ли кретања у области биомедицине утичу на њих. Осим тога, судским приступом су нарушени баланси који су раније успостављени кроз судску праксу која се тичала питања из области прве ере, без покушаја Суда да такав свој приступ заснује на правима из Конвенције.

#### **4. АЛТЕРНАТИВА СУДСКОМ ПРИСТУПУ ИЗАЗОВИМА ДРУГОГ ДОБА**

Доступна алтернатива представљеном судском приступу, такође, се дотиче области у којима је мало заједничког међу државама чланицама Савјета Европе. Алтернативан одговор на дилему на којој тачки живот почиње да буде правно битан, може се пронаћи у двијема теоријама, које се баве почетком живота у правним оквирима. Прва теорија предлаже тренутак рођења као одлучујући за заштиту, док други заговара зачеће као основу за почетак заштите права на живота. Ниједна од предложених теорија није прихваћена у оригиналној верзији.

Према првој теорији, свака врста заштите човјека треба да почне по рођењу. Може се сматрати да ова теорија пружа привидну правну сигурност, јер она не рјешава потенцијалне конфликте, она их само игнорише. Осим тога, примјена ове теорије је проблематична према Конвенцији, нарочито у каснијим фазама трудноће. Што се тиче питања другог доба, ова теорија није у складу са регионалним правним стандардима који признају пренаталном животу статус имаоца достојанства, нити са регионалном тенденцијама у том смислу.

---

<sup>929</sup> Погледати *Costa & Pavan v. Italy*, Application No. 54270/10 Merits, from 28 August 2012, *Knecht v. Romania*, Application No. 10048/10, Merits, 02 October 2012.

Друга предложена теорија је ближа регионалној пракси и успостављеним стандардима у области људских права. У односу на другу теорију, Суд је модификовао њене елементарне поставке када је претпоставио да је концепција завршена када дође до трансфера ембриона. Од тренутка када вјештачки створени ембриони заузму исти простор као природно настали, њихов статус се изједначава у сваком погледу. Међутим, тачка ембрио трансфера није тачка у којој нови члан људске расе настаје. Сходно томе, прије него што се трансфер догоди *in vitro* ембриони нису једнаки онима *in vivo*, што је морално и правно неодржива ситуација.

У сљедећем разматрању ћу истражити које би биле последице да је Суд прихватио елементарну претпоставку теорије зачећа која је прихваћена у законодавствима која се ослањају на модел природне концепције. Према овом моделу, концепција је завршена када је дошло фертилизације, другим ријечима, у тренутку када су спојена језгра ћелија или када је ћелијско језгро из зреле људске ћелије пресађено у неоплођене јајнике људског поријекла. Сагледаћемо какви су ефекти овог модела на капацитет учесника у третману вјештачке репродукције, правну природу повлачења сагласности, родитељство и статус ембриона.

#### **4.1. Ефекти на капацитет странака**

Чини се да приступ Суда највише погађа рањиве странке у поступку вјештачке оплодње. Главни приговор на приступ Суда је у једнаком поступању са неједнаким странкама.<sup>930</sup> Суд није успио да приступи веома осетљивим односима у репродуктивној сфери у складу са природом. Жена и њен бивши партнер су вјероватно једнаки у социолошком смислу, али сигурно не и у биолошком. Док сперма може бити замрзнута и успјешно се користи касније, то није случај са јајним ћелијама које жена више није у стању да произведе. Све судске инстанце нису успјеле да препознају и да адекватно размотре такве природне разлике. С друге стране, да је Суд прихватио модел природног зачећа, онда би се добро успостављени односи између капацитета странака у репродуктивној сфери морали проширити на овај нови облик репродукције. Тако би се избјегао другачији третман једнаких страна (између природно и вјештачки оплођене жене, и између очева који оплоде мајке на различите начине), такође избјегло би се једнако поступање према неједнаким странкама (неплодне жене и плодног мушкарца).

---

<sup>930</sup> Also refer to Ford Mary, *Evans v The United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?* *Human Rights Law Review* (2008): 8(1), 180.

Предложени модел правилно опслужује "приватни и породични живот", који у том случају укључује и право на поштовање одлуке да се постане генетски родитељ.<sup>931</sup>

То је чак у складу са особинама вјештачке репродукције које омогућавају раздвајање генетског и социолошког родитељства. Иако Велико вијеће разликује више врста родитељстава и пружа појашњење које су врсте родитељства својствене новим репродуктивним технологијама, Суд није успио да одговори на новонасталу правну последицу чињенице да се питање "ко је отац" сада може разложити на низ ужих питања.<sup>932</sup> Занимљиво је напоменути да упоредно право нуди модел за признавање материнства комисионе мајке у раној фази трудноће.<sup>933</sup> Овај приступ би, такође, требао узети у обзир од стране националних законодаваца, посебно имајући у виду, да овај модел пружа већу заштиту за дијете. Тренутно, сама биологија није више пресудна за социолошке аспекте очинства,<sup>934</sup> а питање је и да ли су овлашћења генетског оца таква да могу да буду претежнија над социјолошким аспектима, само на основу његове биолошке повезаности.

Шансе за мајку у позицији у којој је била *Evans*, да добије своје ембрионе су знатно изгледније ако се уда, узимајући у обзир родитељска права и обавезе генетског оца.<sup>935</sup> Према правном окружењу у Европи, било би довољно да нови партнер прихвати очинство над претходно креираном дјетету које није генетски повезано са њим.<sup>936</sup> Што се тиче разлика у третману странака, који очигледно не може бити заснован на Конвенцији, положај Врховног суда Израела *Nachmani v Nachmani* (50(4) P.D. 661 (Israel), може да

---

<sup>931</sup> Погледати *E.L.H. and B.H. v The United Kingdom*, No. s. 32094/96 and 32568/96, Commission decision of 22 October 1997, DR 91-A, 61; *Kalashnikov v Russia*, Application No. 47095/99 Merits, 15 July 2002; *Aliev v Ukraine*, Application No. 41220/98, Merits, 29 April 2003; and *Evans v The United Kingdom*, Application No. 6339/05, Merits, 10 April 2007, 71-72.

<sup>932</sup> Погледати Sheldon Sally, Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies, *The Modern Law Review* (2005): 68(4), 530.

<sup>933</sup> For details of so-called Californian model refer to D'alton-Harrison Rita, Mater Semper Incertus est: Who's Your Mummy? *Medical Law Review* (2014), 0: 0, 24-26.

<sup>934</sup> For review of national case law in The United Kingdom in event when former partner claims for legal order Погледати *Re R (Contact: HFEA)*, *ibid*, *Re D (Contact: Human Fertilisation and Embryology Act 1990)*, [2001] 1 FLR 972 (B's appeal on the issue of contact); *Re R (A Child)*, (*IVE: Paternity of Child*), [2003] EWCA 182 (D's appeal on the issue of paternity), In *Re D (A Child Appearing by Her Guardian ad Litem)*, (Respondent), [2005] UKHL 33 (D's appeal to the House of Lords on the Court of Appeal's ruling on Paternity).

<sup>935</sup> For discussion on implications of same-sex relations on motherhood and parenting in general refer to Zanghellini Aleardo, Lesbian and Gay Parents and Reproductive Technologies: The 2008 Australian and UK Reforms, *Feminist Legal Studies* (2010): 18 227–251. For review on problems arose out of enabling single and same-sex parenting refer to Pattinson D. Shaun, The value of bodily material: Acquiring and allocating Human Gametes, *Medical Law Review* (2012): 20.

<sup>936</sup> For discussion on many concerning questions to this refer to Sheldon Sally, Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies, *The Modern Law Review* (2005): 68(4), 523-524.

обезбједи рјешавајући приступ. Овом приликом је закључено да муж (који је прошао кроз поступак) не може повући свој пристанак да има дијете, ништа више у односу на човјека који је оплодио женску јајну ћелију сексуалним путем. На овај начин, елиминишу се сви потенцијални приговори о дискриминацији. Изједначавање позиција очева, у погледу иреверзибилности сагласности, може бити једини одговарајући модел за елиминацију присутних разлика у третману странака, јер алтернатива овоме је овлашћивање оца да интервенише у физички интегритет мајке давањем за право да захтева абортус.<sup>937</sup> Ипак, предложени модел не искључује оца из процеса одлучивања у области вјештачке репродукције. Ако би он био у стању да докаже да ће га рођење заједнички створеног *in vitro* ембриона ставити у тешку животну ситуацију, или да ће се дијете родити са стањем такве тежине да ће угрозити његово физичко или ментално здравље, нема разлога према Конвенцији да му се ускрати право да повуче своју сагласност у оним јурисдикцијама које препознају наведене разлоге као основе за абортус.

Све примедбе на судски приступ би биле неутралисане да је Суд је узео у обзир реверзибилност посљедица које пријете било којој странки када се одлучује о конкурентским правима из члана 8. Тест реверзибилности, којим би се утврђивало да ли је повлачење сагласност у складу са људским правима зависно од тога да ли би било која страна претрпела иреверзибилне посљедице, могао би представљати успјешан компромис између заузетог судског становишта и предложеног модела. У области питања прве ере, институције Конвенције дале су женама већу контролу над репродукцијом, јер их се трудноћа и њен наставак, или престанак, највише тиче.<sup>938</sup> Сходно томе, приликом тумачења права потенцијалног оца из члана 8. Конвенције треба, прије свега, узети у обзир да ли је ће мајка бити погођена било којим иреверзибилним биолошким посљедицама у случају очевог повлачења сагласности. Националне специфичности у регулисању повлачења сагласности се, такође, могу превазићи на овај начин. Такође, отац који би могао да се суочи са сличним биолошким посљедицама био би у стању да спријечи жену да повуче сагласност која би подразумевјевала уништење ембриона. То не значи да би отац могао да је натјера да се подвргне инвазивној медицинској процедури и изнесе њихове ембрионе, али значи да би имао могућност да их изнесе други вољни

---

<sup>937</sup> Погледати Žnidaršič Skubic Viktorija, The issue of consent in bio-medically assisted reproduction procedures (the case of “Evans v The United Kingdom”), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, (2008), 58:5, 1154 at 1155.

<sup>938</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002. Also in the *R.H. v Norway*, Application No. 17004/90, Decision 19 May 1992, para. 4.

примаоц. Ово би била права и оправдана употреба предности доступних путем вјештачке оплодње. Овим тестом се, такође, може дати задовољавајући одговор на евентуалне захтјеве других учесника у третману. Ако је ембрион креиран помоћу генетског материјала четири особе, од којих су рецимо три у позицији као што је била *Evans*, према предложеном моделу и пратећем тесту, повлачење сагласности не би било на располагању преосталој странки.

Тakoђе, предложени модел пружа већу заштиту ембриона и њихових права против мјешања трећих лица. На пример, ако лабораторија незаконито уништи ембрионе, родитељи би били овлашћени да траже заштиту пред Судом, било својих права, било права ембриона, или и једно и друго. Напротив, према моделу који је уведен од стране Суда, родитељи су сада у стању да у таквој ситуацији траже само заштиту својих интереса. Али ако им лабораторија у току спора понуди бесплатно други третман, или друге ембрионе у замјену, родитељи не би имали изгледе у таквом спору.<sup>939</sup> Ако се уништавање ембриона не би могло приписати лабораторији, лице одговорно за њихово уништење у већини европских јурисдикција не би било одговорно ни за какво кривично дјело.<sup>940</sup>

#### 4.2. Ефекти на правну природу повлачења сагласности

У односу на правну природу повлачења сагласности, модел природног зачећа га изједначава са природом која је одређена абортусу, што уводи захтјев за постојањем легитимишућих разлога за предузимање ове радње. Као што смо видјели, повлачење сагласности је регулисано различитим приступима у националним законодавствима.<sup>941</sup> Постоје јурисдикције које признају право на свакој страни да слободно повуче свој пристанак у било којој фази до тренутка имплантације ембриона у жену. У другим правним системима, у одсуству изричите несагласности пара, жена има право да настави са третманом без обзира на смрт њеног партнера или развод. Други правни поретци уводе идеју да мушкарац може опозвати свој пристанак само до тренутка фертилизације, иза којег жена самостално одлучује да ли ће и када наставити са третманом. У овој групи

---

<sup>939</sup> Погледати *Knecht v. Romania*, Application No. 10048/10, Merits, 02 October 2012.

<sup>940</sup> Legislation of the most States does not extend offence of unintentional homicide even to the foetus regardless of its gestational stage, Погледати *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 41. Since there is no harm to woman, he or she is not liable for any other harm, Погледати German *Strafgesetzbuch* 10, 291; 31, 348; 32, 194.

<sup>941</sup> For comparative law review refer to *Evans* case 39-50



законодавстава су и оне јурисдикције у којима мушкарац има право да опозове своју сагласност само када је ожењен и живи са том женом.

Очигледно, не постоји заједничка карактеристика међу свим државама чланицама Савјета Европе ни у том погледу. Али регионални стандарди у вези са абортусом пружају више правне сигурности укљученим лицима у поређењу са регионалним приступом повлачењу пристанка. Што се абортуса тиче, јасно је која је то странка, и на основу чега је овлашћена да се одлучи за абортус. Будући да абортус спада у дјелокруг члана 8. обе стране, може се сматрати да су регионални стандарди увели коректну равнотежу између њихових интереса. Они не искључују оца из процеса одлучивања, али је његов капацитет ограничен заштитом легитимних интереса друге странке (што је у сагласности са чланом 8. став 2.). Легитимишући основ повлачења сагласности, који је садржан у члану 8, идеја је да "приватни живот" обухвата елементе као што је право на поштовање одлуке, и да се има, и да се нема дијете. Други, убједљиви разлози морају да се захтјевају да би се оправдало повлачење сагласности од обичне одлуке да се нема дијете. Легитимишући разлог за повлачење сагласности, с обзиром шта све вјештачка оплодна укључује, треба да буде изузетан, незаснован на праву из Конвенције. Најмање једнаке услове би требало испунити како и за легитимизацију абортуса. Природа повлачења сагласности морају бити ограничена на право странке да се уздрже од даљег ангажовања у третману. Повлачење сагласности не може значити уништење *in vitro* ембриона, као што абортус не значи право да се убије фетус. Према мишљењу Суда, бившем мушком партнеру је дато овлашћење да спријечи мајку да користи заједнички креиране ембрионе на основу чињенице да се он није могао одрећи својих законских и друштвених обавеза родитељства. Не постоје, међутим, јасне основе у Конвенцији које оправдавају овакво поимање. Сама претња од одговорности не може да се уклопи под основ према Конвенцијом. Ако оцу није дато овлашћење да захтјева прекид трудноће након развода, на основу чињенице да се не може одрећи родитељских права и обавеза, онда не би требао да има право да повуче сагласност из истих разлога. Овај предложени модел намеће већу одговорност и даје више правне сигурности учесницима у поступку.<sup>942</sup>

---

<sup>942</sup> Importance of the protection of legal certainty and finality of family relations were elaborated in *Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, Series A no. 87 § 41; *mutatis mutandis*, *Mizzi v Malta*, Application No. 26111/02, ECHR 2006-I (extracts, para 88; *Paulik v Slovakia*, Application No. 10699/05, ECHR 2006-XI (extracts), para 44; *Phinikaridou v Cyprus*, Application No. 23890/02, Merits, 20 December 2007 para 51; *Wulff v Denmark*, Application No. 35016/07, Merits, 9 March 2010 and *A.L. v Poland*, Application No. 28609/08, Merits, 18 February 2014.

### 4.3. Ефекти на конвенцијски статус пренаталног живота

С обзиром да поступак, ако успије, доведе до рођења дјетета, његову/њену добробит такође треба узети у обзир. Што се тиче конвенцијског статуса пренаталног живота, предложени модел је повољнији за интересе дјетета и универзалним гаранцијама људских права. Овај приступ ограничава разлоге за њихово уништавање, што им заузврат пружа више шансе да се достигне рођење. Изнад свега, врховни циљ свих акција, које се тичу дјете, треба да буде њихови најбољи интереси, како се наводи у Конвенцији о правима дјетета.<sup>943</sup> У свјетлу универзалних инструмената о људским правима, најбољи интерес дјетета обухвата "одговарајућу правну заштиту, како прије тако и после рођења."<sup>944</sup> Суд је нагласио да власти, када развијају и примјењују политике, требају добробит дјетета усвојити као ствар принципа са: „зачеће дјетета је овим обухваћено“.<sup>945</sup> Овај став Суда произилази из претходних ставова да држава има позитивну обавезу да обезбједи ефикасну заштиту дјете.<sup>946</sup>

С друге стране, неки сматрају да је добробит дјетета у овом контексту била један од одлучујућих фактора за судску одлуку у случају *Evans*.<sup>947</sup> Ова позиција можда има ефектна на националном нивоу, јер "рјешење усвојено у Великој Британији је афирмативно према праву да се не репродукује, вјероватно због резона да је мање штетно спријечити рођење дјетета, него да се наметне родитељство невољном појединцу."<sup>948</sup> Али, проширење овог приступа на регионални ниво представљало би несрећни паралелизам између "добробити дјетета" и "боље да никада нису постојали" из "разлога благостања", како је то дефинисано у питањима прве ере. Симетрија тих одредби је у чињеници да се оба заснивају на социјалним параметрима, а како резултат дају престанак живота. Али, за разлику од "разлога благостања", који служе интересима мајке, "добробит дјетета" као што је схваћен у случају *Evans* је, у ствари, повољнији за интересе трећих странака, него за интересе мајке, или самог дјетета. Било би тешко тврдити да је пука друштвена

<sup>943</sup> Погледати Article 3, available at <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/PPs/CRC.aspx>.

<sup>944</sup> Погледати preamble of Convention of the Rights of child, available at <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/PPs/CRC.aspx>.

<sup>945</sup> *Dickson v. The United Kingdom*, Application No. 44362/04, Merits, 4 December 2007 para 76.

<sup>946</sup> *L.C.B. v. The United Kingdom*, 9 June 1998, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III; *Osman v The United Kingdom* Application No. 87/1997/871/1083, Merits, 20 October 1998 para. 115-16, *Reports* 1998-VIII; and *Z and Others v. The United Kingdom* [GC], no. 29392/95, § 73, ECHR 2001-V.

<sup>947</sup> Ford Mary, *Evans v The United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy?* *Human Rights Law Review* (2008): 8(1), 180, and Morris Caroline, *Evans v The United Kingdom: Paradigms of Parenting*, *The Modern Law Review* (2007): 70(6), 1001.

<sup>948</sup> Погледати Morris Anne and Nott Sue, *Rights and responsibilities: contested parenthood*, *Journal of Social Welfare & Family Law* (2009): 31(1), 5.

субординираност легитиман основ за прекид живот. Мало ко би имао жељу да буде изложен таквој пажљивости. Добробит дјетета би било боље схватити у смислу права на достојанствено постојање, а не као основ за непостојање. Модел природног зачећа захтјева много јаче разлоге за спрјечавање постојања, развоја и рађања *in vitro* ембриона него што је то нечија неспремност да се настави са медицинским третманом након којег ће настати обавезе. Истовремено, овај модел не присиљава никога да настави, јер нико није незамјенљив. Из тога слиједи да би локацијски значај за заштиту права из Конвенције у изазовима другог доба био елиминисан.

#### 4.4. Опажања

Да је Суд прихватио приступ који нуди модел природног зачећа, последице би биле знатно ближа одлука претходно примењеним принципима и уведеним балансима капацитета странака. Модел природног зачећа изједначава повлачење сагласности са абортусом. Повлачење сагласност и абортус могу се оправдати само јаким легитимишућим разлозима, јер оба чина представљају мијешање у нечија људска права. Будући да није могуће направити разлику између абортуса и повлачења сагласности у том погледу, не постоје ни разлози према Конвенцији који нису оправдали различит статус ових аката. Повлачење сагласности недвосмислено се дотиче гаранција из члана 8. Суд је одобрио једнак капацитет за обе стране у репродуктивној сфери, иако су странке у различитим позицијама. С друге стране, модел природног зачећа предвиђа примјену баланса, уз одређене корекције на основу нових достигнућа које су повољније за интересе обе стране. Овај модел не искључује оца из процеса одлучивања, али је његов капацитет ограничен на заштиту легитимних интереса мајке у сагласности са чланом 8. став 2. Сам развод или раскид не даје оцу овлашћење да захтјева абортус на основу чињенице да се он не може ослободити родитељских права и обавеза, а самим тим такви разлози не би требало да буду релевантни за легитимизацију повлачења сагласности. С друге стране, ако би он био у стању да докаже да ће га рођење заједнички створеног *in vitro* ембриона ставити у тешку животну ситуацију, или да ће се дијете родити са стањем такве тежине да ће угрозити његово физичко или ментално здравље, нема разлога према Конвенцији да му се ускрати право да повуче своју сагласност у оним јурисдикцијама које препознају наведене разлоге као основе за абортус. Овај модел би обезбједио правилну равноправност међу странкама, јер мајка може да повуче своју сагласност на истим основама. Због тога, легитимишући разлози за повлачење сагласности према предложеном

моделу били би изузетни. Повлачење сагласности не би било засновано на праву из Конвенције, и једнаки разлози за повлачење из поступка би били доступни обема странама. На тај начин, Суд би избјегао неједнако поступање са једнаким странама (природно и вјештачки оплођена мајке и између очева који оплоде мајке на различите начине) као и једнако третирање неједнаких странки (неплодне жене и плодног мушкарца).

Не би било ништа Конвенцији да спријечи Суд да допуни предложени модел са тестом реверзибилности. Према овом тесту, повлачење сагласност не би било могуће уколико би нека страна била изложена иреверзибилним посљедицама као што је губитак шансе да се има генетски повезано потомство. На овај начин, предложени модел би избјегао наметање рјешења националним законодавствима, али би донио више извјесности странама, као и већу конзистентност у очувању људских права. Предложени модел не присиљава никога да настави са поступком, јер нико није незамјенљив. Национално законодавство би могло и даље да уређује ова питања у складу са националним преференцијама докле год штите основна права странака кроз препознавање извјесних изузетака од општих правила. Овај модел је у складу са различитим националним приступима који раздвајају биолошко од социолошког родитељства. Главни недостатак предложеног модела је у чињеници да се родитељска права и обавезе невољног партнера генетски повезаног са *in vitro* ембрионом не могу одрећи декларацијом. На пример, како би се генетски отац ослободио родитељских права и обавеза, а тиме и легитимних разлога да захтјева уништење ембриона, мајка би морала да буде у таквом правном положају који омогућава да друга особа буде призната као отац према националном закону. Другим ријечима, она треба да буде у браку.

Предложени модел штити права странака међусобно, и у односу на треће стране. Он омогућава доношење јасне правне одлуке у случају када трећа страна уништи *in vitro* ембрионе. Правила, која би се примјењивала су она која се односе на такво поступање према *in vivo* ембрионима, а не правила компензације за штету на имовини. Предложени модел би обезбједио једнакост између ембриона, без обзира на начин на који су створени, или гдје су лоцирани. На овај начин, *in vitro* ембриони не би били апсолутно искључени из заштите права на живот. Такође, овај модел не би утицао на питања првог доба.

## 5. УПОРЕДНОПРАВИ ПРИСТУП НЕКИМ ОД ИЗАЗОВА ДРУГОГ ДОБА

Кроз овај дио рада ће бити представљени приступ изазовима другог доба компаративних правних система.<sup>949</sup> Кратко ће бити представљени правни приступ у САД-у и Израелу. Што се тиче САД-а, област медицински потпомогнуте репродукције није регулисана на савезном нивоу. Неколико држава је увело законе који се односе на повлачење сагласности од стране једне странке. Питање је, дакле, препуштено судовима да утврде како треба рјешити сукобе између странака, те постоји велики број пресуда од стране државних врховних судова који се односе на располагање вјештачки створеним ембрионима. У *Davis v. Davis* (842 S.W.2d 588, 597; Tenn. 1992), Врховни суд Тенесија је сматрао:

"... Спорове који укључују коришћење пре-ембриона, који су производи *in vitro* оплодњом треба рјешити, прво, утврђивањем жеља њихових генетских ствараоца. Ако се њихове жеље не могу утврдити, или ако постоји спор, онда претходни договор о њиховој употреби треба спровести. Ако не постоји претходни споразум, онда релативни интереси странака у коришћењу, или некоришћењу пре-ембриона морају бити одмјерени. Обично, странка која жели да избјегне рађање треба да има предност, под претпоставком да друга страна има разумну могућност постизања родитељства неким другим средствима осим употребом конкретних пре-ембриона. Ако нема других разумних алтернатива, онда треба размотрити аргумент у прилог коришћењу пре-ембриона да се постигне трудноћа. Међутим, ако страна која тражи контролу над пре-ембриона намјерава само да их донира другом пару, страна која улаже приговор очигледно има већи интерес који треба да превлада. Али правило не предвиђају аутоматски увођење вета ... "

У *Kass v. Kass* (98 N.Y. Int. 0049), пар је потписао споразум са клиником који предвиђа да "у случају када ... нисмо у стању да донесемо одлуку о коришћењу наших замрзнутих пре-зигота", ембриони се могу користити за истраживање. Када је пар раскинуо, госпођа *Kass* настојала је да поништи споразум и наставити са имплантацијом.

<sup>949</sup> Marie-Thérèse Meulders-Klein, Vlaardingerbroek Paul and Deech Ruth (eds), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, (Hague: Kluwer Law International), 479 – 578.

Иако је добила у првом степену (суд је сматрао да жена има искључиву контролу над репродукцијом те да тако треба да има коначну ријеч и у области вјештачке препродукције), Апелациони суд у Њујорку је одлучио да је постојећи споразум био довољно јасан и да треба бити испоштован. У *A.Z. v. B.Z.* (2000 431 Mass. 150, 725 N.E.2d 1051) дошло је опет ,од претходног писаног споразума, према којем, у случају раскида, ембриони би били дати жени, која је жељела да настави са третманом насупрот жељама мужа. Међутим, Врховни суд у Масачутесу сматра да договор не би требало да буде извршен због тога што између осталог, ствар је јавне политике да "приморавање на прокреацију није област подложна принудном извршењу". Умјесто тога, "слобода личног избора у питањима брака и породичног живота" треба да превлада. У *.B. v. M.B.* (2001 WL 909294) жена је била та која тражи уништавање ембриона, док их је муж хтио или донирати или сачувати за употребу од стране њега и будућег партнера. Иако су уставни аргументи били на страни супруге, суд је одбио да приступи питању на овај начин, сматрајући да не може бити сигуран да провођење приватног уговора не би прекршило њена права. Умјесто тога, узевши у обзир чињеницу да отац није био стерилан, суд се одређио на поглед заузет у *A.Z. v. B.Z.* (2000 431 Mass. 150, 725 N.E.2d 1051) ослањајући се на резон о јавној политици и наредио да се жеље супруге уобзире. Коначно, у *Litowitz v. Litowitz* (48 P. 3d 261, 271) жена, која је имала дјецу пре него што се подвргла хистеректомији, жељела је да користи ембрионе створене са спермом бившег мужа и донаторских јајних ћелија ради имплантације у сурогат мајку. Бивши муж, међутим, желио је да ембриони буду донирани. У првом степену и по жалби став мужа је превладао, али је 2002. године Врховни суд у Вашингтону одлучио, већином гласова, да приступи контрактуалној анализи и да испоштује споразум између пара и клинике да се ембриони чувају дуже од пет година.

Што се тиче Израела у поменутом *Nachmani v. Nachmani* (50(4) P.D. 661 (Isr)), израелски пар без дјете одлучио је да се подвргне вјештачкој репродукцији и затим уговори сурогат материнство у Калифорнији, јер жена не би могла да изнесе трудноћу до краја. Пар је потписао споразум са сурогат мајком, али не са клиником у погледу располагања ембрионима у случају њиховог раскида. Супруги је издвојено последњих једанаест јаја, која су потом оплођена спермом мужа. Пар се затим раздвојио, прије него што су ембриони имплантирани у сурогат мајку, а супруг, који је добио дјецу са другом женом, се противио употреби ембриона. Окружни суд је пресудио у корист супруге,

изједначавајући његов капацитет са капацитетом оца који оплоди супругу природним путем. Петочлано судско вијеће Врховног суда поништило је ову одлуку, сматрајући да мушкарац има основно право да не буде приморан да буде родитељ. Врховни суд је разматрао случај у панелу од једанаест судија и одлучио, седам према четири, у корист супруге. Сваки судија је написао издвојено мишљење. Судије су већински утврдиле да су интереси жене, нарочито недостатак алтернативе (иреверзибилност посљедица) да оствари генетско родитељство, претежнији над очевим.

## ГЛАВА II

### ИЗАЗОВИ ДРУГОГ ДОБА И ДИГНИТЕТ ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТА

До данас, практични значај достојанства је безначајан када је суочен са киретом или неким другим примитивним алатом. Безначајност је заједничка одлика цивилизацијских тековина када су суочене са примитивизмом. Како се алати трансформишу у софистициране инструменте, и примитивизам се артикулише свјесношћу и знањем, значај достојанства се трансформише из теоријског и илузорног у практично и приступачно. С друге стране, очекивања од терапијског и истраживачког потенцијала на вјештачки створеним људским бићима треба узети у обзир. Исто тако, мора се имати у виду да је слобода истраживања, обезбјеђена чланом 13. Повеље о основним правима. Таква слобода, формално гледано, није само научне природе од ступања на снагу Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима из 1966. године, којим се, на основу члана 15. (1) (б) признаје право свих "да уживају у предностима научног напретка и његове примјене."<sup>950</sup> Наведено би требало да подразумјева да свако има право на приступ достигнутим користима под једнаким условима. Нажалост, ова норма не даје никоме апсолутно право да буде лијечен, иако је лијек доступан. Она снабдјева слободу истраживања (у потрази за новим и ефикасним лијековима) ограниченим легитимитетом, јер се не односи на заштиту (свачијем) права појединаца по том основу. Међународно право је увело слободу истраживања, и право свакога да ужива користи од научног напретка и његове примјене, али и са подразумјеваним ограничењима. Може се сматрати да легитимитет истраживања вјероватно постоји, осим ако не постоји

---

<sup>950</sup> For further discussion refer to Muller Amrei, Remarks on the Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications (Article 15(1)(b) ICESCR), *Human Rights Law Review* (2010):10, 765-784.

легитиман разлог за његово ограничење. Што се тиче истраживања на људима (барем у класичном смислу речи `људи`), постоје одређене етичке и законске препреке које аутоматски не искључују истраживања на таквим субјектима. Радије, потребно је да се одређени услови испуне прије предузимања истраживања. На пример, информисани пристанак је један од најважнијих услова. Питање које се поставља овдје је на који начин се тај захтјев може испунити у области истраживања на матичним ћелијама. Идеја водиља Нинбершког кодекса 1947., и Декларације из Хелсинкија 1964. године, од којих су оба основни извора биоетике, је да људска бића не би требало да буду подвргнута научним и медицинским истраживањима без њихове слободне воље и сагласности. Будући да није могуће добити сагласност од тих људи, јурисдикције које омогућавају таква истраживања или истраживања на „вишковима“ ембриона, потребно је да се добије сагласност донатора гамета.<sup>951</sup>

Ово законско рјешење може бити проблематично у неколико аспеката. Будући да ембриони нису ничија својина и да не припадају никоме, тешко ми је да схватим како неко људско биће, ако није пуки објекат, може бити апсолутно конзумиран вољом другог, или тачније, зашто се на те људе посматра као на пуки додатак својих родитеља и сада у 21. вијеку? Да ли је традиционални пропуст, да се препозна личност несличнима додијелио родитељима право својине над *in vitro* ембрионима? Да ли би било нелогично поставити захтјев да донатори гамета такође уживају финансијске користи истраживања на матичним ћелијама на основу њихове `заједничке инвестиције`? Можда одговор на ове дилеме може бити да њихово препознавање као чланова људске врсте, са урођеним потенцијалом да постану личност, још увек не значи да су људи. Због тога, ако неко постане човјек у одређеној фази развоја, то не мора да значи да је и личност. Ако прихватимо ово, више од пуког рођења ће бити потребно за законско признање субјективитета. Такође, не би било разлога да се по основу чињенице да је биће рођени човјек, да му се да исти статус као и осталим људима. С тога, нема препреке да родитељи не добију једнака овлашћења у односу на друга људска бића која су генетски повезана са њима. То би, међутим, представљало два корака назад, прије него прогресиван одговор на нове правне изазове који проистичу из научних достигнућа. Право треба да буде најмање у стању да обезбједи напредне одговоре на нове околности, ако већ не, да постави циљеве

---

<sup>951</sup> Погледати Rosamund Scott, Williams Clare, Ehrich Kathryn and Farsides Bobbie, Donation of 'spare' fresh or frozen embryos to research: Who decides that an embryo is 'spare' and how can we enhance the quality and protect the validity of consent? *Medical Law Review*, doi: 10.1093/medlaw/fws013.



напретка. У супротом постаје препрека развоју. У овом тренутку треба нагласити да су институције Конвенције препознале пренатални живот као аутономан у смислу члана 2. и члана 3. Конвенције, и *in vitro* ембриони су носиоци достојанства у складу са Конвенцијом о биомедицини. Ово би требало да буде полазна тачка у правном регулисању било којег питања у вези пренаталног живота. Даље, аутономија је највиша основна вриједност у цијелом систему људских права и захтјева снажно оправдање за легитимисање било какве повреде. Узимајући у обзир општа правила информисаног пристанка, пристанак родитеља у име пренаталног живота<sup>952</sup> ће бити легитиман само у случају када је истраживање на ембрионима усмјерено на њихову (ембриона) добробит. Још један аспект сагласности који треба да буде испуњени је захтјев да се родитељима обезбједи потпуна и поуздана информација о природи истраживања у којима ће се користити њихови ембриони. У сваком случају, сагласност родитеља, без обзира на квалитет, не може укинути достојанство и одређени морални статус које ембриони уживају према регионални изворима права. Пошто постоје технике за добијање матичних ћелија које би могле бити подржане информисаном сагласношћу компетентних лица, неће бити даље расправе о овом питању.

У области биомедицине, слобода истраживања сукобљава се са правом ембриона које треба заштитити. Поређење овог сукоба са сукобима у области изазова првог доба може се сажети на сљедећи начин. У области питања првог доба, легитимна права других особа (заштита од здравље и/или благостања који су угрожени трудноћом) су у сукобу са признатим, али ограниченим интересима и правима пренаталног живота. У области биомедицине, слобода истраживања, која је уведена неауторитативним нормама, сукоби са правом ембриона да буду заштићени. Аналогија може бити у томе што ни абортус ни истраживање на ембрионалним матичним ћелијама нису засновани на неком праву из корпуса међународног права, а оба подразумевају уништење људског живота. Разлике између абортуса и истраживање на ембрионалним матичним ћелијама се огледају у чињеници да се истраживање не може оправдати заштитом легитимних права других као и то да се људски живот уништава у нижем степену развоја него абортусом (бластоциста,

---

<sup>952</sup> For further discussion refer to Heywood Rob, Parents and medical professionals: Conflict, Cooperation, and best Interests, *Medical Law Review* (2012): 20, 29-44; Stephen Gilmore and Jonathan Herring, "No" is the Hardest Word: Consent and Children's Autonomy, *Child and Family Law Quarterly* (2011): 23, *CF to Cave Emma and Wallbank Julie*, 'Minors' capacity to refuse treatment: A reply to Gilmore and Herring, *Medical Law Review* (2012): 20, pp. 429-438.

која се уништава код издвајања матичних ћелија, се морфолошки и неуролошки веома разликује од фетуса).

За разлику од "никакве улоге" у питањима првог доба, изгледа да је достојанство директно применљиво на претпоставку легитимног истраживања. Стога, даља дискусија би могла да се настави у свјетлу изазовне тезе: достојанство је препрека дехуманизацији. Теза о достојанству као о „брани дехуманизације“ је примијећена од више аутора, али са различитих становишта. У таквим дискусијама, примјена достојанства је квалификована као ограничавајући фактор за напредак биомедицине.<sup>953</sup> У том смислу, достојанство заиста има потенцијал да утврди баријеру у употреби људи у истраживању као пуких објеката,<sup>954</sup> и спријечи истраживања на њима осим оних на њихову сопствену корист. На регионалном нивоу, чланови 16., 17. и 18. Конвенције о биомедицини постављају низ услова за заштиту „предмета“ истраживања,<sup>955</sup> и забрањују стварање ембриона ради употребе у истраживању. Али, Конвенција о биомедицини не објашњава критеријуме за идентификацију ограничења ради заштите људског достојанства.<sup>956</sup> Европска комисија у извјештају *Report on Human Embryonic Stem Cell Research*,<sup>957</sup> признаје да не постоји консензус о томе шта су границе и услови за такво истраживање, а камоли о статусу и заштити која би се требала пружити људском ембриону.<sup>958</sup> Пропусти регионалног приступа овим питањима су довели до многих негативних посљедица.<sup>959</sup> На примјер, ако држава намјерава да обезбједи ширу заштиту за „предмете“ истраживања, ризикује негативне ефекте по свој научни развој (нарушена конкурентнос) јер ће истраживачи једноставно прећи у либералније јурисдикције и наставити са истраживањима тамо. С друге стране, национални законодавни и регулаторни оквири научног истраживања, гдје они постоје, имају своје поријекло у, и подлијежу историјским, политичким и културним специфичностима. Осим тога, легитимност научног истраживања која је додјељена од стране националних законодавстава је ситуационо оријентисана и чешће је производ

---

<sup>953</sup> Погледати Macklin Ruth, Dignity is a Useless Concept, *British Medical Journal* (2003) 1419; Green M. Ronald, *Babies by Design: The Ethics of Genetic Choice* (Yale: Yale University press 2007), 4; Kateb George, *Human Dignity* (Harvard: Harvard University Press 2011) 1-3.

<sup>954</sup> Погледати *Opinion No. 15 of the European Group on Ethics Regarding Ethical Aspects of Human Stem Cell Research and Use*.

<sup>955</sup> This source simultaneously recognizes need for such research for the sake of progress, Погледати Article 13.

<sup>956</sup> Chapman Audrey, Human Dignity, Bioethics, and Human Rights (2011):3, *Amsterdam Law Forum*, 8.

<sup>957</sup> Available at [http://ec.europa.eu/research/press/2003/pdf/sec2003-441report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/press/2003/pdf/sec2003-441report_en.pdf) 21.03.2014.

<sup>958</sup> See 3.4.03, para 3.

<sup>959</sup> For further discussion and developments in European Union refer to Погледати Halliday Samantha, A comparative approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell research in Europe, *Medical Law Review*, (2004):12, 66-68.

реалне политике него што је тековина јединственог правног оквира,<sup>960</sup> што је неприхватљиво у овако осетљивом подручју које регулише заштиту најважнијих вриједности. Постоје чак и преиспитвања уопште потребе регулисања појединих области биомедицине, односно ставови тржишта одређују према оквире својим правилима.<sup>961</sup> У контексту претходне дискусије, два значајна питања се могу препознати помоћу којих се може представити на који начин се рјешава конфликт између легитимног научног истраживања и права ембриона да буду заштићени. Прво се односи на истраживања на ембрионалним матичним ћелијама, друго се односи на патентабилност резултата који проистичу из таквог истраживања.

## **1. НАЦИОНАЛНИ ПРИСТУПИ РЕГУЛИСАЊУ ИСТРАЖИВАЊА НА МАТИЧНИМ ЋЕЛИЈАМА**

За потребе предстојеће дискусије корисно је разумјети терапијски и истраживачки потенцијал својствен ембрионалним матичним ћелијама, главне технике и алтернативе за њихово добијање.<sup>962</sup> Биолошки процес почиње оплодњом једне јајне ћелије, која почиње да се дијели. Током првих неколико дијелења стварају се ћелије идентичне једна другој све до, око, трећег или четвртог дана од зачећа. У овој фази оплођено јаје (или бластоциста) може да садржи више од 100 идентичних ћелија. Ове ћелије су познате као "тотипотентни". То јест, ако је једна ћелија изолована од осталих, она теоретски има капацитет да формира нови ембрион, као и плаценту и пупчану врпцу. Међутим, период тотипотенцијалности је ограничен на прва три или четири дана након зачећа, док су све ћелије и даље исте. Од овог тренутка па надаље, ћелије почињу да се разликују. Неке од њих чине пупчану врпцу и плаценту, док друге - у унутрашњој ћелијској маси бластоциста - чиниће тијело фетуса. Ћелије из унутрашње масе бластоциста су плурипотентне: оне имају способност да се претворе у било коју ћелију у људском тијелу (али не, сматра се, и у плаценту и пупчану врпцу). Оне су такође "бесмртне", јер имају способност да се неограничено обнављају у лабораторијским условима. Међутим, у нормалном току развоја људског бића, ћелије постају све више специјализоване док скоро све не стекну фиксне карактеристике као на примјер, ћелије срца, јетре, плућа, или ћелије коже. Када се то деси,

---

<sup>960</sup>See Deech Ruth, 'Infertility and Ethics' (1997) C.F.L.Q. 337 and 339.

<sup>961</sup> Halliday Samantha and Steinberg Lynn Deborah, The Regulated Gene: New Legal Dilemmas, *Medical Law Review* (2004):12, 3.

<sup>962</sup> Scientific data on technique of obtaining stem cells are taken from Deech Ruth and Smajdor Ann, *From IVF to Immortality: Controversy in the Era of Reproductive Technology*, (Oxford: Oxford University Press, 2007).

сматра се да се ћелије више не могу "репрограмирати", и нису више "бесмртне" на начин на који су плурипотентне матичне ћелије. Ембрионске линије матичних ћелија су изведене из плурипотентних ћелија у унутрашњој ћелијској маси бластоциста прије него што су имале времена да се подвргну даљој диференцијацији. Због тога задржавају потенцијал да постану било која ћелија тела - у лабораторији. Такви капацитети су то што их чини тако драгоценим за научнике, а како ћемо видјети у сљедећем разматрању и неповредљивим у извесној мјери.

У етички контроверзне изворе за добијање матичних ћелија, можемо убројати фетусе. Неки ће рећи да се њихова употреба за ове сврхе не може упоредити са употребом ембриона јер фетуси нису убијени због потреба истраживања, то је урађено из етички мање спорних разлога, као што су заштита здравља и/или добробити других лица. Таква аргументација може бити прихватљива у овом тренутку, јер легитимни приговори се не могу овде истаћи. Међутим, етички проблеми не произилазе нужно из сличности између положаја ембриона и фетуса у описаном смислу. Етичке бриге овдје потичу од интервенција на феталном тијелу, које није у потпуности лишено достојанства у етичком смислу. Да би се избјегле даље етичке расправе, пажња ће бити на правним захтјевима за такве интервенције. Опет, захтјеви за добијање родитељске сагласности за такве интервенције на њиховом дјетету, или ако неко више воли на остацима истородног генетског материјала, треба да буду испуњени. Иако се абортиране бебе сматрају медицинским отпадом у неким земљама, ипак би њихов третман требало изједначити са третманом „сувишних“, свјежих или замрзнутих ембриона. Ову тврдњу је могуће засновати на аргументу њиховог међусобно сличног положаја (репродуктивни потенцијал и за једне и за друге је исцрпљен) ,те из тих разлога треба захтијевати ангажовање генетских `стваралаца`. Генетски родитељи треба да уживају право да буду укључени у процес доношења одлука о коришћењу њихових гена и деривата њихових гена, без обзира на то да ли су ти гени или деривати гена спојени или раздвојени. Што се тиче њиховог истраживачког потенцијала, осим ако нису добијене врло рано у феталном развоју, мало је вјероватно да ће ове ћелије задржати исту способност диференцирања као ембрионалне матичне ћелије, а самим тим нису нарочито употребљиве ни са терапијског становишта.

Постоји неколико алтернатива за добијање матичних ћелија. Поред ембриона и фетуса, оне, такође, могу да се добију из одраслих матичних ћелија, из пупчане врпце, и посредством партеногенезе. Ови извори матичних ћелија стварају мање етичких дилема

јер техника која се користи не подразумева уништење људског живота. Док се истраживање на ембрионалним матичним ћелијама наставља једнаком жестином, паралелни напори су фокусирани на зреле матичне ћелије. Добро је познато да тијела одраслих, такође, садрже матичне ћелије, и да се оне могу користити за генерисање додатних ћелија. Тренутно, матичне ћелије су изоловане и из коштане сржи,<sup>963</sup> крви из пупчаника, и периферне крви (гдје су присутне у изузетно ниским концентрацијама) и из преко дванаест различитих типова органа. Пажљиво репрограмирање ових ћелија и њихова трансплантација у друге органе и мјеста на ткиву указују да постоји значајан капацитет за ћелије једног типа да усвоје облик и функцију ћелија на новом мјесту. Примери укључују трансформацију коштане сржи матичних ћелија на срчане мишићне ћелије, и мишићних ћелија на нервне ћелије. Да ли су ове трансформације трајне, или ограниченог рока тек треба да се разјасни. Недавни извештаји указују на случајеве охрабрујућих терапијских резултата на животињским моделима са неуродегенеративним стањима (еквивалентним Алцхајмеровој и Паркинсоновој болести) и код пацијената са примарним и секундарним дијабетесом. Међутим, постоје одређени разлози зашто се ове матичне ћелије сматрају носиоцима мањег терапеутског потенцијала од ембрионалних. На примјер, тијела одраслих углавном се састоје од ћелија које су специјализоване за обављање једне одређене функције које након одређеног периода умиру. Идентификација релативно малобројних матичних ћелија из ових нормалних тјелесних ћелија и њихово уклањање било би вероватно мукотрпано и инвазивно. Мање спорна употреба ембриона / фетуса матичних ћелија подразумијева уклањање крви из пупчане врпце од пупка новорођених беба. Ова крв је богата матичним ћелијама, а његова употреба је добро документована. Пошто се крв узима само из рез пупчане врпце, она не представља опасност ни за новорођене бебе или мајке.

У том смислу, једнако прихватљив извор за добијање матичних ћелија може бити партеногенеза.<sup>964</sup> Када се жене гаметима чувају у култури, понекад почну подјеле као да су били оплођена. Данас, у могућности смо намјерно довести до партхеногенесис у женском гаметом, и на тај начин их користити за извођење линија матичних ћелија.

---

<sup>963</sup> Data taken from Freeman Michael, *Law and Bioethics: Current Legal Issues*, Volume 11, (Oxford: Oxford University Press 2008) 139.

<sup>964</sup> Ethical and legal acceptability of parthenogenesis as stem cell source was one of the hypothesis that I have presented and defended on 3 June 2014 at Heidelberg/Mannheim Universities Institute for Medical Law, Public Health Law and Bioethics through the research titled *Right of embryos to be protected under the European regional law*. Confirmation issued by the Institute on 16 July 2014.

Пошто оне нису оплођене, нити спојене са језгром било каквих других људских ћелија и, што је најважније, немају природну способност да постану одрасли људи, то је заиста тешко истаћи било какве примједбе на њихово коришћење у научне сврхе. Оне нису чланови људске расе. Етички приговори на уништење ентитета изведених преко партеногенезе у циљу добијања матичних ћелија могу бити чврсто одбачене чињеницом да оне не посједују никакву могућност да постану лица у природном окружењу. Иако, овај приступ не штити ембрионе јер су људи (вриједни по себи), већ зато имају шансу да буду признати пред законом једног дана, а то је у складу са прихваћеним регионалним критеријумом који идентификује носиоца капацитета да постане личност као имаоц извјесне заштите. Такође, блиско је теоријском принципу потенцијала личности<sup>965</sup> по којем се ембрион треба заштитити зарад интереса будућег особе. Ово предложено становиште није у супротности ни са крајњим хуманистичким приступом. Са тим у вези, подијељене, а не оплођене женске гамете радије треба поставити у морални и правни положају еквивалентан људском ткиву, а не ембрионима. Иако је прије излагања партеногенези јајна ћелија имала могућност да буде оплођена и да формира стабилни ембрион као било која друга јајна ћелија, то није довољно да се изједначе са већ формираним ембрионом јер полне ћелије не носе тзв. активни капацитет у себи. Партеногенезис се може сматрати обичном екстензијом репродуктивног потенцијала женских полних ћелија. Како је раније утврђено, према регионалним критеријумима, није потенцијал прокреације (који је својствен свим полним ћелијама) то што се квалификује за заштиту; већ је то потенцијал да се постане личност који је својствен само људском животу. Подијељени женски гамет, без сумње су живи, али не посједују људски живот. Биологија је та која прави јасну разлику између живих људских ћелија и носилаца људског живота (а тиме и достојанства). Прве немају виабилитет као ови други у квалитативном смислу. Њихова научна употреба треба да буде регулисана на истом нивоу и на једнак начин као коришћење полних ћелија. Коначно, ако алтернативно добијене матичне ћелије не могу да формирају виабилан ембрион у природном окружењу, њихово коришћење за научне сврхе не би требало да буде више упитно од употребе било које друге ћелије. Иако, ако матичне ћелије не могу формирати људски ембрион у вјештачком

---

<sup>965</sup> For further discussion on this principle refer to Karnein Anja , *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 19.

окружењу, прекидом њиховог развоја на предметни начин није дошло до прекида природног тока, *ријеч* је о уклањању или преусмјеравању вјештачки одржаваних услова.

Овдје треба нагласити да је терапијски потенцијал (под којим се подразумјева могућност да лијече болести) етички спорних и етички пожељних извора матичних ћелија теоријски и претпостављен. Ниједан од њих не може да даје никакву гаранцију за успијех. Сада, неки могу да питају зашто уопште користити ембрионалне матичне ћелија, што је сасвим разумно питање. Међутим, залагати се за забрану њихове употребе у овом тренутку, значило би занемаривање њиховог истраживачког потенцијала (под којим се подразумјева могућност њиховог коришћења у истраживању). Даље, било би корисно сагледати националне законодавне приступе истраживањима на матичним ћелијама како би истражили који елементи су од кључног значаја за законодавце. Добијени резултати би требало да нам омогуће да стекнемо слику о потенцијалном исходу сукоба између слободе истраживања и права ембриона да буду заштићени.

У принципу, национална законодавства у Европи су подијељена између два концепта који обезбеђују различит степену заштите ембрионима. Такви концепти имају своје поријекло у културним специфичностима, историјским околностима, политичким ставовима итд. Највиши ниво заштите ембриони уживају у системима који сматрају да је ембрион личност у традиционалном смислу, или им дају право на живот од зачећа.<sup>966</sup> На другом крају спектра је позиција по којој је ембрион недостојан икакве заштите, и може се користити на било који начин, укључујући и његову употребу као лабораторијског препарата, мада овај приступ није усвојен од стране ниједне државе.<sup>967</sup> Други режими прихватају средњи приступ, "увођење градуалистичког приступа", гдје је заштита пружена ембриону зависна од фазе развоја у којој се налази.<sup>968</sup> Сходно томе, спектар националних законодавства у Европи обухватају норме које дозвољавају истраживање на ембрионима и њихову креацију у те сврхе,<sup>969</sup> дозвољавају жетву матичних ћелија из људских прекобројних ембриона под одређеним околностима,<sup>970</sup> забрањују жетву људских ембрионалних матичних ћелија из било којег ембриона, укључујући прекобројне.<sup>971</sup>

---

<sup>966</sup> Irish Constitution, German Embryo Protection Law,

<sup>967</sup> Погледати Halliday Samantha, A comparative approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell research in Europe, *Medical Law Review*, (2004):12, 42.

<sup>968</sup> Ibid.

<sup>969</sup> United Kingdom (Human Fertilization and Embryology Act 1990), which is not party to the Oviedo Convention.

<sup>970</sup> Netherlands, The Embryos Act 2002 (*Wet houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embro's: Embrowet* (2002)).

<sup>971</sup> For example Federal Republic of Germany, Embryo Protection Law (EschG).

Имајући у виду основне карактеристике националних законодавства и њихове способности да подрже науку постављањем циљева, Халидеј и Стајнберг описују законе као реактивне, некохерентне, недоследне, одвојене од сваке етичке теорије, и зависе од науке.<sup>972</sup> У литератури, Европа је описана као регион про-регулације,<sup>973</sup> са зонама регулисане забране прије него регулисане дозволе за истраживање на матичним ћелијама.<sup>974</sup> Из општег прегледа европских националних прописа, чини се да су приступи рестриктивни у погледу научног напретка и истовремено повољни према правима ембриона да буду заштићени.

Ближи поглед на један од највећих рестриктивних режима може да обезбједи јаснију слику о европском приступу на право ембриона да буду заштићени. Њемачка спада у такве групе режима, али се разликује од других јурисдикција наведених у овој категорији јер омогућава увоз људских ембрионалних матичних ћелија за потребе истраживања.<sup>975</sup> Како Карнеин наводи, њемачки Закон о матичним ћелијама, као и његове последње измјене, морално су проблематичне из два разлога:<sup>976</sup> прво, он штити права само њемачким ембрионима, у исто вријеме овај закон дозвољава истраживање - без обзира колико ограничено - на увезеним ембрионима, тако да на тај начин уводи морално неоправдане двоструке стандарде. Због тога, њемачки закон предвиђа различит обим заштите ембриона у зависности од тога да ли су ембриони из Њемачке или из увоза. Друго, дозвољавање њемачким научницима да спроведу истраживање на матичним ћелијама, иначе забрањеном техником - уништавањем ембриона – је проблематично. Дубља анализа њемачке правне слагалице која окружује пренатални живот може да открије друге недостатке у њиховој заштити. У покушају да регулишу временске размаке између зачећа и трудноће, и спријечи злоупотребу вјештачки створених ембриона, *The Law for Protecting Embryos* (ESchG), усвојен је да заштити ембрионе *in vitro* од тренутка оплодње, пружајући пренаталном животу шири обим заштите и то од тренутака у

---

<sup>972</sup> Halliday Samantha and Steinberg Lynn Deborah, The Regulated Gene: New Legal Dilemmas, *Medical Law Review* (2004):12, 13.

<sup>973</sup> Brownsword Roger, Regulating human genetics: New dilemmas for a new millennium, *Medical Law Review* (2004):12, 15.

<sup>974</sup> Погледати Halliday Samantha, A comparative approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell research in Europe, *Medical Law Review*, (2004):12, 40.

<sup>975</sup> Stammzellgesetz (StZG) 2002.

<sup>976</sup> Погледати Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 61.



времену, прије него норме о абортусу препознају да је трудноћа уопште почела.<sup>977</sup> Без обзира на то, није сваки ембрион једнако заштићени у Њемачкој. Иако може изгледати као да *in vitro* ембриони уживају шири обим заштите у односу на природно створене ембрионе, таква тврдња је само дјелимично тачна. Прво, мора се имати у виду да не ужива сваки *in vitro* ембрион једнаку заштиту. На примјер, ESchG инкриминише оплодњу јајне ћелије за било коју другу сврху осим за изазивање трудноће жене од које јајна ћелија потиче.<sup>978</sup> То значи да ако жена, која је генетски повезана са ембрионом, из неког разлога није у стању да изнесе свој ембрион *in vitro*, он би био уништен, прије него имплантиран у биолошки невезану жену. Због тога, употреба ембриона се штити кроз ESchG, али не и живот ембриона, или његово достојанство. Исто тако, с обзиром на уставно признату аутономију пренаталног живота, потреба преимплантантне генетске дијагностике (ПГД) је веома контроверзна јер подразумијева генетски заснован избор насупрот достојанству и праву на живот (разлог за остављање ембриона да умре је неповољна генетска предиспозиција). Како Карнеин примећује у свјетлу тих чињеница, ембриони су потпуно заштићени у свим оним ситуацијама у којима су им интереси сукобљени са интересима трудних жена.<sup>979</sup>

Суштинска чињеница која разликује националне регулативе је приступ питању да ли достојанство, као један од конститутивних елемената права ембриона да буду заштићени, треба да буде занемарено зарад очекиваних користи биомедицинских истраживања? Наравно, различите околности утичу на национални законски став по овом питању. Супротне реакције на истраживање на матичним ћелијама су у Великој Британији и Њемачкој које заправо представљају продужетак, иначе усвојених приступа пренаталној заштити живота уопште.<sup>980</sup> Француска регулатива матичних ћелија и њена хронологија је добар примјер који подржава ову тврдњу.<sup>981</sup> Може се сматрати да се прихватање истраживања на ембрионима заснива на претпоставци да ће донијети користи које су изнад штете. Као што смо видјели у општим напоменама о националним законодавствима, они нити дају подршку научном развоју нити подржавају право ембриона да буду

---

<sup>977</sup> § 218 Strafgesetzbuch, StGB.

<sup>978</sup> ESchG § 1 (1) 2)

<sup>979</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 43.

<sup>980</sup> See Hennette-Vaucher Stéphanie, Words count: How interest in Stem cells has made the embryo available—a look at the French law of bioethics, *Medical Law Review*, (2009):17, 55 at supra note 12.

<sup>981</sup> Hennette-Vaucher Stéphanie, Words count: How interest in Stem cells has made the embryo available—a look at the French law of bioethics, *Medical Law Review*, (2009):17, 59-61.

заштићени. Пошто је питање обима заштите коју ембрион ужива и даље отворено, укратко ћемо одговори на друга два питања која се тичу евентуалног оправдања истраживања на ембрионалним матичним ћелијама.

Прво питање које је настало, тиче се терапијског потенцијала истраживања на ембрионалним матичним ћелијама. Будући да је раније закључено да се он не разликује од терапијског потенцијала етички мање спорних истраживања, требало би да видимо да ли је истраживачки потенцијал довољан да превагне над правом ембриона да буду заштићени. Друго питање, које би могло дати одговор тиче се корисника резултата истраживања. Списак корисника истраживања на ембрионалним матичним ћелијама је ограничен, јер је доступан само веома богатим људима. Чак и ако лијек, путем истраживања на ембрионалним матичним ћелијама, постане доступан за лијечење до сада неизлијечивих болести као што су Паркинсонова болест, Алцхајмерова болест, неке врсте рака, дијабетеса, обољење моторних неурона, и многа друга, с обзиром на цијене лијечења ембрионалним матичним ћелијама и трошкове са тим у вези, списак корисника остаје веома узак. Стога, главни аргумент опште користи за човјечанство у тежњама за ефикаснијим љековима не звучи тако увјерљиво. Чак и прихватање тог аргумента не би било довољно да ријеши сукоб између права ембриона и слободу истраживања у корист овог другог. Главни аргумент за ову тврдњу је тај да не постоји конфликт права ембриона са правима конкретне странке. Чини се да постоји компромис између права ембриона да буду заштићени и слободе истраживања, који се налази у коришћењу алтернативних начина за добијање матичних ћелија. Истраживачи треба да добију истраживачки материјал, али без мијешања у било чија права. Нови развоји то омогућавају. Сада је могуће извршити трансформацију одрасле или неонаталне ћелије у еквивалентну плурипотентну матичну ћелију.<sup>982</sup> Овако је неутралисана мањи терапијски потенцијал алтернативних извора, па чак и омогућено извођење матичних ћелија за индивидуалне пацијенте без етичких и социјалних дилема које прате коришћење ембрионалних матичних ћелија.<sup>983</sup>

---

<sup>982</sup> Погледати J Yu, MA Vodyanic, K Smuga-Otto, J Antosiewicz-Bourget, JL Frane, S Tian, J Nie, GA Johnsdottir, V Ruotti, R Stewart, II Slukvin, and JA Thomson, 'Induced Pluripotent Stem Cell Lines Derived from Human Somatic Cells' (2007) 318 *Science* 1917; and K Takahashi, K Tanabe, M Ohnuki, M Narita, T Ichisaka, K Tomoda, and S Yamanaka, 'Induction Of Pluripotent Stem Cells from Adult Human Fibroblasts by Defined Factors' (2007) 131 *Cell* 861.

<sup>983</sup> Freeman Michael, *Law and Bioethics: Current Legal Issues*, Volume 11, (Oxford: Oxford University Press 2008), 139.

## 2. ПАТЕНТАБИЛНОСТ И ДИГНИТЕТ ПРЕНАТАЛНИХ ЉУДИ

Сљедеће питање које би могло утицати на право ембриона да буду заштићени односи се на патентабилност проналазака који потичу од истраживања на ембрионалним матичним ћелијама. У ЕУ, државе чланице имају своје законе о патентима. Питање патентних пријава широм јурисдикција регулисана је путем неколико регионалних инструмената, укључујући Конвенцију о европском патенту (КЕП),<sup>984</sup> којим се успоставља Европски завод за патенте (ЕЗП), аутономна организација која је одговорна за патентирање према КЕП. Кроз регулаторне тежње Европске уније осликана је, етички и правно, спорна природа активности са људским биолошким материјалом.<sup>985</sup> Наиме, како би се оградио ризик, заштитили „предмети“ истраживања, или осигурала успешна комерцијализација истраживања, такве тежње су се сусреле са рјешавањем етичких импликација ове активности, и захтјевом за проналажењем њихових граница у сложенем регулаторног окружењу. Важан инструмент за даље истраживање је Директива о правној заштити биотехнолошких проналазака (Директива, Директива 98/44 / ЕЦ).<sup>986</sup> Позивање на људско достојанство у европском патентном праву, приликом нормирања биотехнолошких проналазака, довело је до значајних компликација приликом формулисања Директиве.<sup>987</sup> Као што смо видјели, позивање на достојанство у области биомедицине, неки сматрају правно нужним, док други сматрају препреком за напредак. Управо овдје долази до изражаја изазов за законодавство ЕУ да направи разлику између ситуације када треба увести униформне критеријуме, а кад треба поштовати разноврсност моралних ставова на локалном нивоу. Такво разликовање је, такође, видљиво у нормама Конвенције о биомедицини, која наводи да „гдје закон дозвољава истраживања на ембрионима *in vitro*, потребно је обезбједити адекватну заштиту ембриона“ (чл. 18 (1)). Иако је тешко тврдити постојање јединствених европских стандарда моралности у овој области, постоје одређени биоетички принципи који су заједнички свим државама ЕУ. Ти принципи су интегрисани у регионалну регулативу из области биомедицине. На примјер, може се сматрати да члан б. (2) Директиве садржи униформно примјенљиве изузетке до патентабилности одређених биотехнолошких проналазака. Рецитал 40 Директиве наводи

---

<sup>984</sup>[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/00E0CD7FD461C0D5C1257C060050C376/\\$File/EPC\\_1\\_5th\\_edition\\_2013.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/00E0CD7FD461C0D5C1257C060050C376/$File/EPC_1_5th_edition_2013.pdf) 11.04.2014.

<sup>985</sup> Following analysis is mostly grounded on Varju Marton and Sándor Judit, Patenting stem cells in Europe: The challenge of multiplicity in European Union Law, *Common Marker Law Review* (2012): 64, 1020.

<sup>986</sup><http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0044&from=EN> 11.04.2014.

<sup>987</sup> The following analysis is mostly taken from Varju Marton and Sándor Judit, Patenting stem cells in Europe: The challenge of multiplicity in European Union Law, *Common Marker Law Review* (2012): 64, 1020

да, недвосмислено искључење из патентбилности интервенција у људске гене и клонирања људских бића из члана 6, (2) произилази из широког европског консензуса да је ова пракса супротна јавној политици и моралу. Овај став може се, такође, засновати на европском консензусу израженом у поглављу IV Конвенције о биомедицини и додатном протоколу о клонирању. У смислу Конвенције о биомедицини, члан 6. (2) (а) Директиве треба да регулише репродуктивно и истраживачко клонирање, што је такође утемељено на члану 18. Конвенције о биомедицини, јер забрањује стварање људских ембриона у сврху истраживања. На регионалном нивоу, ембрион добија додатну заштиту према члану 6 (2) (ц), који искључује њихову употребу у комерцијалне и индустријске сврхе.<sup>988</sup> Европски консензус о томе може бити представљен у Конвенцији о биомедицини и њеним одредбама о људском достојанству и некомерцијализацији људског тијела (чл. 1. и 21.).<sup>989</sup> Даље, у овом дијелу ће бити истражено које су последице европског приступа патентабилности научних резултата који потичу из истраживања на ембрионалним матичним ћелијама по достојанство пренаталног живота.

Прво, оно што је очигледно, приликом разматрања регионалних извора, јесте да је употреба људских ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе непатентбилна. Истовремено, термин "ембрион" није дефинисан, и остављено је националним законима да одреде смисао тог појма. Стога, из слова норме није сасвим јасно да ли су ембрионалне матичне ћелије укључене у дефиницију појма ембрион и сходно томе, да ли су патентабилни проналасци који потичу из истраживања на матичним ћелијама.<sup>990</sup> С друге стране, Директива, такође, наводи да „људско тијело, у разним фазама његовог формирања и развоја“, није подобно за патентирање (чл. 5. (1)). Очигледно је, ова одредба се заснива на поштовању биоетичких ограничења који произилазе из људског достојанства који забрањује комерцијализацију људског тијела кроз патентни систем.<sup>991</sup> С тога, обим ове одредбе може да покрије људски ембрион који је извор ембрионалних матичних ћелија, без разлике између људских ембриона у материци, (прекобројних)

---

<sup>988</sup> Погледати also Article 53(a) of the European Patent Convention.

<sup>989</sup> Погледати Varju Marton and Sándor Judit, Patenting stem cells in Europe: The challenge of multiplicity in European Union Law, *Common Marker Law Review* (2012): 64, 1020.

<sup>990</sup> Погледати Staunton Ciara, *Brustle v Greenpeace, embryonic stem cell research and the European court of justice's new found morality*, Commentary, *Medical Law Review* (2013):21, 311.

<sup>991</sup> Погледати Staunton Ciara, *Brustle v Greenpeace, embryonic stem cell research and the European court of justice's new found morality*, Commentary, *Medical Law Review* (2013):21, 311.

људских ембриона створених за потребе родитељства вјештачки потпомогнутом репродукцијом, и људских ембриона створених у истраживачке сврхе.

Може се сматрати да су нека од тих питања разматрана од стране ЕЗП-а у Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF) G 0002/06, у којем је појам ембриона широко дефинисан. Исто тако, с обзиром да је проналазак укључивао уништење људског ембриона, Одбор је утврдио да је пријава патента у супротности са Правилем 28 (ц).<sup>992</sup> У *Brustle v Greenpeace*,<sup>993</sup> три питања су разматрана пред Европским судом правде (ЕСП) која би могла бити од значаја за ову расправу. Прво, како се термин "људски ембрион" тумачи по Директиви; друго, да ли комерцијална експлоатација за научно-истраживачки рад потпада под дефиницију "употреба људских ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе" и треће, да ли је изум, који користи ембрион у било којој фази ембрионалног развоја, искључен из патентбилности. Упркос недостатку консензуса, у вези са статусом ембриона и његовој дефиницији у земљама Европске уније, Европски суд правде је био мишљења да је његова улога да донесе правну одлуку о дефиницији појма "ембриона" у контексту Директиве, односно да обезбједи јединствену дефиницију овог термина.<sup>994</sup> Такав приступ је заснован на циљевима Директиве, којој је сврха да усклади патентабилност биотехнолошких проналазака широм ЕУ.<sup>995</sup> Ипак, такав приступ питању, који је на дивергентне начине рјешен, у оквиру релевантних националних законских прописа, је сасвим изузетан и неоубичајен за регионалне институције. Као што смо видели, Суд је настојао избјећи увођење било којег општег правила у питањима „без консензуса“. У образложењу, Европски суд правде је навео да било која активност која утиче на људско достојанство не може бити патентабилна и због бриге о заштити људског достојанства, ЕСП је био мишљења да би термин „људски ембрион“<sup>996</sup> требало широко дефинисати, што се може сматрати веома важном изјавом у пресуди. Као резултат тога, Европски суд правде је сматрао да, за потребе ове Директиве, а "људски ембрион" укључује "оплођене јајне ћелије, неоплођено људско јајашце у које је језгро ћелије из зреле људске ћелије пресађено, или неоплођене људске јајне ћелије чија подјела и даљи развој, стимулирани су партеногенезом", јер су у стању да отпочну процес развоја људског

---

<sup>992</sup> See Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF) G 0002/06 para 29.

<sup>993</sup> Case C-34/10, 18 October 2011.

<sup>994</sup> Ibid. para 30.

<sup>995</sup> Ibid. para 23 and 27.

<sup>996</sup> Ibid. para 34.

бића.<sup>997</sup> Очигледно, листа организама и формација обухваћених изразом "ембрион" није коначана.

Такво проширење појма ембриона на "организме" који нису били предмет оплодње, на основу њихове способности "да отпочну процес развоја људског бића (...)", уводи нови правни критеријум, различит од, до сада побројаних детерминанти правног и моралног субјективитета, који се заснива на потенцијалу започињања. По мишљењу ЕСП, није само потенцијал да се развије у људско биће, већ потенцијал да се почне тај процес, оно што је важно за морални статус и достојанство, без обзира на фазу развоја и питање да ли је такав потенцијал природан или вјештачки. Овај принцип је, без сумње, далеко шири од наведених ставова хуманизма, персонизма или Суда приликом дефинисања морално и правно релевантних ентитета који се свде на могућности, потребу или нужност њихове идентификације у оквиру формално конструисаног појма личности, те су и његови ефекти далекосежнији.

Он уводи судску посвећеност заштити права која проистичу из „потенцијала отпочињања“. Према том принципу, особине матичних ћелија су од великог значаја. На основу њих се може одредити одговор на питање да ли је истраживање на матичним ћелијама у складу са одлуком ЕСП, без обзира на поријекло матичних ћелија. На примјер, у дискусији о изворима матичних ћелија партеногенеза је означена као пожељан начин јер не подразумјева уништење ембриона. Али ова техника није у складу са наведеном одлуком ЕСП-а јер подразумјева употребу ћелија које посједују „потенцијал отпочињања“. Стога, једини извори који пружају матичне ћелије неспособне да отпочну поступак би били прихватљиви. Међутим, у наредној пресуди, Европски суд правде је изузео партеногенезу, јер "неоплођена људска јајна ћелија, чија су подјела и даљи развој стимулирани партеногенезом, не представља људски ембрион у смислу предметне одредбе, како у свјетлу савремених научних сазнања, она сама по себи, нема урођени потенцијал развоја у људско биће."<sup>998</sup> Као што смо раније видјели у фази тотипотенције, у којој постоји потенцијал да се генеришу све врсте диференцираних ћелија и потенцијал за самоорганизацију (гаструлација, основни план тијела и индивидуалности), налазе се: зигот, бластомер, ембриобласт и ембрионалне матичне ћелијске.<sup>999</sup> Стога, развојни

---

<sup>997</sup> Ibid. para 36 and 38.

<sup>998</sup> Case C-364/13.

<sup>999</sup> Data taken from: Denker Hans-Werner, Potentiality of embryonic stem cells: an ethical problem even with alternative stem cell sources, *J Med Ethics*, (2006): 32, Table 1.

потенцијал ембрионалних матичних ћелија мора се сматрати категорички различитим од соматских матичних ћелија, или других соматских (не-матичних) ћелија, јер ове прве посједују „потенцијал отпочињања“. Ова чињеница може довести до потпуног искључења њихове употребе у научне сврхе.

Очигледно, принципом „потенцијала отпочињања“ уведена је јединствена дефиниција ембриона. Ова дефиниција се састоји од правне и моралне компоненти. Правна компонента дефиниције ембриона има веома снажне посљедице, али, као што ћемо видјети, у веома уском подручју примјене. С обзиром да је Суд препознао ембрион као припадника људске расе, а да је ЕСП дефинисао када они почињу своје постојање, можемо закључити да, према судским пресудама у Европи, људска бића почињу да постоје од тренутка означеног као сингамија. Осим тога, у свјетлу научних достигнућа, ЕСП је увео да нити је тренутак оплодње, нити тренутак трансплантације језгра ћелије у јајну ћелију, су искључиво релевантни за потребе стварања људског бића. Он је увео идеју да „потенцијал отпочињања“ одређује чланство у људској раси. Према томе, термин "ембрион" није више синоним за класично "људско биће". Сада, тај појам треба схватити као синоним за „потенцијал отпочињања“ развоја у људско биће. Како наука напредује, за очекивати је да ћемо ускоро бити у стању да изазовемо такав потенцијал у све елементарнијим облицима ћелијских формација или чак код једне ћелије.

Прво ограничење правне компоненте дефиниције налази се у предмету регулисања Директиве. Употреба дефиниције ембриона може се свести на питања њиховог разарања у индустријске или комерцијалне сврхе. Ни пресуда ЕСП, нити Директива (која је инструмент Европске економске регулације), формално не онемогућавају истраживање на ембрионалним матичним ћелијама. Европски суд правде је истакао да „сврха Директиве није да регулише употребу људског ембриона у контексту научног истраживања. Она је ограничена на патентабилност проналазака из области биотехнологије.“<sup>1000</sup> Дакле, методе које подразумевају уништавање ембриона нису забрањене Директивом, али патентабилност њихових резултата јесте. Теоретски, истраживач може, под условом да национално законодавство допушта (као што је случај у неколико европских земаља), да истражује на ембрионалним матичним ћелијама које подразумјева претходно уништавање људских ембриона. Међутим, пошто такви проналасци нису патентабилни, у пракси је тешко добити средства за ова истраживања.

---

<sup>1000</sup> Погледати Case C-34/10, October 18 2011 para 40.

Морална компонента одлуке ЕСП потиче из судске одлуке која се заснива на моралу, тако да уводи (униформно) образложење о неморалности уништења ембриона. Овде није сасвим јасно да ли је могуће свести ефекте ове моралне компоненте само на уништење ембриона за „индустријске и комерцијалне сврхе“. Да би смо разјаснили ово, иако невољно, даља анализа треба да обухвати тангентна неправна питања у вези моралног статуса *ex utero* ембриона. Прво, треба испитати да ли они, као припадници људске расе, имају једнаку моралну вриједност као и „класични“ људи. У том смислу, било би корисно позајмити један пример од Стајбока<sup>1001</sup>, који гласи:

Сами сте у клиници за вјештачку оплодњу, у којој се налазе замрзнути ембриони и такође (невјероватно) нечија тромјесечна беба у дну ходника. Телефон зазвони, и обавјештени сте да је бомба постављена да експлодира за 5 секунди. Можете или узети лежиште са 100 замрзнутих ембриона или бебу, не може се спасити и једно и друго. Ако заиста мислите да замрзнути ембриона имао исти морални статус као беба, морали бисте да сачувате ембрионе; на крају крајева, њих има 100, а само једна беба.

Већина нас би се одлучило за бебу, али то не значи да свако од нас сматра да ембриони имају вредност само у капацитета своје репродуктивне улоге или других потенцијалних употреба. У суштини, наша перцепција је то што чини разлику између бебе и ембриона, а не нека објективна мјера важности или унутрашње безвриједности. Да буде јасније, можемо да користимо још један примјер:

Ухваћен и у ланцима Тарзан је доведена до градског трга и изложен публици. Људи су га гледали и показивали својим пријатељима и дјечи током врелих љетњих дана. Када се публика заситила и престала да долази, његов тренер је узео пиштољ и пуцао му кроз мозак. Посмртни остаци су бачени на градску депонију.

Убица се ићи у затвор за убиство. Зашто је то тако? Према нашим критериумима Тарзан нема савјест, интересе, пројекате и очекивања од нас, нити има карактеристике личности или способност да вреднује свој живот. Ствар је дакле у нашој перцепцији

---

<sup>1001</sup> Steinbock Bonnie, *Life before birth: The moral and legal status of embryos and fetuses*, (Oxford: Oxford University Press 2011), 271.



Тарзана као припадника људске расе и личности. Формално гледано, у овом случају, питање би се односило на правну фикцију, а не на етичку перцепцију, али за потребе ове дискусије размотрићемо укратко етички аспект. Дакле, наша перцепција је та која чини вриједносне разлике у овом проблему. Међутим, наша перцепција не може креирати (судску) објективност. У ствари, изведене дилеме се тичу ентитета објективно једнаке моралне важности и вриједности (ембриона и Тарзана). Може се сматрати да ембрион чак има и веће шансе да постане личност. Иако може изгледати да је лакше убити ембрион него Тарзана, оба подједнако припадају људском роду, те убиство и једног и другог јесте убиство припадника људске расе, који се различито квалификују по основу интуитивне перцепције (или фикције). Њихова равноправност може се лакше показати кроз њихов постхумни третман. Као што смо осјетили, не поштујући третман леша био би неприкладан. Такође, можемо се сложити да је разбацавање ембриона или остатака абортираних беба унаоколо, неприкладно. Примјера ради, у Републици Српској, остаци ових других се сматрају медицинским отпадом<sup>1002</sup> који се спаљује.<sup>1003</sup> Чини се да нам је лакше појмити да су сва људска бића једнака у смрти, без обзира да ли су били богати или сиромашни, стари или млади, генијалци или имбецили, Тарзан или ембрион. Очигледно је да суштина њихове равноправности није била урођена у њиховим (личностима) карактеристикама, већ у чињеници да су били живи припадници људске расе. Пошто би даље разматрање моралних питања могло да доведе до поимања личног или колективног схватања моралности, као одлучујуће важног за одређење нечијег моралног и правног статуса, вратићемо се на судску праксу и њоме утврђене чињенице. Иако Европски суд правде настоји да се бави правним, а не етичким питањима, ипак, патентабилност је ускратио на основу морала. Установио је да уништење ембриона за индустријске или комерцијалне сврхе неморално. Ово се може сматрати постављањем моралног стандарда који обавезује све државе, без обзира на њихов приступ моралном и правном статусу ембриона. Због овога, тешко је разумјети како је уништавање ембриона неморално када се проводи за индустријске или комерцијалне сврхе, а није када се проводи у научне сврхе. Њихово уништавање у научне сврхе није подржано већим легитимитетом у односу на индустријско или комерцијално уништавање. Можда би одговор могао бити да наука не уништава ембрионе, већ "оплођене јајне ћелије, не оплођено људско јајашце у које је

---

<sup>1002</sup> Правилник о категоријама отпада („Службени гласник Републике Српске“, број: 39/05)

<sup>1003</sup> Правилник о управљању медицинским отпадом („Службени гласник Републике Српске“, број: 90/06).

језгро ћелије из зреле људске ћелије пресађено или неоплођене људске јајне ћелије чија су подјела и даљи развој с стимулирани партогенезом".

Заиста, постоје различити разлози за уништавање ембриона, осим оних које је разматрао ЕСП, гдје моралност таквих радњи није формално испитивана. Из овога може се сматрати да ембрионима није формално признат пуни морални статус и достојанство. Државе и даље имају надлежност у регулисању моралног статуса и достојанства ембриона у контексту различитих питања која нису реферисана од стране ЕСП или Директиве. Као што је раније поменуто, одлучујући разлог за позицију ЕСП у вези са моралног статуса и достојанства ембриона је заснован на њиховом „потенцијалу отпочињања“ процеса развоја људског бића. Према томе, по мишљењу ЕСП, такав потенцијал има предност у односу на истраживачки потенцијал ембрионалних матичних ћелија. Ембрионима је додјелена индиректна заштита од уништења у наведене сврхе. Таква заштита их, такође, штити од употребе у научне сврхе, осим у оне која је корисна по њих.<sup>1004</sup> Они уживају заштиту без обзира на фазу у којој би се уништавање ембриона догодило, која је по својој природи индиректна, јер једина њена последица је непантететабилност резултирајућих проналаска према члану 6. (2) (ц) Директиве.<sup>1005</sup>

Може се сматрати да, прије разматране пресуде, није постојао јединствен европски став у односу на било које од предметних питања. Значај ове одлуке углавном долази из чињенице да након ње није остављено дискреционо право државама чланице ЕУ да усвоје различите моралне позиције о уништењу ембриона.<sup>1006</sup> Као што смо видели, ова одлука може да утиче, не само на политику и регулисање истраживања на матичним ћелијама, већ и на само истраживање на ембрионалним матичним ћелијама у пракси, пружајући пренаталном живот ширим обимом заштите од формалних ефеката. Главни недостатак овог јединственог приступа је у чињеници да он може да наметне конкурентску неповољност цијелој Европи, јер је могуће добити патент сличан ономе који је тражио професор *Brüstle* у другим правним системима (укључујући САД, Кину и Индију). С друге стране, овако дефинисан униформни приступ фаворизује употребу било зрелих матичних ћелија, или плурипотентних матичних ћелија, од којих ниједан извор не подразумјева уништење ембриона, те су морално широко прихваћени. Треба имати у виду да матичне

---

<sup>1004</sup> Погледати Case C-34/10, October 18 2011 para 42 and 46.

<sup>1005</sup> Ibid. para 50.

<sup>1006</sup> Refer to Staunton Ciara, *Brustle v Greenpeace, embryonic stem cell research and the European court of justice's new found morality*, *Commentary, Medical Law Review* (2013):21, 314.

ћелије добијене из алтернативних извора имају истраживачки и терапеутски потенцијал колико и ембрионалне матичне ћелије. Због тога, дозвољена употреба једино алтернативно добијених матичних ћелија може да неконкурентност трансформише у европску предност у односу на друге регије. Овако постављени правни оквири су захтјевнији за науку која ће због тога остварити знатно већи развој унапређујући методе алтернативног добијања ћелија које ће патентирати. Наука у конкурентским регионима се неће развијати у том правцу због недостатка потребе. Хармон сматра да одлука у случају *Brüstle*, такође, може да помогне да се развију дебате око биовриједности, биономије и правилност комерцијализације у области науке о животу (life sciences) међу новим интересним групама, што на дужи рок, сматра он, може бити веома важно и за еволуцију права.<sup>1007</sup> Закључак у случају *Brüstle* укратко може бити да све живе људске ћелије, који су у стању да започну процес формирања људског бића, и имају право на заштиту људског достојанства. Као такви, они су формално заштићени од уништавања за индустријске или комерцијалне сврхе, од којих су оба разлога неморална.

### 3. ОПАЖАЊА

Слобода истраживања је призната по регионалним инструментима људских права и легитимисана преко универзалних инструмената који уводе право свакога да ужива користи од научног напретка и његове примјене. Ипак, такав легитимитет слободе истраживања нема значајан капацитет јер се не тиче заштите нечијих личних права. Због тога њиме се не може оправдати истраживање које је у сукобу са било чијим права. Он не пружа никоме право на здравље, или чак са правом да буде лијечен расположивим средствима. С тога, легитимно истраживање је могуће само онда када није у супротности са правима других, те је слобода истраживања претпостављена. Будући, да се у области биомедицине слобода истраживања не поклапа увијек са правом ембриона да буду заштићени, њена употреба је ограничена у овој области. Уништавање ембриона, у области биомедицине, не може бити легитимисана као у области питања првог доба. Наредни правни проблем у вези коришћења ове слободе у области истраживања на ембрионима, је општи захтјев да се добије пристанак прије интервенције. Примјењено рјешење, у том смислу, подразумјевају да донатори гамета имају власништво над *in vitro* ембрионима. Имовинска права родитеља над ембрионима разликују се од имовинских права над другим

---

<sup>1007</sup> Harmon Shawn, From conflicting narratives to legal conflicts: Patenting and irreconcilable differences on the idea of "biovalue" *Medical Law International*, (2013):12, 203.

објектима у томе што нису законски овлашћени да их продају на тржишту. С друге стране, оно их снабдјева правом да буду на листи финансијских добитника из профита насталог комерцијализацијом истраживања на ембрионима, и то на основу њихове заједничке инвестиције (*joint venture*). Ово рјешење у основи дехуманизује *in vitro* ембрионе, што није у складу са њиховим регионално признатим статусом. Без обзира на то, истраживање на ембрионалним матичним ћелијама је широко распрострањено у Европи. Остављајући ово питање да буде регулисано на националном нивоу оно је заправо предато у зависност од историјских, политичких и културних особености. Суштинска чињеница, која дијели националне законске позиције у Европи јесте приступ питању да ли достојанство, као један од конститутивних елемената права ембриона да буду заштићени, треба бити наручено очекиваним бенефитима биомедицинских истраживања. Супротни одговори представљају, заправо, продужење ставова заузетих у питањима првог доба. Такви одговори на питања другог доба, било да су либерална или рестриктивна, не могу правилно да опслуже регионалну тежњу за заштитом ембриона. Либерални одговори су потпуно немарни према новим околностима (достојанству нових чланова људске расе), које нису идентификоване под застарјелим класичним дефиницијама субјеката права. Рестриктивни приступ је често праћен недоследностима што се огледа кроз различит третман ембриона у зависности од њиховог географског поријекла, технике стварања, предвиђене функције или сврхе.

Питање које се блиско односи на тему овог истраживања је уништење ембриона у истраживачке сврхе. Ембрионалне матичне ћелије су веома драгоцјени истраживачки материјал због њихових тотипотентних и плурипотентних особина, које им дају могућност да формирају нови ембрион, као и постељицу и пупчаник, да се претвори у било коју ћелију у људском тијелу и да се неограничено обнавља. Међутим, с обзиром да овај извор матичних ћелија изазива одређене етичке проблеме, разлика између њиховог потенцијала да лијечи болести и њиховог потенцијала да се користе у разним истраживањима је учињена како би се објективно процијенила оправданост њиховог уништења. Што се тиче терапеутског потенцијала, овај извор матичних ћелија не пружа више шанси да се постигне ефикаснија медицина у односу на етички неспорне или мање спорне изворе матичних ћелија. С друге стране, ембрионалне матичне ћелије имају већи истраживачки потенцијал у поређењу са матичним ћелијама добијеним кроз алтернативне начине, што је неутралисано чињеницом да је могуће трансформисати одрасле или

неонаталне ћелије у еквивалент плурипотентној матичној ћелији, као и са чињеницом да се матичне ћелије могу лако добити из крви пупчане врпце новорођених беба. Стога, узимајући у обзир, веома уску листу потенцијалних корисника тог истраживања, посебно у вези са општим примједбама на легитимитет истраживања и алтернативне начине за добијање матичних ћелија, истраживачки потенцијал ембрионалних матичних ћелија не може да оправда уништавање ембриона.

Ова позиција би могла бити подржана кроз регионалну судску праксу у вези са патентабилношћу проналазака који потичу из истраживања на ембрионалним матичним ћелијама. Ставови ЕСП, у случају *Brustle v Greenpeace*, би се могли окарактерисати као наклоњени праву ембриона да буду заштићени, јер искључују могућност заштите патентом проналазака који потичу од истраживања на матичним ћелијама. Један од најважнијих изјава које је ЕСП истакао у овом случају се односи на дефиницију ембриона. Ембрион је дефинисан као "оплођена јајне ћелије, неоплођено људско јајашце у које је језгро ћелије из зреле људске ћелије пресађено, или неоплођене људске јајне ћелије, чија подјела и даљи развој су стимулирани партеногенезом", јер су способни започети развој у људско биће. Очигледно, листа организама и формација обухваћених термином „ембрион“ није коначна. Ово проширење појма ембрион на „организме“, који нису били предмет оплодње, на основу њихове „способности отпочињања процеса развоја људског бића (...)“, уводи нови правни принцип који се заснива на потенцијалу. По мишљењу ЕСП, није само потенцијал да се развије у људско биће, већ потенцијал да се почне тај процес, оно што је важно за морални статус и достојанство, без обзира на фазу развоја и питање да ли је такав потенцијал природан или вјештачки. У свјетлу научних достигнућа, ЕСП је увео да нити је тренутак оплодње, нити тренутак трансплантације језгра ћелије у јајне ћелије, од искључивог значаја за настајање људског бића. Он је увео идеју да „потенцијал отпочињања“ одређује припадност људском роду, тако да термин „ембрион“ није више синоним за класично људско биће. Сада, то је синоним за потенцијал да др започне процес настанка људског бића. Како се наука развија, то је за очекивати да ћемо ускоро бити у стању да изазовемо такав потенцијал у све рудиментнијим ћелијским формацијама или чак у једној ћелији. Овај принцип је, без сумње, далеко шири у односу на друге теоријске или судске принципе, али његови ефекти нису тако далекосежни. С обзиром на правни оквир, дефиниција је конструисана од двије компоненте, правне и моралне, са различитим опсегом и због тога различитим заштитним ефектом.

Ефекти правне компоненте се свде на питање разарања ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе. Униформна правна дефиниција ембриона се примјењује само у регулисању употребе „људског биоматеријала“ у наведене сврхе. Нити пресуда ЕСП нити Директива, искључују истраживање на ембрионалним ћелијама. Због тога, само уништавање ембриона није забрањено на регионалном нивоу, али је забрањена патентабилност резултата истраживања који потичу из експеримената који подразумјевају уништење ембриона. Практично, то повећава заштиту ембриона чинећи истраживање на њима ризичним и непрофитабилним. Таква заштита је индиректна јер је једина санкција за уништење ембриона непатентабилност изума. Државе су и даље задржале дискрецију да самостално утврђују дефиниције ембриона у контексту различитих питања која нису разматрана од стране ЕСП-а или у Директиве.

Морална компонента одлуке ЕСП садржана је у самој одлуци која се бавила моралношћу уништења ембриона. Пошто је прогласила разарање ембриона за наведене сврхе неморалним, тиме је ембрионима признала морални статус. Међутим, није сасвим могуће ограничити ефекте овог статуса искључиво на разматране околности. На примјер, било би неодрживо тврдити да, када индустрија тражи уништење ембриона да су морални агенти "оплођене јајне ћелије, неоплођено људско јајашце у које је језгро ћелије из зреле људске ћелије пресађено, или неоплођене људске јајне ћелије чија подјела и даљи развој су стимулирани партеногенезом", истовремено када се уништење ембриона тражи за потребе науке, тај захтјев не уништава моралне агенте, већ "оплођене јајне ћелије, не оплођено људско јајашце у којем је језгро (...) ". Као што је закључено током претходне дискусије, одлучујући разлог за позиције ЕСП-а у вези са моралним статусом ембриона, се заснива на њиховом потенцијалу да отпочну процес развоја људског бића. Према томе, по мишљењу ЕСП, такав потенцијал има предност у односу на истраживачки потенцијал ембрионалних матичних ћелија. Дакле, морални статус ембриона, без обзира на фазу њиховог развоја, такође је релевантан за њихово коришћење у научне сврхе. Морални статус *in vitro* ембриона није мањи од статуса одојчади, коматозних пацијената или Тарзана.

Иако постоје различите побуде за уништавање ембриона, осим оних реферисаних од стране ЕСП ембрионима формално није дат пуни морални статус, прије ове пресуде није постојао јединствен европски став у вези са било којим од разматраних питања. Значај ове одлуке, такође, је и у томе што је ипак оставила значајно дискреционо право

чланицама ЕУ да задрже различите моралне позиције о уништењу ембриона. Чак и ако ефекти ове пресуде остану строго ограничени на разматране околности, она даје пренаталном животу шири обим заштите од оног који је раније постојао. Стога, ово потврђује недвосмислен заштитни домет достојанства и моралног статуса *in vitro* ембриона против (употребе) уништења у индустријске или комерцијалне сврхе и комерцијалне експлоатације за научна истраживања. Дискреционо право држава чланица ЕУ је искључено у том погледу. Очигледно, пренатални живот добија већу заштиту кроз достојанство него кроз претпостављено право на живот. Главни недостатак овог јединственог приступа (потенцијална неконкурентност) може се превазићи помоћу алтернативних извора матичних ћелија који су, са моралног становишта, широко прихватљиви.

## ГЛАВА III

### ЗАШТИТА ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТ КРОЗ НОРМЕ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Ово поглавље прије свега истражује да ли национална законодавства, која омогућавају власничке радње над *in vitro* ембрионима, задовољавају међународноправне стандарде који су уведени кроз инструменте за борбу против трговине људима, против ропства и инструменатима за спрјечавање и кажњавање геноцида. У том циљу, истражено је да ли су испуњени прихваћени елементи кривичног дјела трговине људима када се упражњава власништво над *in vitro* ембрионима. У оквиру ове дискусије је такође анализиран однос оваквих радњи према гаранцијама из инструмената за борбу против ропства, као и однос према гаранцијама из инструмената за спрјечавање геноцида. Као резултати истраживања потврђују, државе треба да криминализују све радње повезане са власничким овлашћењима над *in vitro* припадницима људске расе како би испуниле своје обавезе које се односе на спрјечавање трговине људима, борбе против ропства и спрјечавања геноцида као и заштите жртава .

#### 1. ЗАБРАНА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА И РОПСТВА

Уводни дио овог поглавља разматра однос између захтјева за заштиту људских права и инструмената за борбу против трговине људима. Тачке пресјека те двије гране права су испитане са аспекта комбиноване заштите права на живот и право на здравље, слободу и безбједност личности, забрану тортуре или нехуманог или понижавајућег поступања и права на приватност. У том смислу, испитано је да ли инструменти за људска права представљају међународне стандарде који се морају уградити у националну дефиницију злочина.

Када се анализирају општи захтјеви инструмената за заштиту људских права, у погледу националне дефиниције трговине људима, може се сматрати да Конвенција не захтјева униформну дефиницију. Важно је да национално законодавство криминализује све радње као што су ропство и принудни рад и симетрична дјела која спадају у оквир члана 4. Конвенције. У контексту трговине људима, Суд је навео да члан 4. намеће позитивне обавезе државама да заштите појединце од експлоатације. Та обавезе се састоје од три аспекта: превенције трговине људима, заштиту жртава и кривично гоњење, и кажњавање трговаца људима.



### 1.1. Однос норми из области људских права и из области забране трговине људима

С обзиром на призму људских права, трговином може доћи до повреде права на живот и права на здравље, полне дискриминације,<sup>1008</sup> слободе и безбједност личности, забране тортуре или нехуманог или понижавајућег поступања, забране ропства и права на приватност. Полазна тачка за анализу међусобних односа између људских права и трговине људима јесте да се сагледа да ли су за национално дефинисање злочина релевантни захтјеви из инструмената за заштиту људских права. У том смислу, дефиниције трговине људима које су уведене у националним законодавствима држава разликују се једна од друге. Због тога, сасвим је разумно да се сматра да Конвенција не захтијева јединствену дефиницију која би карактерисала национално законодавство усклађеним са гаранцијама људских права.<sup>1009</sup> У том свјетлу од пресудног је значаја сагледати релевантност Палермо протокола. Када је разматрао то питање, у *Siliadin v France*,<sup>1010</sup> Суд је утврдио да национални закон није био довољан јер није садржавао инкриминације различитих дијела као што су ропство или принудни рад.<sup>1011</sup> Будући да национално законодавство садржи само опште норме, Суд је сматрао да то омогућава широк распон тумачења ових дјела што је такође несагласно гаранцијама људских права. У овом случају, Суд је анализирао захтјеве из члана 4., у вези са експлоатацијом, и утврдио да су им у супротности околности које укључују "поред обавезе да се пруже одређене услуге у другој ... немогућност да се промјени лични статус". У контексту трговине људима, Суд је навео да члан 4. налаже позитивне обавезе држави да заштити појединце од експлоатације. У циљу испуњавања својих обавеза, држава мора успоставити ефикасне кривичне законе, не само да се уздрже од угрожавања права. "Према томе, нужно слиједи из ове одредбе, да државе имају позитивне обавезе, на исти начин као и према члану 3., на примјер, да усвоје одредбе кривичног закона којима се кажњава пракса забрањена чланом 4. и да их примењују у пракси." Чињеница да Суд није нашао да је ситуација у овом случају представљала ропство, јер нико није вршио право власништва

---

<sup>1008</sup> CEDAW General Recommendation No. 19, UN Doc. A/47/38, para. 24(g), and (h); The UN Human Rights Committee General Comment No. 28: Equality of Rights between Men and Women (Article 3), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.i/Add. 10, para. 12.

<sup>1009</sup> For comprehensive analysis of the relation between Convention and prohibition against trafficking refer to Bojan Milisavljevic, Bojana Cuckovic, Case-Law of the European Court of Human Rights relating to Trafficking in Human Beings, ( ISBN 978-86-7020-320-4, ISBN 978-86-7020-190-3; UDC: 347.951:341.645(4) 343.431) Academy of criminalistic and police studies, Belgrade 2015, 256-266.

<sup>1010</sup> *Siliadin v France*, Application No. 73316/01, Merits, 26 July 2005.

<sup>1011</sup> Similar in *CN v The United Kingdom* Application No. 4239/08 Merits, 29 February 2013.

над подносиоцем, био је критикован због прекомјерне конзервативности. Такве критике се чине основаним, јер упоредна пракса је утврдила да одређени степени контроле могу имати исти ефекат као ропство. Касније у *Rantsev v. Cyprus and Russia*<sup>1012</sup> Суд је повезао садржину члана 4.-а Конвенције Савјета Европе о борби против трговине људима, са забраном ропства и принудног рада из члана 4. Европске конвенције о људским правима.

Са друге стране, законодавство Кипра сматрано је адекватним у *Rantsev v. Cyprus and Russia*, јер одражава Палермо протокол. Истовремено, руски закон је такође сматран задовољавајућим, иако је садржао само секвенцу дефиниције из Палермо протокола. У овом случају, Суд је констатовао да трговина људима није експлицитно укључена у одредбе члана 4. (забрана ропства, ропства и принудног и обавезног рада). Али, пошто се Конвенција не може тумачити "у вакууму", већ у међународном контексту, Суд је сматрао да трговина људима како је дефинисана у члану 3 (а) Палермо протокола и члану 4. (а) Конвенција за борбу трговине спада у дјелокруг члана 4. У том смислу, Суд је закључио да обавезе држава из члана 4, садрже три аспекта; спрјечавање трговине људима, заштиту жртава и кривично гоњење и кажњавање трговаца људима. Имајући у виду, релевантну судску праксе, треба рећи да Суд не инсистира на терминолошкој еквивалентности између Палерма и националних дефиниција. Важно је да држава обухвати криминализацијом све акте,<sup>1013</sup> забрањене по члану 4. Конвенције, како би испунила захтјеве инструмената за заштиту људских права. Са своје стране, Суд није дао никакве смјернице ка обавезним елементима дефиниције злочина.

Други облик експлоатације која је широко распрострањена у индустрији трговине, свакако је сексуална експлоатација. Сексуална аутономија дубоко је повезана са правима заштићеним чланом 8. Конвенције која чува право на поштовање приватног и породичног живота. У том смислу, веома је важно која су правна средства на располагању жртвама сексуалног насиља пред домаћим органима. Као што смо видели, у случају *X and Y v. The Netherlands*, није било могуће да се уложи жалба због силовања у име 16-годишње дјевојке са менталним инвалидитетом. Према националном законодавству, таква жалба мора да буде поднијета од стране саме жртве, док је у исто време конкретној жртви било потребно коришћење старатеља. На владине аргуменате да одређивање правних средства за борбу против сексуалног насиља спада у слободну процјену државе, Суд је одговорио да сматра

<sup>1012</sup> *Rantsev v Cyprus and Russia* Application No. 25965/04 Merits, from 7 January 2010.

<sup>1013</sup> *CN v The United Kingdom* Application No. 4239/08 Merits, 29 February 2013, the Court the found the criminalisation of solely certain aspects of the violations in Article 4 is insufficient.

да је заштита коју пружа грађански закон у предметном случају недовољна. Даље, Суд је истакао да је ефикасна превенција неопходна у овој области, и може се постићи само одредбама кривичног права. Треба, такође, напоменути да је Суд одбацио тврдњу да жртва има право на грађанскоправно средство у случајевима у којима је кривичноправно средство такође доступно.<sup>1014</sup> Због тога, право људских права, у неким случајевима, захтјева употребу кривичноправних средстава како би се ефикасно спријечило сексуално насиље које представља повреду члана 8. Такав захтјев не постоји у погледу грађанскоправног средства.

Пошто трговина, са својим карактеристикама, представља нехумано или понижавајуће поступање према жртви, може се сматрати да је главни захтјев из дјелокруга члана 3. доступност домаћих кривичноправних средстава. До сада, не постоје прецизне смјернице који су ефикасни правни љекови, али је могуће закључити који нису.<sup>1015</sup>

## **1.2. Пренатални живот и инструменти за борбу против трговине људима**

У протеклим деценијама дошло је до значајних промјена у области репродукције која се односе на широк спектар предмета регулисања националног и међународног права. Развој техника асистираних репродукције је довело до бројних питања посебно у вези са заштитом достојанства. У контексту борбе против трговине људима развој техника за *in vitro* репродукцију омогућио је нове начине за виктимизацију који захтјевају хитни правни одговор. У том смислу, добро је имати на уму међународноправни статус, који је додјељен *in vitro* ембрионима, када се дискутује о обавези државе у погледу њихове заштите помоћу кривичноправних средстава, а који је претходно реферисан. У најгрубљим цртама, подсјећања ради, пренатални живот је кроз судску праксу квалификован за одређени ниво заштите људских права због чланства у људској раси и капацитету да постане личност.<sup>1016</sup> Судски приступ је праћен и одговарајућим нормативним активностима.<sup>1017</sup>

Одредница капацитета је значајан критеријум у теоријским расправама када се расправља о томе да ли одређени ентитет има моралну вриједност, и да ли га треба заштитити.<sup>1018</sup> За разлику од спорне релевантности потенцијала у етичким расправама о

<sup>1014</sup> *August v The United Kingdom*, Application No. 36505/02, 21 January 2003.

<sup>1015</sup> *A. v The United Kingdom*, Application number 100/1997/884/1096, Merits, 23 September 1998

<sup>1016</sup> *Vo v France*, Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 84.

<sup>1017</sup> Palević, Milan, Dakić, Dragan. Početak zaštite prava na život na Američkom kontinentu = Beginnig of right to life protection at American continent. *Журнал за криминалистику и право = Journal of Criminalistics and Law*, ISSN 0354-8872 Academy of Criminalistic and Police Studies 2013, pp 81-93 [COBISS.SR-ID 202737420].

<sup>1018</sup> Harris John, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics* (London: Routledge 1985), 8 and Singer Piter, *Rethinking Life and Death: The Collapse of Our Traditional Ethics* (Oxford: Oxford University Press

моралном статусу, потенцијалност је од кључног значаја у кривичном праву. У области трговине људима, *in vitro* чланови људске расе јасно имају капацитет да постану жртве свих врста трговине људима. Овај капацитет изазива реално питање да ли правни акти за борбу против трговине људима треба да обухвате и *in vitro* људске чланове? То даље утиче на дефиницију злочина, и сходно томе на обавезе државе из члана 4. Конвенције у погледу превенције трговине људима и заштити жртава.

### **1.3. Елементи међународног кривичног дјела трговине људима у контексту нових околности и модерних извора ропства**

Прије истицања било каквих захтјева за криминализацијом одређених поступака као што су усвајање/донација *in vitro* ембриона, требало би прво испитати да ли је та дјела могуће квалификовати прихваћеном правном дефиницијом трговине људима? У опционом протоколу, уз Конвенцију о правима дјетета о продаји дјете, дјечјој проституцији и дјечијој порнографији (Опциони протокол), дефиниција се састоји од три елемента: радње, намјере и сврхе.

#### **1.3.1. Actus reus и *in vitro* ембриони**

Први елемент дефиниције трговине људима се односи на: "врбовање, превоз, трансфер, скривање или прихват особа". Други елемент се односи на средства извршења која су генерално описана као превара, сила или принуда, али који није нужан када је у питању трговина дјецом.<sup>1019</sup> То значи да било која радња која укључује дијете, укључујући и усвојење, и овај други елемент, не треба да се докаже.<sup>1020</sup> Што се тиче трећег елемента, који подразумјева експлоатацију, може се сматрати да он постоји када се дијете прода.<sup>1021</sup> Стога, дефиниција трговине људима може се у потпуности примјенити на *in vitro* ембрионе. Овај аргумент иде у прилог закључку да национална дефиниција трговине људима, која искључује људе пре-личности, је сувише уска и не може да одговори на изазове данашњице.<sup>1022</sup> Ова тврдња се, такође, може засновати на сљедећим чињеницама: Конвенција о правима дјетета (КПД) дефинише само горњу границу детињства која је утврђена на 18 година, док је препуштено државама потписницама да дефинишу доњу

---

1995), 206.

<sup>1019</sup> Optional Protocol Article 3(c),

<sup>1020</sup> Alexander Jessica, Why the United States should define illegal adoption practices as human trafficking, *Houston Journal of International Law* (2014): 36(3), 739

<sup>1021</sup> Optional Protocol Article 2a.

<sup>1022</sup> For comprehensive analysis of shortcomings of European national legislation in regard limitations of current national definitions Погледати IMPACT Transnational Analysis Improving & Monitoring Protection Systems Against Child Trafficking and Exploitation 2014, 37-43.

границу, односно када оно почиње. Истовремено, КПД укључује преамбуларну одредбу о потреби да се пружи „одговарајућа правна заштита дјетета, како прије, тако и после рођења“.

Сматрам да КПД захтјева да се правна заштита прошири на пренаталну фазу, без обзира на обим признатог субјективитета. Значење израза " одговарајућа" у великој мјери зависи од данашњих услова, на које утичу и научна достигнућа.<sup>1023</sup> Посматрајући ово у контексту Опционог протокола, којим се уводи да продаја дјете подразумева "било коју радњу или трансакцију којом се дијете преноси од било које особе или групе особа другој за новчану, или било коју другу накнаду“, „одговарајућа правна заштита“ обухвата заштиту против таквих аката извршених како прије, тако и после рођења дјетета било оно *in vitro*, или *in vivo*. КПД гарантује заштиту људима без обзира на њихово паковање. Имајући у виду, да Суд не инсистира на формулацији, већ на криминализацији свих дијела извршења, требало би да буде јасно да не постоји захтјев из људских права који намеће обавезу националног законодавства да директно нормира радње које укључују *in vitro* ембрионе. Умјесто тога, пажњу би требало пребацити на питање да ли национално законодавство инкриминише трговину њима.

### 1.3.2. *Mens rea* и *in vitro* ембриони

Специфичност трансакције *in vitro* или *in vivo* дјете је у томе, што се углавном јавља због других сврха и мотива у односу на трансфер одраслих особа. Наиме, најчешћа сврха трансфера дјете из перспективе купаца је та да постане родитељ или да се пронађе лијек за болести. Због тога, мотиви могу бити веома племенити. Али племенити мотиви нису довољни да се занемаре међународноправни захтјеви за инкриминацијом. Као што смо видјели, Опциони протокол забрањује бројна дјела која су квалификована као продаја дјете, што се сматра експлоатацијом по себи.<sup>1024</sup> Овакво правно становиште засновано је на чињеници да нико не може имати власништво над људима без обзира на њихову старост или паковање. Иначе, дјета би била сведена на ниво објекта.<sup>1025</sup>

---

<sup>1023</sup> It is interesting approach of the Italian Penal Code which in article 601 criminalizes the ‘result’ of trafficking.

<sup>1024</sup> Погледати also European Union Agency for Fundamental Rights (2009(a), ), Thematic Study on Child Trafficking: Italy, Vienna. Cited in: IMPACT National Report Italy: Chapter 4.4.4.

<sup>1025</sup> Погледати also the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children which maintains that persons do not have the right to choose to be trafficked, or for their children to be trafficked.

Посебно угрожене категорије у овом контексту су *in vitro* дјеча из сљедећих разлога: током вјештачке оплодње могуће је створити много више ембриона него што је потребно ради репродукције. Даље, они су погодни да се складиште и транспортују лакше него било која друга замрзнута роба. Због тога ове жртве не могу да буду идентификоване у званичним подацима и процјенама. Традиционални правни пропуст, да се препознају људи у пренаталном стадијуму као субјекти права, дао је донаторима генетског материјала, из којег су створени *in vitro* ембриони, власничко правимо над њима. На пример, родитељи имају овлашћење да их продају,<sup>1026</sup> или донирају,<sup>1027</sup> или чак да одлуче да их „пусте да умру“.<sup>1028</sup> Ако су ембриони уништени од стране трећег лица, родитељи имају овлашћења само да траже одштету као у случају када им је уништена имовина (не постоји кривичноправна одговорност штеточине). Стога, чак и ако из праксе Суда недостају јасне смјернице за повезивање трговине људима и ропства,<sup>1029</sup> сличности између статуса традиционалних и модерних (*chattel slaves*) робова је више него очигледна.<sup>1030</sup> Лугоси указује на занимљиву паралелу између постојећих облика експлоатације пренаталног живота и традиционалног ропства. Он тврди:

Робови су историјски коришћени за постизање личних, друштвених, економских и политичких циљева. Робови су могли бити приморани да обављају задатке и пролазе кроз личне жртве ради унапређења цивилизације претходних култура. Робови су дехуманизовани како би могли да се користе за ствари које је грађанин имао право да одбије. Аргументи за оправдање ропства су исти аргументи који се користе данас да оправдају утилитарну експлоатацију нерођеног људског живота.<sup>1031</sup>

<sup>1026</sup>

Погледати

Californian

AB

926

[http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=201320140AB926](http://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140AB926) 30.01.2015.

<sup>1027</sup> Погледати Scott Rosamund, [Williams C](#), [Ehrich K](#), [Farsides B](#), Donation of ‘spare’ fresh or frozen embryos to research: Who decides that an embryo is ‘spare’ and how can we enhance the quality and protect the validity of consent? *Medical Law Review*, (2012).

<sup>1028</sup> Law on Infertility Treatment and Bio-Medically Assisted Procreation of the Republic of Slovenia. For more details refer to Žnidaršič Skubic Viktorija, The Issue of Consent in Biomedically Assisted Reproduction Procedures (The Case of *Evans v The United Kingdom*), *Civil Medical Law* 2010/11.

<sup>1029</sup> Bojan Milisavljevic and Bojana Cuckovic, Case-Law of the European Court of Human Rights relating to Trafficking in Human Beings, ( ISBN 978-86-7020-320-4, ISBN 978-86-7020-190-3; UDC: 347.951:341.645(4) 343.431) Academy of criminalistic and police studies, Belgrade 2015, 256-266.

<sup>1030</sup> *CF* Finkelman Paul, The American Suppression of the African Slave Trade: Lessons on Legal Change, Social Policy, and Legislation, *AKRON L. REV.* (2009): 42.

<sup>1031</sup> Lugosi I. Charles, Respecting Human Life in 21<sup>st</sup> Century America: A Moral Perspective To Extend Civil Rights to the Unborn from Creation to Natural Death, *Issues in Law & Medicine*, (2005): 20 (3), 226.

Постоје ставови да је трговина људима само средство поробљавања,<sup>1032</sup> према којем је ропство један од основних узрока трговине људима. Овдје се треба подсетити да ропство постоји када се остварује неко, или сва овлашћења из власничких права.<sup>1033</sup> С тога, у овом специфичном подручју, легислатива намјењена борби против трговине људима треба да првенствено отклања нове потенцијалне изворе поробљавања. Имајући у виду, да се забрана ропства сматра за *jus cogens* норму међународног права, која као таква, уводи *erga omnes* обавезе, нужно слиједи да државе имају позитивну обавезу да криминализују све радње везане за процес поробљавања, укључујући и продају/трансфер/трансакције *in vitro* потенцијалних робова.

Још једна одлика специфична *in vitro* жртвама је вријеме извршења кривичног дјела. Власничка влашћења се упражњавају прије рођења. Према документу *Addressing contemporary forms of slavery in EU external policy*<sup>1034</sup>, ропство постоји када је особа рођена у статусу сталне потчињености, а власничка права су често коришћена. Очигледно, радња трговине обавља се прије него што је особа рођена. Стога, није пресудно када се конзумирају овлашћења која проистичу из власничких права, прије или после рођења, такве радње представљају експлоатацију у контексту трговине људима и треба их криминализовати у циљу борбе против спрјечавања трговине људима, и поробљавања људских бића. Такође, међународно кривично право квалификује одређене облике трговине људима у контексту робовања или ропства.<sup>1035</sup>

Поробљавање је уведено као злочин против човјечности из члана 7. (1) (ц) Римског статута. Њиме је овај злочин дефинисан у симетрији са дефиницијом из Конвенције о ропству (1926).<sup>1036</sup> Римски статут уводи да се злочин геноцида може починити над рођеним, као и над нерођеним члановима заштићене групе.<sup>1037</sup> То подразумева да би се криминализација везаних радњи над *in vitro* људима, такође, ослањала на правне стандарде који су утврђени у повезаној грани права. Могло би се рећи, и да је таква заштита *in vitro* жртава чврсто утемељена на правно обавезујућим међународним

---

<sup>1032</sup> Directorate-general for external policies of the Union which *Addressing contemporary forms of slavery in EU external policy*.

<sup>1033</sup> 1926 Convention on Slavery.

<sup>1034</sup> <http://bookshop.europa.eu/en/addressing-contemporary-forms-of-slavery-in-eu-external-policy-pbBB0113823/> 30.01.2015.

<sup>1035</sup> Pati Roza, States' positive obligations with respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights breaks new ground in *Rantsev v. Cyprus and Russia*, *Boston University International Law Journal* (2011): 29(79), 130.

<sup>1036</sup> 7(2), (c), of the 1926 Convention on Slavery.

<sup>1037</sup> Rome Statute, Article 6 (d),

стандардима за заштиту права дјетета. У сваком случају, пропуст да се све потенцијалне жртве препознају под инструменатима за борбу против трговине људима/ропства доказао би да историјске лекције нису научене.<sup>1038</sup> Нормативно гледано, инструменти за борбу против ропства постепено су еволуирали од 1904. и 1910., када су се рестриктивно бавили само трговином бијелим робљем, „White Slave Traffic“ до 2005. године, када је усвојена Конвенција Савјета Европе о борби против трговине људским бићима, која се односи на сва људска бића као носиоце достојанства,<sup>1039</sup> сходно томе односи се и на *in vitro* носиоце достојанства.

### 1.3.3. Позитивне обавезе

Дакле, како би испуниле позитивне обавезе у погледу спријечавања трговине људима и заштите жртава, државе нужно морају да узму у обзир научна достигнућа, као што је развој репродуктивних техника. То је због чињенице да такав напредак доноси могућност да постави различите групе људи у угрожени положј. Посебно угрожена категорија у овом контексту су *in vitro* дјеца, јер је могуће да их се створи много више него што је потребно за третман, погодни су за складиштење и транспортују се лакше него било која друга замрзнута роба. Одређене јурisdикције дају власничка овлашћења донорима над њима, те могу да их продају, донирају или чак да одлуче да их "пусте да умру". Такав третман *in vitro* ембриона проблематичан је у неколико аспеката из угла међународног права. Прво, *in vitro* ембриони су признати чланови људске расе који су, као такви, имаоци достојанства. Статус имаоца достојанства захтјева обезбјеђење заштите кроз инструменте за заштиту људских права без да такав ентитет буде идентификован као особа. Конвенција о правима дјетета дефинише само горњу границу дјетинства, истовремено укључује и обавезу пружања „одговарајуће правне заштите“, која подразумјева заштиту дјете од свих, укључујући и новоразвијених начина за њихову експлоатацију.

Посматрајући наведено, у контексту обавеза државе које су садржане у инструментима за борбу против трговине људима и ропства, слиједи да сваки акт, или трансакција, којима се дијете, ималац достојанства, преноси од стране било које особе

---

<sup>1038</sup> In 1904 and 1910 there were two restricted International Agreements for the Suppression of the “White Slave Traffic” only.

<sup>1039</sup> Погледати Terry Davis, Secretary General, Council of Europe, Speech at the First Meeting of GRETA (Feb. 24, 2009), *available at* [http://www.coe.int/t/secretarygeneral/sg/speeches/archives/2009/F\\_24022009\\_1st\\_meeting\\_GRETA\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/secretarygeneral/sg/speeches/archives/2009/F_24022009_1st_meeting_GRETA_EN.asp). 31.01 2015.



или, групе особа другој за накнаду, или из било којег другог разлога, представља забрањену експлоатацију. Вршење власничких овлашћења над људима, без обзира на њихову старост или паковање, је забрањено инструментима за борбу против ропства. За наступање инкриминисаних радњи релевантна је употреба власничких овлашћења без обзира на то да ли су она употребљена прије или после рођења. Такође, циљ продаје је небитан, јер циљ не може да неутралише међународноправни захтјев за криминализацијом таквих аката. Први корак који предлажем је да држава у циљу превазилажења посебно акутног проблема идентификације жртава пропише максимални број ембриона који се могу створити у сврху изазивања трудноће и да уведу строге протоколе за њихово чување. Државе треба да елиминишу сваку могућност да се упражњавају власничка овлашћења над *in vitro* ембрионима.

**2. ЗАШТИТА ПРЕНАТАЛНОГ ЖИВОТА НОРМАМА О ЗАБРАНИ ГЕНОЦИДА**  
У дискусији, којој је претходила, указано је да су европски режими који уводе право на абортус проблематични са аспекта међународног права о људским правима, углавном због тога што уводе временски неограничен приступ абортусу. Временски неограничен абортус се углавном заснива на "изузетним разлозима", као што су здравствени ризици и инвалидитет нерођеног дјетета. Постоји, колико је мени познато, само једна европска јурисдикција која дозвољава временски неограничен абортус на захтјев. Што се тиче овакве регулативе, закључено је да право на абортус, које подразумјева његову допустивости на основу психо-социјалних индикација, не може бити у складу са Конвенцијом јер ове индикације имају широко значење.

Према регионалним гаранцијама људских права, како би се касни абортус легитимисао прихватљивим основом, мора се утврдити да<sup>1040</sup> "трудноћа или порођај представљају озбиљну опасност за живот жене [или] доводе до стања које представља озбиљну пријетњу женином физичком или менталном здрављу, укључујући и озбиљне аномалије или малформације фетуса."<sup>1041</sup> Дакле, право да настави, или прекине трудноћу "није апсолутно" по посљедњем основу.<sup>1042</sup> Сврха одредбе која омогућава касни прекид

---

<sup>1040</sup>See Albin Eser and Hans-Georg Koch, *Abortion and the Law: From International Comparison to Legal Policy*, an English translation by Emily Silverman (The Hague: TMC Asser Press 2005).

<sup>1041</sup>See e.g. *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002. (the Court enumerates relevant Italian law).

<sup>1042</sup>*R.R. v Poland*, Application No. 27617/04, Merits, 26 May 2011, para 247–248.

трудноће је да сачува физичко и ментално здравље мајки. Због тога, сама еугеника није препозната као основ за абортус на регионалном нивоу.

Овде ћу се бавити односом између употребе малформације, као основа за неограничен приступ абортусу, и забране геноцида. Раније је већ истакнуто да се овај основ за абортус може посматрати у контексту стандарда међународног кривичног права. Прецизније, треба бити свјестан да Конвенција о спрјечавању и кажњавању злочина геноцида<sup>1043</sup> прописује да злочин геноцида може бити почињен путем биолошког истребљења рођених, као и нерођених чланова групе.<sup>1044</sup> Према Конвенцији о геноциду, злочин геноцида може бити почињен "у време мира или у вријеме рата".<sup>1045</sup> Геноцид се може, такође, починити и против сопственог становништва.<sup>1046</sup> Усвајање Конвенције о геноциду је био један од главних резултата Другог свјетског рата, у којем је међународна заједница свједочила истребљењу Јевреја, Пољака, Словена, Рома и других друштвених група као што су хомосексуалци, ментално болесни, од стране нацистичке Немачке.<sup>1047</sup> Због тога, постоје основе за дискусију да ли су особе са инвалидитетом заштићена група.

Што се тиче односа између коришћења малформација као основа за абортус и правно обавезујуће међународне забране геноцида, треба првенствено размотрити да ли употреба малформација у наведеном контексту може да се квалификује у оквиру правне дефиниције геноцида. Треба имати на уму да дефиниција геноцида еволуира.<sup>1048</sup> Хипотезе за даљу дискусију су следеће: различит третман по основу инвалидности је противан универзалним<sup>1049</sup> и регионалним<sup>1050</sup> гаранцијама људских права. За разлику од Џексон,<sup>1051</sup> сматрам да релевантне гаранције треба да покрију и пренатални живот, без обзира на његов правни статус будући да пренатални живот такође може бити погођен

---

<sup>1043</sup> Adopted by the UN General Assembly on 9 December 1948 (hereafter 'the Genocide Convention'). The Convention was brought into force on 12 January 1951.

<sup>1044</sup> Rome Statute, Article 6 (d),

<sup>1045</sup> Article 1 of the Genocide Convention.

<sup>1046</sup> *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze (Appellants), v. Prosecutor (Respondent)*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 November 2007, para. 494.

<sup>1047</sup> Погледати Yusuf Aksar, The "victimized group" concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of *ad hoc* tribunals *Journal of Genocide Research* (2003): 5(2), 212.

<sup>1048</sup> Schabas A. William, Darfur and the "Odious Scourge": The Commission of Inquiry's Findings on Genocide, *Leiden Journal of International Law*, (2005): 18, 874.

<sup>1049</sup> Article 7 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=267> (last visited Oct. 16, 2013). Погледати also Convention on the Rights of the Child, <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pps/crc.aspx>.

<sup>1050</sup> Council of Europe. (1979). *Recommendation 874 (1979) on European Charter on the rights of the Child*. <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta79/erec874.htm#1>. March 2013.

<sup>1051</sup> Jackson Emily, Abortion, Autonomy and Prenatal Diagnosis, *Soc Legal Stud* (2000): 9

дискриминацијом. Ова позиција није новина,<sup>1052</sup> и она већ поприма нормативне рефлексије.

Члан 2. Конвенције о геноциду, члан 4. Статута Међународног суда за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права на територији бивше Југославије од 1991. године, и члан 6. Римског статута у релевантном дијелу гласи :

У смислу одредби Статута, кривичним дјелом "геноцида" сматра се било која од слједећих радњи почињених у намери да се, у цјелини, или дјелимично, уништи национална, етничка, расна или вјерска група, и то предузимањем неке од слједећих радњи:  
д) Предузимање мјера које су уперене ка спријечавању рађања у оквиру групе;

Као што је примијетио Аксар, да би неко дјело представљало злочин геноцида, мора испунити три елемента која се односе на: радњу извршења (*actus reus*), заштићену групу и намеру (*mens rea*).<sup>1053</sup>

### 2.1. Први елемент: *actus reus*

Што се тиче првог елемента, *actus reus*-а, овдје ће дискусија бити ограничена на спријечавање рађања у групи. У том смислу, према *Prosecutor v. Akayesu*, наведени чин укључује „полно сакаћење, праксе стерилизације, присилне контроле рађања, раздвајање полова и забране бракова”.<sup>1054</sup> Фраза "уперене ка" указује на то да је субјективна тенденција да се спријечи рађање довољна за *actus reus* злочина. У том смислу, Крес сматра да мјере морају бити објективне у стању да спријече рођења.<sup>1055</sup> Према његовим ријечима, израз „предузимање мјера“ захтјева да је радња отпочела (да се налази у напреднијој фази од фазе планирања).<sup>1056</sup> Све ово, међутим, не захтјева да је жељени резултат спрјечавања рађања заправо и постигнут.<sup>1057</sup> Да би геноцид постојао, не захтјева

---

<sup>1052</sup> See Joseph Rita, *Human rights and the unborn child*, (Martinus Nijhoff publishers, The Netherlands 2009).

<sup>1053</sup> Погледати Yusuf Aksar, The “victimized group” concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of *ad hoc* tribunals *Journal of Genocide Research* (2003): 5(2), 212.

<sup>1054</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016], para. 507.

<sup>1055</sup> Claus KREß, The Crime of Genocide under International Law, *International Criminal Law Review* (2006): 6, 843

<sup>1056</sup> *Ibid.* 843.

<sup>1057</sup> *Ibid.* 843.

се доказ да је починилац изабрао најефикаснији метод за остварење уништења циљне популације.<sup>1058</sup> "У извјесном смислу, то указује да је све злочине геноцида боље окарактерисати као покушај да се почини геноцид."<sup>1059</sup> У супротном, геноцид би се могао гонити само када је група заправо уништена што је у супротности са циљем релевантних међународних инструмената.

### 2.1.1. Изазови другог доба у односу на *actus reus*

Прије анализе, у вези са регионалном судским законом људских права, корисно је, кратко се обазријети, на апликацију која је поднијета од стране НВО са Новог Зеланда-*Saving Downs* пред Међународним кривичним судом против своје владе. Према становиштима *Saving Downs*<sup>1060</sup>, програм генетског скрининга и селективног абортуса је средство за спрјечавање рађања. Као што је наглашено од стране апликанта, кључ пријаве се односи на намјере и посљедице скрининг програма; особе са Дауновим синдромом су циљана група кроз њихову биолошку *in utero* идентификацију и њихова рођења се спрјечавају. Треба напоменути да је пријава резултирала отварањем прелиминарне истраге од стране МКС.

Што се тиче регионалне судске праксе, у случају *Costa & Pavan v. Italy*,<sup>1061</sup> подносиоци су изнијели пред Судом жељу да имају здраве потомке, која је наводно заснована на члану 8. Конвенције. У овом случају, подносиоци су сазнали да су носиоци цистичне фиброзе,<sup>1062</sup> након што им је дијете рођено са овом болешћу. Сљедећа трудноћа је прекинута након што су подносиоци сазнали да фетус пати од цистичне фиброзе, јер су желели да имају здраво дијете које не пати од генетске болести. Да би се испунили своје жеље, подносиоци су жељели да се подвргну асистираној репродукцији и да се прије имплантације одради генетско дијагностиковање (у даљем тексту "ПГД"). Међутим, релевантни национални прописи су прописивали да је овај третман доступан само у

---

<sup>1058</sup> *The Prosecutor v. Radislav Krstic (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 August 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/414810d94.html> [accessed 1 April 2016], para 36.

<sup>1059</sup> *The Prosecutor v. Radislav Krstic (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 August 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/414810d94.html> [accessed 1 April 2016], para 36.

<sup>1060</sup> <http://www.savingdownsyndrome.org/action-so-far/#ICC>

<sup>1061</sup> *Costa & Pavan v. Italy*, Application No. 54270/10 Merits, from 28 August 2012.

<sup>1062</sup> Mucoviscidosis, or cystic fibrosis, is a hereditary disease characterised by abnormally viscous mucus that is secreted by the pancreatic ducts and bronchial tubes. The disease, which most commonly manifests itself in breathing difficulties, culminates – at varying rates – in severe respiratory failure which is often fatal if not treated by lung transplant. Source: *Larousse Medical Dictionary*.

стерилним или неплодним паровима, а важила је општа забрана употребе ПГД. Изузетна употреба ПГД је била дозвољена паровима код којих је мушкарац патио од сексуално преносивих вирусних болести (као што је вирус ХИВ-а, или хепатитиса Б и Ц), како би им се омогућило да зачну дјецу без ризика од инфицирања жене и/или фетуса који носи зачеће природним путем.

Позивајући се на члан 8. Конвенције апликанти су се жалили на повреду њиховог права на поштовање приватног и породичног живота, јер је једини начин да добију здраво дијете било да зачну трудноћу природно, и прекину је кад пренатална дијагностика покаже да је фетус инфициран.

У овом случају, Суд је сматрао да жеља подносилаца да зачну дијете незаражено генетском болешћу, које су они били носиоци путем коришћења АРТ и ПГД, спада у домен члана 8., "јер избор је облик изражавања свог приватног и породичног живота." Узимајући у обзир релевантно национално законодавство, Суд је утврдио да оно нема досљедност. Напоменуто је да италијански закон, с једне стране забрањује имплантацију ембриона који нису погођени болешћу у име заштите достојанства и слободе савјести здравствених радника, и искључења ризика од еугенетичке селекције, „док са друге стране омогућава подносиоцима да абортирају фетус који је оболио од ове болести ". На таквим основама, Суд је сматрао да је мијешање у права подносилаца представке на поштовање њиховог приватног и породичног живота несразмјерна легитимном циљу и неопходности у демократском друштву.

Иако је Суд заузео афирмативан став према генетском скринингу, члан 8. не треба тумачити као он представља право на генетски здраво дијете. Суд је заузео овакав став јер је конкретни генетски поремећај представљао основ за легитиман абортус према националном законодавству. Дакле, у име конзистентности. Такође, право на "генетски здраво дијете" било би илузорно, јер нико не може тврдити да је здравље законско право. Друго, ПГД и друге технологије генетског скрининга не могу у потпуности искључити све генетске опасности. Позивање на жељу, као на вриједност која ужива заштиту људских права, је могућа само у околностима када национална законска регулатива препознаје жељу и штити је правним средствима.

Узимајући у обзир праксу институције Конвенције и примјењене принципе у питањима првог доба, афирмативан став Суда о признавању правних ефеката временске разлике између зачећа и гестације, и индициран став о тренутку када је зачеће завршено, а

самим тим и приступ питању повлачења пристанка, можемо закључити да је одлука Суда у *Costa & Pavan v. Italy*, конзистентна ранијој пракси.

## 2.2. Други елемент: заштићена група

Анализа овдје почиње општом дискусијом о могућим начинима за одређивање да ли нека група може да добије статус жртве. У том смислу, теорија и пракса релевантних правосудних органа нуде како ексклузиван тако, и екстензиван приступ дефинисању заштићених група.

### 2.2.1. Ексклузивни приступ

Посматрајући формулације текста релевантних инструмената, чини се да су само националне, етничке, расне или вјерске групе заштићене од злочина геноцида, док су припадници било које друге групе изузети из колективне заштите. Иако је такав приступ био предмет критике,<sup>1063</sup> чини се да ексклузивни приступ доминира и теоријом и праксом. Што се тиче поступка нормирања (*travaux préparatoires*), на примјер социјалне и економске групе су намјерно искључене из Конвенције о геноциду,<sup>1064</sup> те се њихова заштита, према овој Конвенцији, не може разматрати.<sup>1065</sup> Исто тако, судска пракса доминантно потврђује ексклузивни приступ када је у питању одређење заштићене групе.<sup>1066</sup> У том смислу, тужилац Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију (МКТЈ) је објаснио да рестриктивно тумачење треба да "оправда квалификацију геноцида као ултимативног злочина."<sup>1067</sup> Постоји значајна академска подршка таквом приступу: Бетви сматра да је одступање од група набројаних у Конвенцији у опасности да наруши циљ и сврху Конвенције, и да је интерес одржавању значаја злочина геноцида водиља која ограничава обим заштићених група;<sup>1068</sup> Шабас тврди да Конвенција "чак и не позива на примјену онога што би се могло назвати

---

<sup>1063</sup> In this regard Schaack argues that the Genocide Convention merely sets a "basic minimum." Погледати Schaack Van Beth, *The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot*, *Yale Law Journal* (1997).

<sup>1064</sup> Погледати Bettwy Shea David, *The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is The Scope of Protection Expanding under Customary International Law*, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2011), 167-196.

<sup>1065</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31(1), UN Doc. A/CONF.39/27 (1969),

<sup>1066</sup> Except in *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016], pars 511, 516.

<sup>1067</sup> Погледати *The Prosecutor v. Karadžić and Mladić*, Case No. IT-95-18-I, Transcript of Hearing, Opening Statement of Eric Ostberg, Prosecutor of the ICTY at 25 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Jun. 27, 1996),

<sup>1068</sup> David Shea Bettwy, *The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is The Scope of Protection Expanding under Customary International Law* *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2011), 174.

аналогним групама."<sup>1069</sup> Касније нормативне активности у овој области прате уцртани рестриктивни приступ у тумачењу заштићених група. Заштита од друштвених, политичких и културних група је разматрана од стране аутора Римског статута,<sup>1070</sup> али је коначна верзија установљена на основу четири групе набројане у Конвенцији.<sup>1071</sup> У том смислу, Плесис тврди да "[у] односу на Римски статут, аутори су испољили јасну намјеру да ограниче групе на четири које су идентификоване од стране Конвенције о геноциду."<sup>1072</sup> С тога, можемо прихватити да је веома важно да се утврди да ли циљана група спада у обим једне или више наведених група у члану 2. Конвенције о геноциду, односно да се утврди обим заштићених група.

### 2.2.2. Значење набројаних категорија и коришћени критеријуми

Што се тиче значења категорија набројаних у Конвенцији о геноциду треба истаћи да су то "социјалне конструкције, а не научни изрази."<sup>1073</sup> Према судској пракси Међународног кривичног трибунала за Руанду (МКТР), „концепти националних, етничких, расних и вјерских група су разматрани екстензивно и, у овом тренутку, не постоје опште и међународно прихваћене прецизније дефиниције."<sup>1074</sup> Слично томе, МКТЈ сматра да" у покушају да се дефинишу националне, етничке или расне групе данас, употреба објективних и научно беспрекорних критеријума била би опасна радња"<sup>1075</sup> и, сходно томе, предложено је да се циљне групе дефинишу на основу специфичности сваког случаја. Након свеобухватне анализе мјеродавне праксе МКТР и МКТЈ-а, узимајући у обзир критеријуме који су се примјењивани приликом одређивања циљане групе, Јанг закључује да Конвенција о геноциду не нуди одлучујућа упутства како да се дефинишу

---

<sup>1069</sup> Schabas A. William, *Genocide in International Law* (Cambridge University Press 2d ed. 2009), 117.

<sup>1070</sup> Погледати United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of the International Criminal Court, Rome, It., *Text of the Draft Statute for the International Criminal Court*, 2 UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.8 (Mar.–Apr. 1988).

<sup>1071</sup> Погледати United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, It., June 15–17, 1998, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, 13, n.2, U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1 (Apr. 14, 1998).

<sup>1072</sup> Max du Plessis, *ICC Crimes, in THE PROSECUTION OF INTERNATIONAL CRIMES* 35, 36 (Ben Brandon & Max du Plessis eds., 2005), 11

<sup>1073</sup> Schabas A. William, *Genocide in International Law* (Cambridge University Press 2d ed. 2009), 129.

<sup>1074</sup> *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda (Judgement and Sentence)*, ICTR-96-3-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 6 December 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5880.html> [accessed 1 April 2016], para 55.

<sup>1075</sup> *The Procureur c. Goran Jelusic (Décision orale)*, IT-95-10-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 18 October 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd55c0.html> [accessed 1 April 2016].

заштићене група.<sup>1076</sup> Према томе, с обзиром да недостаје ауторитативна дефиниција набројаних група,<sup>1077</sup> постоји простор за испитивање да ли се особе са инвалидитетом могу подвести под оквир једне или више заштићених група. Полазна тачка овдје може да буде утврђивање општих карактеристика које дијеле набројане заштићене категорије. Приликом испитивања *travaux préparatoires* и анализе пратеће међународне праксе у примјени Конвенције о геноциду, Бетви тврди да је обим заштићених група дефинисан са три основна критеријума:<sup>1078</sup>

- (1) обим заштићених група мора бити потпун и ексклузиван како би се испоштовао значај злочина геноцида;
- (2) предметне групе морају бити суштински вриједне за човјечанство, те би њихов губитак био велики губитак за људску расу у цјелини;<sup>1079</sup> и
- (3) предметне групе морају бити сталне и стабилне у мјери у којој је чланство, у највећем дијелу, недобровољно.

Што се тиче првог правила, може се констатовати да је чланство у групи, чију идентификацију разматрамо ненамјерно, углавном засновано на објективним особина. Што се тиче осталих правила треба рећи да (друго правило) инклузивни концепт прихвата инвалидност као универзалну људску варијацију, а не као аберацију<sup>1080</sup>, и као таква је драгоцјена за човјечанство; (треће правило) чланство у овој групи је у највећој мери трајно и не зависи од воље њених чланова. Дакле, група инвалида испуњава основна правила која одређују обим заштићених група.

Судска пракса чак је разматрала субјективне особине групе онако као их види починилац остављајући одређење групе њиховој субјективној перцепцији.<sup>1081</sup> Субјективно одређивање заштићених група је, у ствари, једини примјенљив стандард у ситуацији као што је билао у Дарфуру (жртва и починилац често дијеле заједнички језик, вјеру и

<sup>1076</sup> Young Rebecca, How Do We Know Them When We Погледати Them? The Subjective Evolution in the Identification of Victim Groups for the Purpose of Genocide, *International Criminal Law Review* (2010): 10, 21.

<sup>1077</sup> David Shea Bettwy, The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is The Scope of Protection Expanding under Customary International Law, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2011), 167-196.

<sup>1078</sup> David Shea Bettwy, The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is The Scope of Protection Expanding under Customary International Law *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2011), 167-196.

<sup>1079</sup> According to the Lemkin central conception of genocide involves the loss of a unique group which impoverishes the human community. Погледати Luban David, Calling Genocide by Its Rightful Name: Lemkin's Word, Darfur and the UN Report, *Chicago Journal of International Law* (2006): 7(1).

<sup>1080</sup> Stein Ashley Michael, Disability Human Rights, *California Law Review* (2007), 76.

<sup>1081</sup> *The Procureur c. Goran Jelusic (Décision orale)*, IT-95-10-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 18 October 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd55c0.html> [accessed 1 April 2016], para. 70.



физички изглед).<sup>1082</sup> У извештају о Дарфуру каже се да објективни приступ није превазиђен, али да групе "више нису идентификоване само по својим објективним конотацијама, већ и на основу субјективне перцепције припадника групе."<sup>1083</sup> Према Вердираме, то је због тога што друштвена схватања, као што су колективни идентитет, а посебно националност, "нису провјерљива на исти начин као и природне појаве или физичке чињенице."<sup>1084</sup> Ово је у складу са Шоовим ставом да "геноцид представља покушај да се уништи група људи, без обзира на то колико групе дефинисане од стране починилаца одговарају на 'стварним' групама, интерно одређеним од стране њених чланова или објективно препознатљивим за посматрача".<sup>1085</sup> На најизоштренијој тачки про-субјективног приступа су Чалк и Јонасон, који предлажу да група за потребе геноцида може чак бити имагинарна.<sup>1086</sup> Шо се позива на суштинско телеолошки приговор чисто субјективном дефинисању циљане групе као жртве геноцида, јер се таквим приступом губи из вида сврха инкриминације, а то је да регулише уништење стварних колективитета насупрот регулисању неселективног терора.<sup>1087</sup> Што се тиче употребе објективних и субјективних критеријума за одређивање заштићене групе Шабасов приједлог изгледа најприхватљивије. Он сматра да „утврђивање релевантне заштићене групе треба да се врши од случаја до случаја [на основу], ослањајући се на објективне и субјективне критеријуме."<sup>1088</sup> Очигледно је да судска пракса фаворизује комбиновани приступ у идентификацији група.<sup>1089</sup> Што се тиче особа са инвалидитетом, они су објективно одређена група, али због распрострањеног социјалног модела инвалидности, такође, постоји простор за субјективне перцепције инвалидитета, а тиме и групе као жртве геноцида.

---

<sup>1082</sup> Погледати Yusuf Aksar, The "victimized group" concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of *ad hoc* tribunals *Journal of Genocide Research* (2003): 5(2).

<sup>1083</sup> Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1564 (2004), of 18 September 2004, 1 February 2005, UN Doc S/2005/60 para. 512.

<sup>1084</sup> Verdirame Guglielmo, The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *Ad Hoc* Tribunals, *International and Comparative Law Quarterly* (2000): 49, 588.

<sup>1085</sup> Shaw Martin, *What is Genocide?* (Polity Press, 2007), 102,3.

<sup>1086</sup> Chalk Frank and Jonassohn Kurt, *The History and Sociology of Genocide: Analyses and Case Studies* (New Haven: Yale University Press 1990), 23, 25-26.

<sup>1087</sup> Shaw Martin, *What is Genocide?* (Polity Press, 2007), 102,3

<sup>1088</sup> Schabas A. William, *The Law and Genocide*, in *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (eds.), Bloxham Donald and Dirk A. Moses (2010), 134.

<sup>1089</sup> *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin (Appeal Judgement)*, IT-99-36-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 April 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/48aae70a2.html> [accessed 1 April 2016], para. 684.

### 2.2.3. Екстензивни приступ

У сваком случају, обим од побројаних заштићених категорија не може се уско тумачити. У том смислу Аман указује да дефиницију из Конвенција о геноциду треба проширити, не само на парадигматске категорије, већ и на групе правилно повезане, са једним, или више набројаних придјева.<sup>1090</sup> Ако се испита да ли се особе са инвалидитетом могу подвести под националне групе треба се подсетити да се генеза самог злочина геноцида може пратити уназад до раније међународноправне заштите такозваних националних мањина.<sup>1091</sup> Јунг представља став да национална група, такође, не може бити идентификована искључиво субјективно или објективно.<sup>1092</sup> Занимљива паралела се може наћи код Квигли, који је тврдио да Кмере треба сматрати националном групом, и да су Црвени Кмери починили "ауто-геноцид" са намером да се "дијелом" униште Кмери као национална група, како би поткријепио свој став да се у Камбоџи десио геноцид.<sup>1093</sup> Међутим, с обзиром да масовно убијање које се догодило у Камбоџи није квалификовано као геноцид, укључивање особа са инвалидитетом под националне групе би захтјевало исувише екстензивно тумачење обима те групе. Вјероватније је да особе са инвалидитетом могу бити идентификоване у оквиру расне групе. Расна група је дефинисана "на основу насљедних физичких особина често поистовјећених са географским простором, без обзира на језичке, културне, националне или вјерске факторе."<sup>1094</sup>

### 2.2.4. Група права и формални критеријум

Друга карактеристика која је заједничка за четири заштићене групе је посједовање општих групних права по међународном праву о људским правима.<sup>1095</sup> Посједовање општих групних права по међународном праву о људским правима, Бетви сматра основом за додавање нових група у набрајање.<sup>1096</sup> Према овом приступу, група која ужива колективна права може да буде идентификована као жртва у сврху геноцида. Суштину

---

<sup>1090</sup> Amann Marie Diane, Group Mentality, Expressivism, and Genocide, *International Criminal Law Review* (2002): 2 .

<sup>1091</sup> Lippman Matthew, The Convention on the Prevention and Punishment of Genocide: Fifty Years Later, *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1998): 15, 415, 422;

<sup>1092</sup> Young Rebecca, How Do We Know Them When We Погледати Them? The Subjective Evolution in the Identification of Victim Groups for the Purpose of Genocide, *International Criminal Law Review* (2010): 10, 9.

<sup>1093</sup> John Quigley, *Introduction to Genocide in Cambodia* 1, 2 (Howard J. De Nike et al. eds., 2000).

<sup>1094</sup> Trial Chamber, *Akayesu Judgement*, paras 6.3.1.304–305; Trial Chamber, *Kayishema and Ruzindana Case, Judgement*, para 98

<sup>1095</sup> David Shea Bettwy, The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is The Scope of Protection Expanding under Customary International Law *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2011), 191.

<sup>1096</sup> *Ibid.*

овог приступа је објаснио Бетви, који је указао на примјер урођеничких народа.<sup>1097</sup> У суштини, овај приступ је такође формалистички. Значај формалног критеријума у идентификацији заштићене групе је потврђена кроз релевантну судску праксу. Наиме, Турци су препознати као стабилна и трајна заштићена група на основу постојања званичног система класификације у правном систему.<sup>1098</sup> Исто тако, у предмету Крстић, уставно признање босанских Муслимана као нације је коришћено да буду идентификовани као заштићена група.<sup>1099</sup> Група особа са инвалидитетом задовољава критеријум колективних права, јер су гарантована на националном и на међународном нивоу.<sup>1100</sup> Заштита од геноцида може се сматрати правим статусним правом које посједује група особа са инвалидитетом у смислу, као што их је дефинисао Базли.<sup>1101</sup>

Ако бисмо групу особа са инвалидитетом класификовали као друштвену групу, треба истаћи, да су њени чланови постали препознатљиви још прије рођења, "на континуиран и често непромјенљив начин," на супрот "мобилним групама којима се неко придружује преко појединачног добровољног избора, као што су политичке и економске групе."<sup>1102</sup> Због тога, особе са инвалидитетом треба јасно разликовати од других друштвених група за потребе геноцида,<sup>1103</sup> и издвојити их од других друштвених група које су нестабилне и несталне. Аксар, између осталих, чврсто критикује занемаривање и ових других група.<sup>1104</sup> Он тврди да су политичке, економске и друштвене групе постале важније од националних, етничких, расних или вјерских група, што је један од разлога зашто гоњење и кажњавање одговорних лица укључених у масовна убиства људских бића не би требало да зависе од недостатка адекватне дефиниције у Конвенцији о геноциду.<sup>1105</sup> Аксар тврди да је судска пракса "за Руанду показала да заштићене групе нису ограничене на националне, етничке, расне или вјерске групе, као и да неке групе, све док су стабилне

---

<sup>1097</sup> *Ibid*, 167-196.

<sup>1098</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016], pars 511.

<sup>1099</sup> *The Prosecutor v. Radislav Krstic* (Trial Judgement), International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 August 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/414810d94.html> [accessed 1 April 2016] para. 724.

<sup>1100</sup> adopted UN General Assembly December 2006, GA Res A/RES/61/106, 24 January 2007,

<sup>1101</sup> Baisley Elizabeth, Status-Differentiated Rights, *Journal of Human Rights*, (2012): 11, 365–383.

<sup>1102</sup> Trial Chamber, *Akayesu Case, Judgement*, paras 6.3.1.296–297.

<sup>1103</sup> Political groups are not included in the list of protected groups; Погледати U.N. GAOR, 3rd session, 6th Committee, 664.

<sup>1104</sup> Yusuf Aksar, The "victimized group" concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of *ad hoc* tribunals *Journal of Genocide Research* (2003): 5(2).

<sup>1105</sup> *Ibid*.

и трајне, могу пасти под заштиту Конвенција о геноциду.<sup>1106</sup> Приликом испитивања да ли су набројане групе ограничене или не, МКТР сматра да је "сврха Конвенције о геноциду, ... очигледно да се обезбиједи заштита било којој стабилној и трајној групи."<sup>1107</sup>

### 2.3. Како тумачити

У овом тренутку, могло би се коначно прихватити да особе са инвалидитетом могу да добију статус жртве, или кроз једну од набројаних група, или самостално на основу њихове групне сталности. Исто тако, овај приступ може бити чврсто подржан кроз телеолошко тумачење Конвенције о геноциду.<sup>1108</sup> Телеолошко тумачење је једно од кључних када је у питању спровођење међународних уговора који "ће се тумачити у доброј вјери у складу са уобичајеним значењем које ће се дати условима уговора у њиховом контексту и у свјетлу њеног циља и сврхе".<sup>1109</sup> На примјер, телеолошка интерпретација је примјењена од стране Претресног вијећа у *Kambanda*, који је утврдио да је Конвенција о геноциду темељ међународних напора да се "човјечанство ослободи" од овог "јединственог" злочина.<sup>1110</sup> Можда коријен примјене телеолошког тумачења у овој области сеже до времена суђења у Нирнбергу.. "уништење групе људи је стварни циљ у питању."<sup>1111</sup> У том смислу, треба размотрити доктринарни основ ове инкриминације, заједно са сврхом за њено увођење у међународно право. Рафел Лемкин, који је предложио термин "геноцид", намјеравао је да овим злочином инкриминише широку и систематску политику уништавања коју су проводили нацисти против Јевреја током Другог свјетског рата. Лемкин је покушао да формулише злочин убијања чланова групе под појмом "геноцид", који је комбинација грчких ријечи *genos* (заједница, људи, раса) и *cide* (убиство). Лемкин мисли да, злочин геноцида обухвата широк спектар активности, укључујући не само лишавање живота, већ и спрјечавање настанка и развоја живота

---

<sup>1106</sup> *Ibid*, 217.

<sup>1107</sup> Trial Chamber, *Akayesu Case, Judgement*, paras 6.3.1.306–307.

<sup>1108</sup> Погледати Palević Milan, *The criminal offence of genocide in International Law*, Ph.D thesis presented in 2007 at Faculty of Law of the University of Belgrade, 307.

<sup>1109</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31(1), UN Doc. A/CONF.39/27 (1969), quoted in *Prosecutor v. Goran Jelisić (Trial Judgement)*, IT-95-10-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 14 December 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/4147fe474.html> [accessed 8 April 2016] para. 35 (describing principle as part of "settled jurisprudence of the Tribunal").

<sup>1110</sup> *The Prosecutor v. Jean Kambanda (Judgement and Sentence)*, ICTR 97-23-S, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 4 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/3deba9124.html> [accessed 2 April 2016].

<sup>1111</sup> U.N. Econ. & Soc. Council, *Ad Hoc Comm'n on Genocide, Relations Between the Convention on Genocide on the One Hand and the Formulation of the Nuremberg Principles and the Preparation of a Draft Code of Offences Against Peace and Security on the Other*, 6, by the Secretariat, U.N. Doc. E/AC.25/3/Rev.1 (Apr. 12, 1948).

(стерилизације, абортуси), итд.<sup>1112</sup> У Резолуцији 96 (1) од 11. децембра 1946. Генералне скупштине УН је наведено да:<sup>1113</sup>

Геноцид је порицање права на постојање цијелим људским групама, као што је убиство порицање права на живот појединачном људском бићу; порицање које повређује савјест човјечанства и доводи до великих губитака човјечанства, што је супротно, како моралном праву, тако и духу и циљевима Уједињених нација.

Стога, овај злочин се јавља када је групи људи ускраћено право на постојање, без обзира на основе на којима је формирана одређена група. С тога, "инкриминација злочина геноцида постоји да заштити одређене групе од истребљења, или покушаја истребљења".<sup>1114</sup> Домаћи закони Румуније и Француске чврсто су усаглашени са наведеним приступом. Румунски закон, под заштићеном групом, подразумева "заједницу".<sup>1115</sup> Према француском закону, геноцид може бити извршен против "одређене групе, поред осталих произвољних критеријума."<sup>1116</sup> Овакав приступ нуди простор за квалификовање будућих трагедија, самим тим и за њихову превенцију.<sup>1117</sup> Аман сматра да инкриминација геноцида треба да остане отворена за примјену у новим контекстима.<sup>1118</sup>

#### 2.4. Опажања

Кроз дискусију о томе да ли би група особа са инвалидитетом могла бити призната као жртва геноцида видјели смо да и теорија и пракса релевантних правосудних органа нуде, како ексклузивни, тако и екстензивни приступ овом питању. Што се тиче ексклузивног приступа, он се заснива на тврдњи да су само групе (националне, етничке, расне и вјерске), које су набројане у Конвенцији о геноциду, Статут Међународног суда за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права на територији бивше Југославије од 1991. и Римском статуту, заштићене против колективног

<sup>1112</sup> Погледати Aydin Devrim, *The Interpretation of Genocidal Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts*, *The Journal of Criminal Law* (2014):78, 424.

<sup>1113</sup> UN Doc A/BUR.50.

<sup>1114</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016], para. 469.

<sup>1115</sup> Погледати *Romanian Criminal Code*, art. 172 (Rom.), LEGISLATIONONLINE.ORG, <http://legislationonline.org/download/action/download/id/1695/file/c1cc95d23be999896581124f9dd8.htm/preview> (last visited Nov. 12, 2015).

<sup>1116</sup> Погледати CODE PÉNAL [C. PÉN.] art. 211-1 (Fr.), available at [http://195.83.177.9/pdf/code\\_33.pdf](http://195.83.177.9/pdf/code_33.pdf) (last visited Nov. 5, 2011).

<sup>1117</sup> Diane Marie Amann, *Group Mentality, Expressivism, and Genocide*, *International Criminal Law Review* 2:141.

<sup>1118</sup> *Ibid.*

истребљења злочином геноцида. Ексклузивни приступ је подржан кроз *travaux préparatoires* Конвенције о геноциду, историју израде Римског статута, судске праксе МКТЈ-а, као и од стране значајног дијела академске заједнице. Без обзира на бројне примједбе које би се могле изнијети на ексклузивни приступ, он обезбеђује правну сигурност и тачне критеријуме за идентификацију виктимизираних група.

Што се тиче екстензивног приступа, његово упориште је у широком судском тумачењу обима заштићених група и значења набројаних категорија у међународним инструментима. Наиме, судска пракса препознаје различите критеријуме за дефинисање појмова националних, етничких, расних и вјерских група. У том смислу, међународни трибунали тврде да не постоји опште и међународно прихваћено прецизно дефинисање набројаних категорија, и да би употреба објективних, и научно беспрекорних критеријума била опасна ако би се користила за дефинисање обима заштићених група. Међународни судови чак су заузели становиште да је субјективна перцепција починилаца, у односу на припадност жртава некој групи, довољна да представља злочин геноцида. Формални критеријум за идентификацију групе је такође довољан да дође до злочина геноцида. По овом другом критеријуму, жртве дијеле све особине са извршиоцима; једина разлика међу њима је формална декларација жртава о припадности циљаној групи која је сертификована легитимацијом.

Све ово довело ме до сљедећих закључака: група особа са инвалидитетом има све опште карактеристике заштићене групе које су тражене према ексклузивном приступу; ако је потребно, група особа са инвалидитетом може да се подвести под једну од наведених група, највјероватније под расну групу по основу објективних критеријума; с обзиром на међународно признање њихових групних права и групе сталности, група особа са инвалидитетом се разликује од других сличних група чији статус жртве је експлицитно негиран; с обзиром на историјски контекст злочина, његов доктринарни основ и посљедичну стратегију тумачења, група особа са инвалидитетом може да буде жртва геноцида.

Ови закључци, који су усклађени и са ексклузивним и са екстензивним приступом, значајно могу утицати на друге гране права, као што су оне које регулишу абортус или пренаталну дијагностику на националном нивоу. У том смислу, употреба малформације као основа за абортус је под великим знаком питања. Ово се посебно односи на контекст *actus reus*-а "наметање мјера за спријечавање рађања у оквиру групе", који је уведен

чланом 2. Конвенције о геноциду, чланом 4. Статута Међународног суда за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права на територији бивше Југославије од 1991. године, и чланом 6. Римског статута.

### 2.5. Трећи елемент: умишљај

Особе са инвалидитетом су систематски истребљиване, што је било подржано "најбољим медицинским знање које је на располагању". Данас, у доба настојања за инклузијом особа са инвалидитетом, као потпуно равноправних и активних чланова друштва и паралелних нормативних напора међународне заједнице, ипак, чини се да се "најбоље медицинско знање, које је на располагању" одржава као средство за циљање особа инвалидитетом. Циљ овог дијела рада је да потврди хипотезу број 7 (пренатални еугенетски тестови резултују геноцидом), доказујући да закони који допуштају временски неограничен приступ абортусу на основу малформације садрже урођене еквиваленте геноцидне намјере<sup>1119</sup> (*mens rea*). Иако су закони, као одрази политике планова, важан доказни инструмент<sup>1120</sup>, није одрживо изнијети уопштenu тврдњу да сваки закон који уведе малформацију као основ за прекид трудноће садржи уткану геноцидну намјеру. Међутим, предложени начин за потврду релевантне хипотезе је подржан коришћењем додатних доказних инструмената геноцидне намјере. Судска пракса међународних судова дала је неколико елемената који се могу користити као додатна доказна средства у доказивању геноцидне намјере. Већина њих су побројани у раду и сваки може бити погодна тема за будућа истраживања за тестирање хипотезиране позиције. Међутим, ово истраживање је ограничено на елементе: "обим почињених злочина" и "дискриминација", који су од општег карактера и могу их садржавати различита законодавства без обзира на социјалне, културне, или било које друге посебности.

---

<sup>1119</sup> This term has been used in *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement)*, ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html> [accessed 1 April 2016] para. 91); 'specific intent' (*The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli (Judgment and Sentence)*, ICTR-98-44A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 December 2003, available at: <http://www.refworld.org/docid/404466007.html> [accessed 1 April 2016] para. 803; *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema (Trial Judgement)*, ICTR-95-1A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 June 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5170.html> [accessed 1 April 2016]. para. 55.

<sup>1120</sup> Погледати Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary General, Pursuant to SC Res. 1564, 18 Sept. 2004, Annex to Letter of 31 Jan. 2005 from the Secretary-General to the President of the Security Council, S/2005/60, at para. 518.

### 2.5.1. Геноцидна намјера

Када се говори о "геноцидној намјери", треба имати у виду, да је то психолошки елемент злочина (*mens rea*). Није било позивања на њега током суђења у Нирнбергу, и он је било први пут разматран током суђења пред међународним судовима за бившу Југославију и Руанду.<sup>1121</sup> Овај елемент дефиниције злочина је уведен кроз Римски статут. члан 30. Римског статута гласи:

1. Уколико није другачије предвиђено, лице је кривично одговорно и може се казнити казном прописаном за кривично дјело из надлежности суда, само под условом да је окривљени остварио сва посебна обиљежја предметног кривичног дјела и да је приликом извршења кривичног дела поступао свјесно и вољно.

2. У смислу овог члана, лице поступа вољно уколико воља постоји у односу на:

(а) Радњу извршења - лице жели извршење кривичног дјела;

(б) Посљедицу, лице жели наступање посљедице кривичног дјела, или је свјесно да услед његовог чињења, или нечињења, забрањена посљедица може наступити, па пристаје на њено наступање.

3. У смислу овог члана, свијест учиниоца кривичног дјела обухвата спознају свих посебних обиљежја кривичног дела, као и свијест о посљедици која ће наступати ако се остваре остали елементи бића кривичног дјела. Изрази "свјестан" и "свјесно" тумаче се на исти начин.

Како је дефинисано чланом 30., психолошки елемент се односи на "општи умишљај". Али, да би настао злочин геноцида умишљај, који прати дјело, треба да буде квалитативно другачији.<sup>1122</sup> Као у цијелој овој грани права, *mens rea* за геноцид односи се на „кривњу“ (*culpability*), која садржи "умишљај" (који може бити "директни умишљај" - *dolus directus*, или "евентуални умишљај" *dolus eventualis*), али не и "нехат" (*culpa*).<sup>1123</sup> Психолошки елемент злочина геноцида у суштини јесте негација права одређеној групи да

---

<sup>1121</sup> Devrim Aydin, *The Interpretation Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts*, *The Journal of Criminal Law* (2014): 78, 423-441.

<sup>1122</sup> Arnold Roberta, *The "Mens Rea" of Genocide under the Statute of the ICC*, *Criminal Law Forum* (2003): 14, 132.

<sup>1123</sup> Pisani Nicola, *The Mental Element in International Crime in: Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court* (eds), Lattanzi Flavia and Schabas William (il Serente Editrice: Aquila, 2004), 126.



постоји са својим специфичностима.<sup>1124</sup> С тога, геноцидна намјера, као ускраћивања тог права, захтјева квалификовану намјеру<sup>1125</sup> (*dolus specialis*<sup>1126</sup>), због снажне психолошке везе између радње извршења и умишљаја починиоца.<sup>1127</sup> МКТЈ је јасно назначио *dolus directus* као квалитативно адекватан степен умишљаја да би дјело представљало геноцид. У случају Крстић, МКТЈ је у оквиру геноцида, геноцид обухватио са "само дјела извршена са циљем уништења цијеле или дијела групе".<sup>1128</sup> Уништавање "мора бити циљ предузетог злочина."<sup>1129</sup> Дакле, циљ (да се уништи у потпуности или дјелимично) квалитативно одређује геноцидну намјеру. Такав циљ чини злочин геноцида да је "најнехуманији обликом прогона"<sup>1130</sup>, и издваја га од других злочина из оквира злочина против

---

<sup>1124</sup> Clark S. Roger, *Elements of Crimes in Early Decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court*, *New Zealand Yearbook of International Law* (2009): 6, 214.

<sup>1125</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016] para. 498; *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement)*, ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html> [accessed 1 April 2016] para. 91, Trial Chamber; *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema (Trial Judgement)*, ICTR-95-1A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 June 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5170.html> [accessed 1 April 2016], para. 55.

<sup>1126</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016] para. 498; *The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli (Judgment and Sentence)*, ICTR-98-44A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 December 2003, available at: <http://www.refworld.org/docid/404466007.html> [accessed 1 April 2016] para. 803; *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement)*, ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html> [accessed 1 April 2016] para. 91; *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda (Judgement and Sentence)*, ICTR-96-3-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 6 December 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5880.html> [accessed 1 April 2016], para. 59; *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema (Trial Judgement)*, ICTR-95-1A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 June 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5170.html> [accessed 1 April 2016] para. 55; *The Prosecutor v. Alfred Musema (Judgement and Sentence)*, ICTR-96-13-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 27 January 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5791a.html> [accessed 1 April 2016], para. 164.

<sup>1127</sup> Devrim Aydin, *The Interpretation Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts*, *The Journal of Criminal Law* (2014): 78, 423-441.

<sup>1128</sup> *The Prosecutor v. Radislav Krstic (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 August 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/414810d94.html> [accessed 1 April 2016] para. 571.

<sup>1129</sup> *The Prosecutor v. Blagojevic and Jokic (Judgment on Motions for Acquittal pursuant to Rule 98 Bis)*, IT-02-60-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 5 April 2004, available at: <http://www.refworld.org/docid/47fdfb302.html> [accessed 1 April 2016] para. 656

<sup>1130</sup> *The Prosecutor v. Kupreskic et al. (Appeal Judgement)*, IT-95-16-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 23 October 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/40276b7e7.html> [accessed 1 April 2016] para. 636. Погледати also *The Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgment on Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vajin)*, IT-94-1-A-R77, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 31 January 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/40277bdc4.html> [accessed 1 April 2016], para. 97.

човјечности.<sup>1131</sup> "Специфична намјера, предвиђена као саставни елемент злочина, захтјева да је починилац очигледно имао за циљ да изврши дјело за које се терети."<sup>1132</sup> Након свеобухватне рекапитулације судске праксе МКТЈ-а, Вергин закључује да како би се утврдила потребна намјера, слједећи елементи треба да буду доказани:

(1) циљана група, која је од "суштинског" значаја у квантитативном или квалитативном смислу, (2) постојање циљне групе као посебног ентитета, а не као "акумулације изолованих појединаца," и (3) да је једини разуман закључак који се може извести на основу доказа тај да је оптужени имао намјеру да почини геноцид, то јест, да уништи све или дио циљане етничке групе као такве.<sup>1133</sup>

Ако се формални одрази тако дизајниране "воље посвећене циљу"<sup>1134</sup> могу пронаћи у законима (укључујући и историју његове израде), то би представљало неспоран доказ о текућем геноциду. Ово је, међутим, мало вјероватно. У циљу превазилажења овог практичног недостатка и успјешног доказивања геноцидне намјере, међународни трибунали користе додатне доказне инструменте као што је општи контекст звјерстава, извршења других кажњивих дјела која су систематски усмјерена против исте групе, обим почињених злочина, систематског бирања жртви на основу њихове припадности одређеној групи, или понављање деструктивних и дискриминаторних дјела.<sup>1135</sup> Ја ћу се даље фокусирати на два конкретна додатна доказна инструмената ("обим почињених злочина" и "дискриминација"), у циљу откривања њихових еквивалената у законима о абортусу. Употреба ових инструмената за анализу закона о абортусу може бити нападана као аргументација "клизавог тла". Наиме, ако се не прави разлика између оригиналне идеје и њених логичких, или практичних посљедица, не можемо компетентно цијенити ту

---

<sup>1131</sup> ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 11 July 1996, 1996J ICJ Repp43

<sup>1132</sup> *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016], para. 498.

<sup>1133</sup> Wergin Kendra, *Problematic Precedents: The Conflicting Legacies in the Genocide Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, *Virginia Journal of International Law* (2013): 54(2), 426.

<sup>1134</sup> Badar Elewa Mohamed, *Mens rea – Mistake of law & mistake of fact in German criminal law: A survey for international criminal tribunals*, *International Criminal Law Review* (2005): 5, 222.

<sup>1135</sup> *The Prosecutor v. Vujadin Popovic (Judgment)*, IT-05-88-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 June 2010, available at: <http://www.refworld.org/docid/4c1f69fe2.html> [accessed 1 April 2016] para. 823.

идеју.<sup>1136</sup> Међутим, мотиви законодавца (умишљај) не могу да се истргну из геноцидног контекста,<sup>1137</sup> јер усвојени законски текст није одвојив од практичних ефеката који произилазе из његове примјене. Употреба ових инструмената у анализи има за циљ да открије еквиваленте геноцидне намјере, а не да морално валоризује законе о абортусу.

### 2.5.1.1. Обим почињених злочина

Што се тиче релевантности обима почињених злочина, он је призната у *Kayishema and Ruzindana*, случају где је МКТР навео да "када се размотри број убијених Тутција, очигледно је да је циљ био уништење групе".<sup>1138</sup> Такође, МКТЈ је узео у обзир доказе о стварном разарању група које проистичу из геноцидних дјела.<sup>1139</sup> Дакле, квантитативни параметар уништеног дијела групе је признати критеријум за одређивање геноцидне намјере. У том, квантитативном смислу, важно је јасно разумјети значења израза "у цјелини или дјелимично". МКТЈ је утврдио да се ова фраза мора схватити као "уништење значајног дијела групе било из квантитативног, или квалитативног становишта."<sup>1140</sup>

Еквивалент овог квантитативног параметра може се наћи у посљедицама које проистичу из примјене законодавства о прекиду трудноће. Наиме, абортус је резултат 90% трудноћа када се детектује додатни хромозом (Даунов синдром).<sup>1141</sup> Сви касни прекиди трудноће у Београду, и Бања Луци, у посматраном периоду су извршени на основу еугенике.<sup>1142</sup> Број извршених абортуса показује да закон садржи најмање оно што је

---

<sup>1136</sup> Погледати Warren Anne Mary, *Reverence for Life in Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000), 45-46.

<sup>1137</sup> *Procureur c. Goran Jelusic (Décision orale)*, IT-95-10-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 18 October 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd55c0.html> [accessed 1 April 2016], para. 71.

<sup>1138</sup> *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement)*, ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html> [accessed 1 April 2016] para. 533.

<sup>1139</sup> *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin (Appeal Judgement)*, IT-99-36-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 April 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/48aae70a2.html> [accessed 1 April 2016] para 973.

<sup>1140</sup> *Procureur c. Goran Jelusic (Décision orale)*, IT-95-10-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 18 October 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd55c0.html> [accessed 1 April 2016], para 81.

<sup>1141</sup> S. D. James, *Down Syndrome Births are Down in the U.S.*, ABC News (November 2, 2009), available at [http://abcnews.go.com/Health/w\\_ParentingResource/down-syndromebirths-drop-us-women-abortion/story?id=8960803#.T9Ki\\_FKxpul](http://abcnews.go.com/Health/w_ParentingResource/down-syndromebirths-drop-us-women-abortion/story?id=8960803#.T9Ki_FKxpul)

R. Douthat, "Eugenics, Past and Future," *New York Times*, June 10, 2012, at SR12, [http://www.nytimes.com/2012/06/10/opinion/sunday/douthat-eugenics-past-and-future.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2012/06/10/opinion/sunday/douthat-eugenics-past-and-future.html?_r=0)

<sup>1142</sup> See Information on request, provided by the Public Health Institute of the Republic of Srpska, No. 500-5767-1/15, date 13 October 2015, and Information on request, provided by the National Front Obstetricians and

еквивалентно умишљају (*mens rea*) за спрјечавање рађања (*actus rea*) чланова групе одређене специфичним физичким атрибутима.

#### **2.5.1.1.1. Коначно рјешење: елиминација могућности**

Увођење малформација као основа за абортус отворило је веома осетљиве контраверзе. У историјском контексту оно је озакоњено као дио нацистичких покушаја расне реинтеграције њемачког народа.<sup>1143</sup> Данас, оно што је обично недефинисано на националном нивоу јесу питања попут оних која се односе на ниво и врсту малформације (медицинске или социјалне) које оправдавају извршење абортуса; које их (љекари или родитељи) утврђују; на основу којих критеријума (субјективних или објективних), и тако даље. У погледу нивоа и врсте малформације, Свјетска здравствена организација нуди субсидијарне одреднице да се особа може сматрати озбиљно хендикепираном онда када је зависна од туђе помоћи већи дио времена. Чини се да СЗО нуди најпрецизније детерминанте потребног нивоа деформитета. Нема сумње да је абортус дозвољен у таквим околностима, ако би дијете било озбиљно хендикепирано као што је горе описано. Али, постоји могућност да далеко мања абнормалност може бити посебно тегобна за трудне мајке. У том случају, абортус би био у складу са Конвенцијом. У овој линији, Скот тврди да други фактори могу бити релевантни за оно би требало да буде "опрезан" суд: ... вјероватноћа за ефикасно лијечење, било у *in utero* или послије рођења; вјероватни степен самосвијести и способност да комуницира са другима; патња која ће бити искушена; у којој мјери би требале да буду пружене од стране других радње битне за здравље.<sup>1144</sup>

На регионалном нивоу, физичко и ментално стање нерођеног дјетета је препознато као основ за прекид трудноће ради очувања здравља труднице.<sup>1145</sup> У *Boso v Italy*,<sup>1146</sup> Суд је указао на степен феталне аномалије која оправдава абортус у складу са Конвенцијом.

---

Gynaecologists Clinic Belgrade (Народни Фронт гинеколошко акушерска клиника Београд), No. 1550/3, date 11 September 2013.

<sup>1143</sup> Friedlander, Henry. *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution*. (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1995).

<sup>1144</sup> Погледати Rosamund Scott, Interpreting the Disability Ground of the Abortion Act, *Cambridge Law Journal*, 2005:64(2), 393-395.

<sup>1145</sup> Dakić, Dragan. Introduction into principles of unborn life protection under the European Convention on Human Rights. UDC 341 231 14:347.158 at: KOLARIĆ, Dragana (ed.), et al. *Archibald Reiss Days: International Scientific Conference, Belgrade, 3-4 March 2014: Thematic Conference Proceedings of International Significance. Vol. 3*. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies; Bonn: German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), 2014, vol. III, pp. 343-352.

<sup>1146</sup> See *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

Потребно је да буде утврђено да ће се дијете родити у стању такве тежине да ће угрозити физичко или ментално здравље жене.<sup>1147</sup> По мишљењу Суда, стање дјетета представља екстензију здравља његове мајке. Ово би могло да пружи помоћ националним законодавцима да обезбједе прецизне правне оквире који би користили медицинском особљу. Регионални стандарди појашњавају да само откривање феталних аномалија није довољно да пружи основ за абортус. Аномалије од којих настаје хендикеп дјетета потребне тежине могу се детектовати кроз неонатална тестирања, или чак кроз скенирање ултразвуком. Регионални стандарди захтјевају да релевантне националне процедуре обезбједе трудницама могућност да буду лично у прилици да изнесу своје ставове у вези физичког стања нерођеног дјетета. Надлежни орган, или особа, треба да изда писано образложење за своју одлуку.<sup>1148</sup> Другим ријечима, уколико домаћи закон дозвољава абортус у случајевима аномалије, мора постојати адекватан правни и процедурални оквир који гарантује трудној жени добијање благовремене, потпуне и поуздане информације о здрављу нерођеног дјетета.<sup>1149</sup>

Насупрот овоме, већина држава чланица Савјета Европе нису успјеле да дефинишу степен абнормалности фетуса како би се легитимисао абортус. Овај пропуст националних законодавстава доводи поступајућег љекара у рањиву ситуацију због својих професионалних процјена које могу бити предмет грађанске тужбе (*wrongful life*) или кривичног поступка по основу инкриминације абортуса након одређене гестације. Недостатак прецизних норми захтјева од љекара да ризикује и да да позитивну прогнозу која није увијек поуздана, јер су неке малформације видљиве тек након рођења, или да, по аутоматизму дијагностикује значајан ризик када позитивна дијагноза није могућа. Поједине јурисдикције сугеришу такву врсту презумпције,<sup>1150</sup> омогућавајући на тај начин љекару да избјегне грађанске тужбе. У другим јурисдикцијама је могуће извршити еутаназију новорођенчета уколико је по рођењу откривен инвалидитет.<sup>1151</sup> Даље,

---

<sup>1147</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002. Also Погледати Biondi Stefano, Commentary: Access to medical-assisted reproduction and PGD in Italian Law: A deadly blow to an illiberal statute? *Medical Law Review* (2013): 21, 481-482.

<sup>1148</sup> *Tysiqc v Poland*, Application No. 5410/03 Merits, 20 March 2007, para 117.

<sup>1149</sup> *R.R. v Poland*, Application No. 27617/04, Merits, 26 May 2011, para 200.

<sup>1150</sup> Scott Rosamund, Prenatal Screening, Autonomy and Reasons: the Relationship between the Law of Abortion and Wrongful birth, *Medical Law Review*, (2003): 11, 271.

<sup>1151</sup> Verhagen, & Sauer, 'The Groningen protocol d euthanasia in severely ill newborns' (2005), *The New England Journal of Medicine* 2005. It is to note here that Roman law intended to provide precise malformation degree required to qualify newborn child as monster which did not enjoy protection of its life, Погледати *Leges XII tabularum, Tabula IV*.

недостатак прецизне норме чини овај основ широко распрострањеним у пракси и окруженим дискусијама о његовом моралном и етичком оправдању.

С обзиром да не постоји законска дефиниција значајног ризика или озбиљног недостатка, смјерницама Краљевског колеџа акушера и гинеколога дата је препорука да се процјена озбиљности феталне аномалије треба размотрити од случаја до случаја, узимајући у рачун све клиничке информације које су доступне.<sup>1152</sup> Ово заправо омогућава употребу свих критеријума (медицинских или социјалних, субјективних или објективних из перспективе љекара или родитеља) када се одлучује о престанку трудноће на основу феталне аномалије.

Очигледно, заједно са медицинским инвалидитетом, право познаје друштвени инвалидитет као основу за абортус. Употреба закона у којем недостају прецизни критеријуми омогућава спрјечавање рађања на основу пуке вјероватноће за настанак феталне аномалије. Као што смо видјели, вјероватноћа не мора да буде објективна; може да се заснива на субјективним (професионалним процјенама) перцепцијама медицинских стручњака. Правни оквир који омогућава уништење, чак и оних који су потенцијални чланови циљне групе, могу бити коришћени као чврст доказ широке колективне геноцидне кампање.

### 2.5.1.2. Дискриминација

(...) Чињеница намјерног и систематског циљања жртава због њихове припадности одређеној групи, док се изузимају припадници других група, може да омогући Вијећу да утврди геноцидну намјеру одређеног акта.<sup>1153</sup>

Треба истаћи да у складу са националним законским прописима већине држава, убијање фетуса након протекла одређеног времена трудноће представља *actus reus* кривичног дјела,<sup>1154</sup> Међутим, убијање фетуса са аномалијом исте гестацијске старости је дозвољено. Сходно томе, требало би размотрити да ли постоји дискриминација у законодавству које уводи малформацију као основ за прекид трудноће. Суштина дилеме овдје је да ли се забрана дискриминације односи на пренаталне људе пре-личности.

---

<sup>1152</sup> Royal College of Obstetricians and Gynaecologists. Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality in England, Scotland and Wales. Report of a Working Party, London 2010, <https://www.rcog.org.uk/globalassets/documents/guidelines/terminationpregnancyreport18may2010.pdf>

<sup>1153</sup> *The Prosecutor v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 27 January 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd52b0.html> [accessed 1 April 2016], para. 166.

<sup>1154</sup> Dakić, Dragan. Temporal dimension of reproductive choice and human rights issues. UDC: 342.7. *Varstvoslovje = Journal of Criminal Justice and Security*, ISSN 1580-0253, 2015, pp. 152-166. [COBISS.SI-ID 99492352].

У разматрању да ли се гаранције позитивног права односе на пренатални живот можемо почети од неспорног става према којем "иако фетус нема правни субјективитет, постоје правне заштите које захтевају разматрање."<sup>1155</sup> Скот тврди да је "супротно ономе што се често сматра, закон у ствари, вреднује фетуса и вриједи се подсетити на начине на које то ради без да им даје законска права."<sup>1156</sup> Уопштено говорећи, данашњи теоријски дискурс приписује правну и моралну вриједност пренаталним људима.<sup>1157</sup> Строго правно гледано, ти људи су већ признати као пацијенти, тј. уживаоци медицинске (примарне и секундарне) здравствене заштите. Други модел по којем се забрана дискриминације односи на пренатални живот се може засновати на логици правних извора који пружају тужбе за пренатална и генетска оштећења.<sup>1158</sup> Наиме, додјелена заштита не почива на правној, нити моралној вриједности пре-личности. Предмет њихове заштите су интереси касније личности, која је нумерички једнака виктимизованој пре-личности, - свом претходнику. Што се тиче подобност људи пре-личности за статус жртве дискриминације, Мекгинис тврди да се фетусима са инвалидитетом даје нижи ниво заштите него што би иначе уживали да су без "дијагнозе".<sup>1159</sup> Према њеним ријечима, овај "основ може да се сматра дискриминаторским и неоправданим, осим ако не може да се докаже зашто је инвалидност битно обележје које захтјева диференцијални третман."<sup>1160</sup> Шелдон и Вилкинсон тврде да "чак и ако је уништење одређеног фетуса са инвалидитетом било од користи за родитеље, постоје добри разлози да се не уведе посебно попустљив пропис за таква уништења, јер би то представало одобравање озбиљне дискриминације против особа са инвалидитетом."<sup>1161</sup> Ако прихватимо теорију личног идентитета, према којој никад нисмо ни били ембриони у раној фази или фетуси,<sup>1162</sup> употреба малформације као основе за абортус је ипак противна правима и интересима личностима са инвалидитетом. То је због чињенице да се већина аномалија може детектовати у каснијим фазама трудноће, тј. на гестацијској тачки на којој је личност са инвалидитетом већ почела да постоји. У

---

<sup>1155</sup> Whitfield Adrian, Common Law Duties to Unborn Children, *Medical Law Review* (1993): 1, 28–52

<sup>1156</sup> Rosamund Scott, The English Fetus and the Right to Life, *European Journal of Health Law* (2004): 11, 348.

<sup>1157</sup> Anja Karnein, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 17.

<sup>1158</sup> Refer to Uhlenbruck Lafus, *Handbuch des Arztrechts* (3 Auflage, München 2002), 963.

<sup>1159</sup> Sheelagh McGuinness, Law, Reproduction and Disability: Fatally 'Handicapped'? *Medical Law Review*, (2013): 21, 218.

<sup>1160</sup> Ibid. 237.

<sup>1161</sup> Sheldon Sally and Wilkinson Stephen, Termination of Pregnancy for Reason of Foetal Disability: Are There Grounds for a Special Exception at Law? *Medical Law Review* (2001): 9.

<sup>1162</sup> Погледати McMahan Jeff, Causing Disabled People to Exist and Causing People to Be Disabled, *Ethics* (2005): 116, 80.

сваком случају, особама са инвалидитетом се заправо даје ужа "безбједна зона права на живот." За њих, "сигурна зона" почиње од рођења, а не од неког тренутка гестације као што је то случај са здравим особама.

Нормативне рефлексije теоријских разматрања су се већ догодиле у Великој Британији. Наиме, у Великој Британији Законом о абортусу (*Abortion Act 1967*) прекид трудноће је дозвољен на основу малформације до момента рођења (одељак 1 (1) (г)). У свјетлу одредби Конвенције о правима особа са инвалидитетом<sup>1163</sup> и Националног закона о равноправности, (*Equality Act 2010*),<sup>1164</sup> Парламент Велике Британије је именовао комисију да преиспита овај аспект националног законодавства. У јулу 2013. ова Комисија је издала документ "Parliamentary Inquiry into Abortion on the Grounds of Disability"<sup>1165</sup> у којој, с обзиром на промјене у домаћем и међународном праву, и друштвене ставове, комисија препоручује Парламенту да размотри

(...) Питање дозвољености абортуса на основу инвалидитета, а посебно како се закон примењује на фетус после стадијума виабилитета (тренутно 24. недеља гестације). Парламент треба да размотри барем двије главне опције за уклањање оних елемената које већина свједока сматра дискриминаторним – и то смањењем горње границе за абортусе на основу инвалидности од рођења на једнаку горњу границу као и за здраве бебе или да укине одељак 1 (1) (г) потпуно.<sup>1166</sup>

Закључна разматрања о државном извештају Комитета за права особа са инвалидитетом у којима је препоручен у Шпанији да "укине разлику направљену у Закону 2/2010 у погледу периода у којем је дозвољен прекид трудноће искључиво на основу инвалидности,"<sup>1167</sup> значајно је допринео оваквом ставу Комисије.<sup>1168</sup> Током истраге, Комисија је примијетила да се велика већина оних који су дали исказ снажно залаже за одредбе Закона из 1967. , која омогућава абортус до рођења на основу инвалидитета дјетета, а не дозвољава сличан лимит за бебе без инвалидитета, дискриминација.

---

<sup>1163</sup> The United Kingdom ratified it on 8 June 2009; Serbia 31 July 2009; Bosnia and Herzegovina 12 March 2010.

<sup>1164</sup> Equality Act 2010, Parliament of the United Kingdom.

<sup>1165</sup> British Parliamentary. (2013). *Parliamentary inquiry into abortion on the grounds of disability*. <http://www.abortionanddisability.org/resources/Abortion-and-Disability-Report-17-7-13.pdf>

<sup>1166</sup> Parliamentary Inquiry into Abortion on the Grounds of Disability, July 2013, Recommendation 17 <http://www.abortionanddisability.org/resources/Abortion-and-Disability-Report-17-7-13.pdf>

<sup>1167</sup> <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>.

<sup>1168</sup> Parliamentary Inquiry into Abortion on the Grounds of Disability, July 2013, 48



С тога, ужи обим заштите коју уживају особе са инвалидитетом због њихових карактеристика излаже их директној дискриминацији. Чак и ако текстуалним тумачењем одредби релевантних међународних текстова може изгледати да они не покривају пренаталне пре-личности са инвалидитетом, оне се не могу искључити из заштите коју уживају особе са инвалидитетом. Треба напоменути да се "непосредна дискриминација" не може стриктно тумачити. Заштита од дискриминације има широк спектар заштите унутар ЕУ која покрива чак и људе у вези са особама са инвалидитетом.<sup>1169</sup> Харви сматра да релевантна судска пракса у ЕУ (*Coleman case*<sup>1170</sup>) уводи појам дискриминације инвалида која се заснива на људском достојанству и аутономији,<sup>1171</sup> а које су пак неодвојиве особине свих припадника људске расе што се тиче регионалне судске праксе.<sup>1172</sup> Били личност или не, инвалиди или способни, људска бића имају једнако (урођено) достојанство што им даје једнак правни и морални статус макар када су најосновнија права у питању. Сходно томе, чини се да је негативан одговор на Ашову-ову дилему: "Да ли је могуће да исто друштво његује инклузију особа са инвалидитетом као потпуно равноправних чланова, док истовремено промовише коришћење селекције ембриона и селективног абортуса како би се спријечило рођења оних који ће живети са инвалидитетом?"<sup>1173</sup> У овој линији, Морис и Сајнтер сматрају да "толерисање закона селективног лијечења и абортуса одражава прихватање да је живот са инвалидитетом непотпун живот и да ће у неким случајевима вјероватно бити толико непотпун да је опстанак непожељан."<sup>1174</sup>

Што се тиче односа између дискриминативног елемента и геноцидне намјере, потребно је да се присетимо да дискриминација представља срж злочина геноцида. Релевантна судска пракса показује то на недвосмислен начин: "и прогон и геноцид су злочини почињени против особа које припадају одређеној групи и који су усмјерени против њих због такве припадности. У обе категорије, оно што је битно је намјера

---

<sup>1169</sup>See Directive 2000/78/EC (OJ L 303, 2.12.2000, ppp16–22), and concerning Case C-303/06 *Coleman v Attridge Law and Steve Law* [2008] ECR I-5603, para. 56 of the European Court of Justice.

<sup>1170</sup>Case C-303/06 *Coleman v Attridge Law and Steve Law* [2008] ECR I-5603, para. 56 of the European Court of Justice.

<sup>1171</sup>Tamara Hervey, Maddy Reeves and Hannah Rodgers, Ben Riding and Tom Roberts "Case C-303/06 *Coleman v. Attridge Law and Steve Law* Judgment of the ECJ 17 July 2008; Judgment of the Employment Tribunal, London, 30 September 2008" *Journal of Social Welfare & Family Law* (2009): 31(3), 318.

<sup>1172</sup>*Vo v France*, Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, 84

<sup>1173</sup>Asch Adrienne, Disability Equality and Prenatal Testing: Contradictory or Compatible? *Florida State University Law Review* (2003): 30(2). 315.

<sup>1174</sup>Morris Anne and Saintier Severine, To Be or Not to Be: Is That The Question? Wrongful Life and Misconceptions' (2003): 11 *Medical Law Review* 167–193.

дискриминације (...)"<sup>1175</sup> На другом мјесту, речено је да обим и степен дискриминаторских убиства може да укаже на намјеру да се уништи одређена група.<sup>1176</sup> Круер види дискриминаторну намјену злочина као унутрашњи елемент захтјеваног квалификованог умишљаја.<sup>1177</sup> Због неодвојиве међусобне повезаности дискриминације и геноцида, Амбрус указује на то да се концепт дискриминације и теоријска разматрања дискриминације могу користити када се расправљају спорови у вези са тумачењем, примјеном или испуњењем Конвенције о геноциду.<sup>1178</sup> У том правцу, она сматра да ни субјективно ни објективно чланство у групи нису од кључног значаја за дискриминацију, већ узрочна веза између начињене повреде и заштићених добара.<sup>1179</sup>

Наравно, намјера да се уништи група особа са инвалидитетом која је евидентна кроз стварно смањење величине групе, апсорбује намјеру да се врши дискриминација против њих. Дакле, предметне законе не треба квалификовати само као дискриминаторне, већ као геноцидне. Овај закључак вриједи чак и ако је, као Скот тврди, употреба феталне аномалије као основа за абортус компатибилна са чланом 2. Конвенције.<sup>1180</sup> Можда нам претходна дискусија омогућава да боље разумијемо члан 10. Конвенције о правима особа са инвалидитетом:

Државе потписнице поново потврђују да сва људска бића имају урођено право на живот, те ће подузимати све потребне мјере како би осигурале учинковито уживање тог права особама са инвалидитетом, равноправно с другим особама.

---

<sup>1175</sup>*The Prosecutor v. Kupreskic et al. (Appeal Judgement)*, IT-95-16-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 23 October 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/40276b7e7.html> [accessed 1 April 2016] para. 636.

<sup>1176</sup>*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016], para. 523

<sup>1177</sup> Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge University Press 2010), 222-3.

<sup>1178</sup> Ambrus Monika, *Genocide and Discrimination: Lessons to Be Learnt from Discrimination Law*, *Leiden Journal of International Law* (2012), 936 note 6.

<sup>1179</sup> Ambrus Monika, *Enforcement Mechanisms of the Racial Equality Directive and Minority Protection* (Boom Eleven International 2011), at 105-128.

<sup>1180</sup> Rosamund Scott, *Interpreting the Disability Ground of the Abortion Act*, *Cambridge Law Journal*, 2005:64(2), ,, 408

## 2.5.2. Одговорност

Што се тиче одговорности, треба имати у виду да, "постојање плана или политике не представља дио бића кривичног дјела (...)"<sup>1181</sup> према одредбама члана 2. Конвенције о геноциду. Сходно томе, постојање државног плана, или политике геноцида није обавезна за индивидуалне одговорности.<sup>1182</sup> Што се тиче за злочина геноцида, одговорност садржи два нивоа.

### 2.5.2.1. Основи за одговорност првог нивоа

Злочине против међународног права су починили људи, а не апстрактни ентитети, и само кажњавањем појединаца који чине такве злочине могу се извршити одредбе међународног права.<sup>1183</sup>

Први ниво одговорност се односи на стварање и спровођење правних инструмената који су намјењени спријечавању рађања у оквиру групе особа са инвалидитетом. Сходно томе, може се приписати само владиним званичницима који су дјеловали у службеном својству и на основу њиховог капацитета као државних службеника. Према судској пракси, не постоји јасна разлика између првог степена одговорности и одговорности државе.<sup>1184</sup> С тога, први ниво одговорности, иако се односи на кривицу појединца, може да доведе до одговорност државе за геноцид.<sup>1185</sup> Одговорност предметних држава прописана је у члану 1. Конвенције о геноциду.<sup>1186</sup> Држава се може сматрати одговорном не само да је извршила геноцид, већ и ако не предузме све разумне мјере да га спријечи.<sup>1187</sup>

### 2.5.2.2. Основи за одговорност другог нивоа

Што се тиче другог степена одговорности, он произилази из извршења касног абортуса беба са инвалидитетом и може се приписати поступајућим љекарима. При

---

<sup>1181</sup> Погледати *Procureur c. Goran Jelusic (Décision orale)*, IT-95-10-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 18 October 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd55c0.html> [accessed 1 April 2016] para. 48.

<sup>1182</sup> Погледати Appeals Chamber, the judgment of 12 June 2002 in *Kunarac et al.*, IT-96-23&IT-96-23/1-A, at para. 98.

<sup>1183</sup> The judgment of the Nuremberg Tribunal is available at: [www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judcont.htm](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judcont.htm)

<sup>1184</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, International Court of Justice, 26 Feb. 2007, para 179 available at: [www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf)

<sup>1185</sup> Погледати Gaeta Paola, On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide? *The European Journal of International Law* (2007): 18(4), 631-648.

<sup>1186</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, International Court of Justice, 26 Feb. 2007, available at: [www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf) para. 166

<sup>1187</sup> Gaeta Paola, On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide? *The European Journal of International Law* (2007): 18(4), 637.

одређивању степена и / или постојања кривице, могу се дефинисати двије врсте умишљаја. Прво, ту је тзв. умишљај заснован на знању, који захтева само да извршилац зна да његови поступци доприносе ширем геноцидном плану; друга врста је умишљај циља, који захтјева демонстрацију, тј. да је исход геноцидне акције очекиван и жељен од стране починиоца.<sup>1188</sup>

Постоје мишљења према којима, да би се сматрали одговорним за учешће у геноциду, као поступајући љекар, починилац ниског ранга, треба само имати знање о геноцидном контексту његових дјела.<sup>1189</sup> Геноцидни контекст дјела која су дизајнирана да спријече рађања припадника групе инвалида, а која доводе до драстичног смањења њиховог броја, је неспоран. Што се тиче односа између контекстуалних елемената радње извршења и психолошког елемената (*mens rea*) – умишљаја злочина, Фишер сматра да присуство првог елемента "може имати значајан утицај" на други.<sup>1190</sup> Дакле, чини се да умишљај заснован на знању постоји у конкретном предмету ове анализе. Недостатак жеље да се група уништи не искључује индивидуалну кривичну одговорност за геноцид;<sup>1191</sup> "он само искључује квалификацију извршиоца као главног починиоца."<sup>1192</sup> Међутим, заснивање квалификације тако озбиљног кривичног дјела може бити спорна уколико се заснива искључиво на знању. Судска пракса показује да, ако је умишљај заснован на знању испуњен, а ако обим почињених злочина задовољава квантитативни параметар, знање је довољно за утврђивање геноцидне намјере појединачног починиоца.<sup>1193</sup> Такође, постоји растућа подршка за широку интерпретацију геноцидне намјере, као да се она односи и на *dolus eventualis*.<sup>1194</sup>

С друге стране, ако се утврди квалификован умишљај, извршилац се несумњиво може сматрати одговорним за геноцид. У том смислу, Фишер указује на то, да би се сматрали одговорним као починиоци другог нивоа, мора се доказати да су (љекари),

---

<sup>1188</sup> Погледати Kirsten J. Fisher, Purpose-based or knowledge-based intention for collective wrongdoing in international criminal law? *International Journal of Law in Context* (2014): 10(2), 167.

<sup>1189</sup> Ambos Kai, What Does "Intent to Destroy" in Genocide Mean? *International Review of the Red Cross* (2009).

<sup>1190</sup> Kirsten J. Fisher, Purpose-based or knowledge-based intention for collective wrongdoing in international criminal law? *International Journal of Law in Context* (2014): 10,2, 164.

<sup>1191</sup> *CF* Claus KREß, The Crime of Genocide under International Law, *International Criminal Law Review* (2006): 6.

<sup>1192</sup> *Ibid.*

<sup>1193</sup> Погледати *ibid.*

<sup>1194</sup> On the continental concept of *dolus eventualis* that can be situated somewhere between purpose/ knowledge and recklessness/negligence, Погледати Fletcher George, *Basic Concepts of Criminal Law*, (New York: Oxford University Press 1998), 123; and Ambos Kai, General principles of criminal law in the Rome Statute, *CLF* (1999): 10, 21 with further references.

извршиоци намјерно починили дјела "у циљу злочина, који самостално нису могли разумно очекивати да постигну, за које се намјера може посматрати као одраз друштвених ставова, а за које су намјенили не само лични допринос, већ и крајњи циљ масовних злочина."<sup>1195</sup> У пресуди Благојевић и Брђанин, умишљај циља је сматран потребним, док је умишљај заснован на знању одбијен као недовољан.<sup>1196</sup> С друге стране, умишљај заснован на знању је довољан да се неко осуди за помагање и подржавање геноцида.<sup>1197</sup> Овдје треба поменути да је конфузија између "саучесништво у геноциду" и "помагање и подржавање" геноцида под академском критиком. Гринфилд наглашава да је саучесништво у геноциду само по себи злочин, који не мора да олакша извршење геноцида.<sup>1198</sup> За разлику од саучесништва у геноциду, помагање и подржавање геноцида има за сврху да омогући извршење геноцида. Дакле, разлика између њих суштински је различит *mens rea*. Према Гринфилд, саучесништво захтјева нижи степен умишљаја, оно што он назива "квалификовани умишљај без повезане кривице".<sup>1199</sup> С друге стране, "помагање и подржавање геноцида" подразумева горе описани долус специалис. Што се тиче нежељених ефеката, захтјевају знање и посредно би се могло доказати *dolus specialis*. Наиме, ако се дјела и понашање починиоца изводе у складу са постојећим планом, или политиком да се почини геноцид, "такво сазнање [плана] представља додатни доказ који поткрепљује закључак о намјери."<sup>1200</sup> Због наведеног, чак и ако љекар не поступа са жељом да се уништи група особа са инвалидитетом, он/она су одговорни макар за помагање и подржавање геноцида. Ако је умишљај љекар испод траженог степена специфичне намјере, он/она могли би да буду одговорни за злочин саучесништва у геноциду због доприноса у материјализацији почињених радњи геноцида.<sup>1201</sup> Корисно је

---

<sup>1195</sup> Kirsten J. Fisher, Purpose-based or knowledge-based intention for collective wrongdoing in international criminal law? *International Journal of Law in Context* (2014): 10,2, 164.

<sup>1196</sup> *The Prosecutor v. Blagojevic and Jokic (Judgment on Motions for Acquittal pursuant to Rule 98 Bis)*, IT-02-60-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 5 April 2004, available at: <http://www.refworld.org/docid/47fdfb302.html> [accessed 1 April 2016] para. 656 ('not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group.').

<sup>1197</sup> *The Prosecutor v. Radislav Krstic (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 August 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/414810d94.html> [accessed 1 April 2016] para. 724.

<sup>1198</sup> Greenfield M. Daniel, The Crime of Complicity in Genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong, and why it matters, *The Journal of Criminal Law & Criminology* (2008), 921.

<sup>1199</sup> *Ibid.* 921-951.

<sup>1200</sup> *The Prosecutor v. Vujadin Popovic (Judgment)*, IT-05-88-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 June 2010, available at: <http://www.refworld.org/docid/4c1f69fe2.html> [accessed 1 April 2016] para. 830.

<sup>1201</sup> Greenfield M. Daniel, The Crime of Complicity in Genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong, and why it matters, *The Journal of Criminal Law & Criminology* (2008), 951.

да се овдје напомене да постојање личног мотива, као што је економска корист, не искључује постојање тражене специфичне намјере.<sup>1202</sup>

Можда медицинско особље нема хијерархијски капацитет да ефикасно допринесе коначном уништењу групе, што би могло да их изуме од одговорности првог нивоа. Али љекари који учествују у абортусим показују акт-оријентисану вољу, јер они нису у обавези да изврше абортус ако је у супротности са њиховим увјерењима. Такође, они нису ни под притиском њиховог друштвеног окружења да се укључе у извршење тог дјела због негативног става према популацији особа са инвалидитетом.<sup>1203</sup> Ако се не позову на приговор савјести, која је призната како на регионалном<sup>1204</sup> тако и на националном нивоу,<sup>1205</sup> то јасно свједочи њихову жељу да учествују у превенцији рађања. Не може бити никакве сумње о томе. Једино о чему би могло бити ријечи је ниво личне кривице. У том смислу, етичка разлика између "радњи које су усмјерене на одређени циљ и радњи које су извршене, упркос чињеници да је извршилац, који није посебно желио посљедице, знао да ће радње довести до истих циљева",<sup>1206</sup> што је према Фишеру-у један од аргумената у корист захтјева да умишљај циља постоји само ако је извршилац који није желио посљедице, али је био свјестан њих, дјеловао под било каквим притиском. Нема притиска - нема разлике.

## 2.6. Опажања

Феталне малформације су уобичајен основ за прекид трудноће у Европи. Међутим, истрага у овом дијелу се бави еквивалентима геноцидне намјере у законима који уводе малформације као апсолутни основ за прекид трудноће. То значи да је абортус дозвољен на основу инвалидитета све до рођења. Неки од разлога да се фокусирам на еквиваленте геноцидне намере, умјесто на саму геноцидну намјеру, су следећи. С једне стране,

---

<sup>1202</sup>*The Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgment on Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vajin)*, IT-94-1-A-R77, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 31 January 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/40277bdc4.html> [accessed 1 April 2016], para. 269.

<sup>1203</sup> Refer to Alderson Priscilla, *Prenatal Counselling and Images of Disability*, in: *Ethical Issues in Maternal-Fetal Medicine* (ed.), Dickenson L. Donna (Cambridge: Cambridge University Press 2002), 195, 203.

<sup>1204</sup>The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care Resolution 1763 (2010). Погледати Campbell Mark, *Conscientious Objection and the Council of Europe: The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care* *Medical Law Review* (2011): 19, 467,469.

<sup>1205</sup> For US refer to Charo R. Alta, *Health Care Provider Refusals to Treat, Prescribe, Refer or Inform: Professionalism and Conscience*, *Advance* (2007), 119, 120-1; For Latin Americas refer to Casas Lidia, *Invoking Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Evolving Issues in Peru, Mexico and Chile*, (2009): 17(34), *Reproductive Health Matters* 78; For Europe refer to Lazdane Gunta, *Abortion in Europe: Ten Years After Cairo*, *Entre Nous: The European Magazine for Sexual and Reproductive Health* (2005): 59.

<sup>1206</sup> Kirsten J. Fisher, *Purpose-based or knowledge-based intention for collective wrongdoing in international criminal law?* *International Journal of Law in Context* (2014): 10(2), 172.

данашњи услови вјероватно искључују могућност за понављање злочина из Другог свијетског рата у свом класичном облику; с друге стране технолошки напредак намеће нове пријетње човечанству, што захтјева ефикасно откривање и правовремен правни одговор. Геноцидна намјера је комплексно питање. Као психолошки елемент злочина геноцида са веома захтјевним стандардима за његово утврђивање, судови су наилазили на значајне потешкоће у њеном доказивању, чак и у случајевима када су звјерства извршена на класични начин (гдје нису коришћене софистициране медицинске методе). У циљу превазилажења ове практичне препреке и ефикасног доказивања геноцидне намјере, међународни судови користе додатне доказне инструменте као што је општи контекст звјерстава, извршења других кажњивих дјела која су систематски усмјерена против исте групе, обим почињених злочина, систематско циљање жртви на рачун њихове припадности одређеној групи, или понављање деструктивних и дискриминаторних дјела. Сходно томе, ови додатни доказни инструменти се легитимно користе за откривање нових пријетњи који су почеле да се отварају.

Еквиваленти геноцидне намјере у законима о абортусу су откривени помоћу додатних доказних инструмената "обим почињених злочина" и "дискриминација". Што се тиче "обима почињених злочина" овај инструмент је показао да, када се примјени на анализу праксе у државама чланицама Савјета Европе, открива еквивалент ономе што је квалификовано као геноцидна намјера у судској пракси која се бавила класичним злочинима. Наиме, директна посљедица пропуста да се јасно дефинишу потребни услови да би абортус по основу малформације био легитиман јесте правно признавање широког спектра медицинских инвалидитета, као и друштвених (субјективних или објективних) инвалидности као валидних основа за абортус. Ово омогућава спрјечавање рађања на основу пуке могућности настанка феталне аномалије. Као резултат таквог правног оквира, група особа са инвалидитетом је драстично смањена. Око 90% трудноћа су прекинуте када је детектована малформација.

Што се тиче инструмента "дискриминације", постоје неспорне разлике у третману пре-личности са инвалидитетом у поређењу са здравим пре-личностима у погледу заштите њиховог права на живот. Главни приговор да се дискриминација не односи на пре-личности не може да се одржи, јер дискриминација утиче на признате правне субјекте и директно доводи до смањења величине њихове групе. Други модел за тумачење екстензије забране дискриминације на ове пре-личности произилази из савременог правног дискурса

који препознаје да је личност нумерички једнака са својим претходником пре-личности. У оквиру овог модела, пре-лица са инвалидитетом не могу бити изолована из заштите коју уживају лица са инвалидитетом што се односи нарочито на заштиту од геноцида. Дакле, дискриминација у принципу не мора да почива на различитом третману здравих пре-личности у односу пре-личности са инвалидитетом. Тврдња о дискриминаторској природи таквих закона је оснажена чињеницом да предметни законски оквири пружају ужу " сигурну зону права на живот " инвалидним лицима. За њих, "сигурна зона" почиње од рођења тј. када постану личности, а не од неког тренутка гестације као што је то случај са здравим лицима тј. када су пре-лица. Због дискриминаторне природе овог основа за абортус поједини законодавци су већ почели да мијењају националне законе о прекиду трудноће. Дакле, и овај додатни доказни инструмент је, такође, потврдио постојање еквивалента ономе што се квалификује као геноцидна намјера у судској пракси која се тиче класичних облика злочина.

Одговорност за злочин геноцида се састоји од два нивоа. Као чврсти докази државних планова или политика, предметни закони могу позвати на одговорност државних званичника који су дјеловали у службеном својству у процесу њиховог усвајања. Први ниво одговорности у том случају односи се и на одговорност државе, или за извршење, или за пропуст да спријечи извршење радње геноцида. Други ниво одговорности произилази из извршења касног абортуса беба са инвалидитетом, и може се приписати поступајућим љекарима. При одређивању степена и/или постојања кривице, могу постојати двије врсте умишљаја. Прво, ту је тзв. умишљај заснован на знању, који захтјева само да извршилац зна да његови поступци доприносе ширем геноцидном плану; друга врста је умишљај циља, који захтјева демонстрацију да је исход геноцидне акције очекиван и жељен од стране починиоца.

Што се тиче умишљаја заснованог на знању, чини се да он постоји када поступајући љекар извршава радње које су дизајниране да спријече рађање припадника групе особа са инвалидитетом које резултирају драстичним смањењем њиховог броја. У том смислу судска пракса је показала да, ако умишљај заснован на знању постоји, и ако обим почињених злочина задовољава квантитативни параметар, сама свијест о злочину је довољна за утврђивање геноцидне намјере конкретног починиоца. Умишљај заснован на знању сматран је довољним да се окривљени осуди за помагање и подржавање геноцида. Ако љекар посједује мањи степена специфичног умишљаја, он / она могу се сматрати



одговорним за злочин саучесништва у геноциду, због доприноса у материјализацији почињених радњи геноцида.

Одговорност појединца, за доказану намјеру геноицида, није под знаком питања када се догоди. Љекари који учествују у абортусу показују акт-оријентисана вољу, јер они нису у обавези да изврше абортус ако је у супротности са својим увјерењима, нити су под притиском друштвеног окружења да се ангажују у том дијелу због негативних ставова према популације са инвалидитетом. Приговор савјести може да дјелује као отежавајућа околност уколико се не позове. Дакле, законодавцима се савјетује да преиспитају своја законодавства у погледу употребе малформација као основе за абортус, нарочито ако је овај основ апсолутног карактера.

**ДИО ТРЕЋИ**

**РЈЕШЕЊЕ ИЗАЗОВА ЕВРОПСКОГ РЕГИОНАЛНОГ  
ЗАКОНОДАВСТВА ПРВОГ И ДРУГОГ ДОБА**

## 1. ТЕОРИЈСКИ ОКВИРИ ЗА ДЕФИНИСАЊЕ РЈЕШЕЊА

Примјенљивост персонистичке варијанте теорије личности у области почетка заштите права на живот тестирана је односу на одрживост њене три концептуалне премисе и то:

1. немогућност пренаталног живота да испуни критеријуме правног субјективитета (да стекне релевантне особине);
2. правни субјективитет је одређен карактеристикама метафизике-нематеријалне природе што га чини суштински метафизичком ствари; и
3. правни субјективитет је предуслов за заштиту права на живот.

Одрживост прве премисе зависи од особина које сматрамо да чине одреднице статуса. У овом конкретном случају, ја сам се определио за анализу карактеристика како је формулисано у премиси број 2 из три разлога. Прво, сви остали критеријуми који су предложени очигледно се стичу у неком тренутку трудноће. Друго, ова премиса поново задобија академску пажњу. Треће, она се обично тумачи као да искључује пренатални живот из правног субјективитета. Предметна премиса је испитана користећи временски критеријум и критеријум физичке условљености. Закључци који су постигнути кроз ту дискусију, а која се задржала у оквирима који одбацују постојање душе, су сљедећи: евентуално метафизичка димензија личности се не састоји од нематеријалних елемената у дуалистичком смислу; ментално је материјално; метафизичка компонента је у потпуности сачињена од физичких елемената; живот је биолошки догађај; сви живи људски ентитети имају суштински једнак живот. Конфузија у питању тиче се забуне о величини, а не о суштини. Због својих скромних димензија, пренатални живот није у стању да увећа властиту супстанцу до тачке која резултира уочљивом манифестацијом својстава која дају статус. Међутим, величина не може бити статусна одредница у сврху заштите права на живот.

Чак и ако се предложени закључци не прихвате, неспорно је да све одреднице статуса, које су предложене у теорији, произилазе из истог фундамента. Били ми физичка тијела или нематеријални умови, не можемо бити доведени у постојање без ње.

Трећа претпоставка одражава широко прихваћену правну фикцију која садржи догматски елемент према којем се правни субјективитет стиче рођењем. Дискутовано је да

ли је личност одговарајућа правна конструкција да би се оправдано користила као средство за реформу/креирање закона (што је једина легитимна функција фикција). У овој дискусији правна фикција личности је анализирана у односу на два градивна елемента правних фикција и то „недостатка мјеродавног знања“ и „корисности“. Што се тиче недостатка мјеродавног знања, закључено је да се овај елемент, фикција, не односи на формалну конструкцију личности. Осим тога, закључено је да правна конструкција личности уопште не узима у обзир мјеродавно знање. Као емпиријска правна грешка она се ослања на нетачне стварности. Као таква, она је лишена било какве корисности. Дакле, персонистичка варијанта теорије личности је неупотребљива у свим својим сегментима за дефинисање почетка права на живот.

У складу са тим, методологија Бониновог аргумента симетрије<sup>1207</sup> може да се примјени за дефинисање поменутог фундамента на сљедећи начин:

- 1: Карактеристика чијим губитком неко губи право на живот је карактеристика чијим се првобитним стицањем добија право на живот.
- 2: Карактеристика чијим губитком неко губи право на живот јесте индивидуализована генетска конструкција.
- 3: карактеристика чијим се првобитним стицањем добија право на живот је индивидуализована генетска конструкција.

Чини се да предложени критеријум одражава ставове хуманизма-анимализма. Међутим, хуманизам-анимализам треба одбацити из два разлога. Прво, овај систем из оквира теорије о личности заговара морални значај физичких атрибута који обично дају њиховом имаоцу способност да имитира врсно одређене обрасце понашања који су успостављени у оквиру друштвене заједнице доминантне групе људи. Мисао овог система приписује морални значај припадницима других врста, само ако су у стању да се понашају асимиловано. Друго, овај систем погрешно полази од фикције личности као преклузивне за заштиту права на живот.

## 2. ДЕФИНИСАЊЕ ПРЕДЛОЖЕНОГ РЈЕШЕЊА

Предложени критеријум подударан је утврђеним регионалним стандардима у односу на почетак заштите права на живот. Под критеријумом индивидуализоване генетске конструкције могуће је градирати право на живот на начин на који људско биће

---

<sup>1207</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 130-133.

стиче другу (право на превентивну заштиту живота) и трећу (право на одржање живота) компоненту права на живот кроз трудноћу. Али, прва компонента (право да се не буде убијен) настаје заједно са животом. Тврдња да је личност вишег значаја за почетак права на живот у односу на носећи фундамент, јер фундамент гради личност, а не обрнуто,<sup>1208</sup> почива на погрешној логици, као што је она древна према којој су градови важнији од грађана, или модерна према којој је брак важнији од супружника, јер у оба случаја наводно оно прво наведено чини оно друго.

Значај генетике у смислу предложеног критеријума је приметио Рамзи, који тврди да нас „генетика учи да смо од почетка онога што смо у суштини још увијек у свакој ћелији, и у сваком уопште људском атрибуту, и у сваком појединачном атрибуту.“<sup>1209</sup> Индивидуална генетска конструкција (претходно и у наставку: *conceptus*), од самог тренутка свог почетка, посједује оно што еколози називају телеолошком природом, односно онтолошком природом, што се односи на унутрашњу организацију за одржавање сопственог постојања. Осим тога, квалитативно говорећи телеолошки карактер животне средине своди на тзв вегетативне способности, док онтолошка природа *conceptus*-а није ограничена само на пуку вегетацију; она је усмјерена ка континуираном развоју. Вегетативне способности су биле довољне да се утврди постојање моралног значаја животне средине,<sup>1210</sup> те би онтологија *conceptus*-а требала да значи још и више.

Према Швајцеровом резонувању, *conceptus* има вољу за животом коју он сматра преклузивном за морални статус. За Швајцера манифест воље је доказ да воља постоји. Предметна манифестација пренаталног људског бића се огледа кроз телеолошку борбу да живи, или једноставно кроз тежњу да се одржи у животу. Оваква врста воље не захтијева неурофизиолошку опрему која је неопходна за вољност у психолошком смислу (или прецизније за амплификацију воље у потребној мјери како би је други признали). Зацјељивање, дисање, отпор смрти, имуне реакције или репродуктивне подјеле, који су или задовољствени или болни догађаји у смислу врсне специфичности, представљају манифест предметне воље. У складу с тим, сва жива бића имају ту врсту воље. Швајцер не хуманизује биљке и бактерије, према његовом мишљењу воља да живи, како он схвата тај

---

<sup>1208</sup> Baker Rudder Lynne, *Big-Tent Metaphysics Abstracta* Special Issue (2008), I, 12

<sup>1209</sup> Ramsey Paul, *Points in Deciding about Abortion*, in: *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives* (ed.), Noonan T. John, Jr. (Cambridge: Harvard University Press, 1970), 66–7. Reference and quote taken from Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 53.

<sup>1210</sup> Plumwood Val, *Feminism and the Mastery of Nature* (London: Routledge, 1993), 210.

термин, налази се у животу, а не у свијести. Проблем са Швајцеровим концептом је више лингвистички него номиналан. Швајцер користи психолошке термине у етици што генерално није срећан избор.<sup>1211</sup> По тим основама, Ворен се противи Швајцеровом ставу истичући слабости његовог аргумента воље за животом.<sup>1212</sup> Примједбе које је истакла Ворен су коректне у антропоцентричном смислу, али не и у номиналном. Исти термилошки проблеми прате Швајцерову употребу термина искуство. Према Јунгу, манифестација искуства (пчела) је доказ свијести.<sup>1213</sup> Искуство, у смислу у којем га Швајцер користи, може бити номинално изједначено са оним што други зову резултат еволуције/природне селекције,<sup>1214</sup> апсолутног знања, итд. Такви Швајцерови ставови могу се утемељити на открићу тзв. координационог принципа, који је присутан код *conceptus*-а (прије формирања мозга).<sup>1215</sup> Такође, према Бартолоту "свим организованим системима треба да буде приписан морални статус на основу посједовања склоности и интереса ка сопственој добробити."<sup>1216</sup>

Примједбе на описан квалитет онтолошке природе пренаталног људског живота могу се наћи у Аристотеловом троструком схватању ембриологије. Међутим, "одложена хоминизација " нема никакво упориште у савременој ембриологији.<sup>1217</sup> Према Лу-у, континуитет је доказ да не постоји тачка на развојном путу за коју би се могло увјерљиво тврдити да представља тачку онтолошке модулације -промјене.<sup>1218</sup> У том смислу, Џејсон Т. Ебер и Брендон П. Браун, тврде да "такав ентитет заслужује разматрање као предмет *prima facie* моралне обавезе не убити га (...)." <sup>1219</sup> Чак и ако се Аристотелов приговор може

<sup>1211</sup> N. S. Thompson and G. Derr, On the Use of Mental Terms in Behavioral Ecology and Sociobiology *Behavior and Philosophy*, Vol. 23/24, Vol. 23, no. 3 - Vol. 24, no. 1, . 31-37

<sup>1212</sup> Warren Anne Mary, *Reverence for Life in Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000).

<sup>1213</sup> Jung Carl Gustav, *Letters, 1951-1961*, an English translation by R. F. C. Hull, (Princeton: Princeton University Press 1973).

<sup>1214</sup> Ibid.

<sup>1215</sup> Eberl T. Jason and Brown Brandon, *Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses*, in *Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*, (ed), Napier Stephen (Springer 2011), 6.

<sup>1216</sup> Bortolotti Lisa, Disputes over Moral Status: Philosophy and Science in the Future of Bioethics, *Health Care Anal* (2007): 15,153-158 DOI 10.1007/s10728-006-0031-7

<sup>1217</sup> Mathew Lu, Embryology: Medieval and Modern, *The Human Life Review* (2014), 35-48.

<sup>1218</sup> Mathew Lu, The Ontogenesis of the Human Person: A Neo-Aristotelian View," forthcoming in the *University of St. Thomas Journal of Law and Public Policy*.

<sup>1219</sup> Eberl T. Jason and Brown Brandon, *Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses*, in *Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*, (ed), Napier Stephen (Springer 2011), 31.

примјенити на најранију форму људског тијела, никако се не може примјенити на људску генетску конструкцију.

Индивидуализована генетска конструкција је, без сумње, неопходан услов за улазак у постојање, без обзира на којој тачки биолошког континуитета вјерујемо да постојање настаје. Појава индивидуализоване генетске конструкције је праг за почетак заштите права на живот. Једино релевантно питање које се поставља гласи када се индивидуализована генетска конструкција појављује? За одговор на ово питање, у овом раду, је искључиво прихваћена компетентност доминантног става развојне биологије. Постоји консензус у овој области науке да људски живот почиње у сингамији.<sup>1220</sup> Сингамија је тренутак у коме долази до спајања мушких и женских хаплоидних хромозома. Отјелотворена генетска структура се појављује у том моменту. Од тог тренутка, неповратно је створен индивидуализовани и јединствени генетски пакет,<sup>1221</sup> људско биће се може биолошки идентификовати. Према томе, рјешење које предлагем почива на три аргумента: тренутном настанку, континуитету и повезаном идентитету, други и трећи аргумент су уочени и од стране Живојиновићеве као аргументи у прилог теорији зачећа.<sup>1222</sup> Међутим, ову теорију сматрам непримјенљивом јер зачеће представља процес, као што је то и рођење, те тако уопштено формулисана ова теорија не нуди одредиву произвољну тачку за утврђивање почетка заштите права на живот. Стога, теорија зачећа није подржана првим наведеним аргументом тренутног настанка, као што је то случај и са свим другим претходно разматраним теоријама.

### **2.1. Тренутни настанак индивидуализоване генетске конструкције**

За разлику од других критеријума за утврђивање почетка права на живот који су од сада предложени, индивидуализована генетска конструкција не настаје у степенима. Сингамија је догађај који резултира његовим настанком. Овај критеријум је имун на раније поменути приговор "прошлог времена" (*past tense*),<sup>1223</sup> који су истакли Еберл и Брендон Неодрживо је везивати почетак заштите права на живота за почетак функција било ког органа, без обзира на листу способности или могућности које су подржане тим

---

<sup>1220</sup>Downs M. Karen, *Embryological Origins of the Human Individual, Controversies in Science & Technology* (2008): 2,3.

<sup>1221</sup>Ibid.

<sup>1222</sup>Живојиновић Драгица, *Правни положај нерођеног детета* (Крагујевац: Inter Print 2009) 21.

<sup>1223</sup>Eberl T. Jason and Brown Brandon, *Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses*, in *Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*,(ed), Napier Stephen (Springer 2011), 8.

функцијама. Главни разлог за то је биолошка разлика између ембриолошких (пренаталних) и анатомских (постнаталних) функција које се обављају у људском организму. Као што смо видели, могуће је да се неке функције јављају у пренаталном организму и прије развоја органа који их обавља по рођењу. Ово се односи на интеграцијско-организациону улогу мозга. Наиме, када једро (nucleus) настане, оно регулише рано биолошко функционисање, не само у метаболичком смислу, већ и у капацитету "контролног центра".<sup>1224</sup> Због тога, сваки аргумент симетрије који се ослања на функције неког органа није прихватљив за одређења почетка права на живот.

Приговор у вези овог аргумента по аналогији се може наћи код Бонина, који тврди да зачеће није ништа "више тренутно од других потенцијално важних тачака у развоју фетуса, као што су тачке у којој фетус прво постаје сензибилан или одржив."<sup>1225</sup> Бонин формулише свој приговор као што слиједи.

П1: Једини радикално неискриван догађај у развојној историји појединца као што смо ти и ја, је формирање зигота у тренутку зачећа.

П2: Ако развојна историја појединца садржи само један радикално неискриван догађај, онда је то једина произвољна тачка да се повуче граница.

П3: Морал захтјева да граница између посједовања и непосједовања права на живот не буде произвољна.

П4: Појединци попут тебе и мене имају право на живот.

П5: Сперма и јајне ћелије немају право на живот.

З: Морал захтјева да, у случају развојне историје појединаца попут тебе и мене, граница између посједовања и непосједовања права на живот буде у тренутку зачећа.<sup>1226</sup>

У циљу побијања наведене моралне једначине заједно са посљедичним (З) закључком, Бонин тврди да због чињенице да је сама оплодња постепен процес, током којег генетски материјал сперме и јајних ћелија заузимају исти простор прије него што се споје, не постоји јасан тренутак када два различита организма престају да постоје и када нови људски организам настаје. Током дискусије, он даје детаљно објашњење процеса

---

<sup>1224</sup> Ibid, 12.

<sup>1225</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 37.

<sup>1226</sup> Ibid, 36.



зачећа. Међутим, он је начинио конфузију биолошких стварности. Прво, за разлику од његових тврдњи, сперма и јајне ћелије нису организми, већ ћелије. С тога, предложени аргумент, који се односи на завршену генетску конструкцију, не обухвата полне ћелије, без обзира на формације у којима могу бити спојене или одвојене. У супротном, пратећи Бонинову линију аргументације, не би било могуће утврдити када се јајна ћелија појавила, с обзиром да заузима исти простор са материцом, и налази се у интеракцији са њом. Друго, развојна биологија јасно тврди да нови људски организам настаје у сингамији, када је неповратно створен индивидуализован и јединствен генетски пакет. Догађаји који су претходили *syngamy* могли би се описати као процеси његове изградње од посебних непотпуних елемената. За разлику од ових догађаја, догађаји који слиједе након сингамије би се могли описати као процес развоја јединственог и генетски комплетно дефинисаног појединца. Разлика између скупа одвојених нестабилних градивних елемената и јединствене, генетски комплетно дефинисане индивидуе, је фундаментална. Због тога, није произвољна одлука приписати морални и правни значај сингамије јер је она полазна тачка нашег неискриваног континуитета. Стога, овај аргумент у корист индивидуализоване генетске конструкције је складу са претходно наведеном моралном једначином и консеквентним закључком. Можда је Бонинов приговор успјешан у погледу физичког континуитета тијела. Међутим, није адекватан да успјешно оспори тренутну појаву индивидуалне генетске конструкције.

## 2.2. Континуум индивидуализоване генетске конструкције

Континуум индивидуализоване генетске конструкције је суштина логике националних правних извора који омогућавају тужбе за пренатална или генетска оштећења. Методологија Стиеровог и Шоне-Сајфертовог аргумента да су: "ембриони људски субјекти и стога их треба третирати као такве",<sup>1227</sup> је одржива само ако се заснива на аргументу континуитета индивидуализоване генетске конструкције, а не на аргументу потенцијалности као у својој оригиналној верзији. Континуитет индивидуализоване генетске конструкције не захтјева извођење стварних права из неизвјесних будућих карактеристика. Он је већ остварен. Такође, аргумент континуитета омогућава да преложено рјешење избјегне логични колапс, који је урођен у аргументу потенцијалности

---

<sup>1227</sup> Marco Stier and Bettina Schoene-Seifert The Argument from Potentiality in the Embryo Protection Debate: Finally 'Depotentialized'? Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster 2012/40.

када се њиме одређује статус *in vivo* ембриона који имају активни потенцијал (способност да реализују своје потенцијале, без помоћи спољног стимуланса), и статус *in vitro* ембриона које имају само пасивни потенцијал.<sup>1228</sup> Доследна примјена аргумента потенцијалности нужно ограничава морални и правни статус само на оне ембрионе са активним потенцијалом што, међутим, представља градацију људи (дискриминацију потенцијалности) и одлаже почетак заштите права на живот *in vitro* људи. Таква градација је неприхватљива, јер је у супротности са идејом о једнакости људи, која треба да се развија заједно са напретком техно-науке. Насупрот овом градирању, приликом разматрања да ли *in vitro* ембриони (у "суспендованој анимацији") имају исти статус као они који се активно развијају у материци, Еберл закључује: "да је крио очуван људски ембриона једнак, и метафизички и морално, личности (...)." <sup>1229</sup>

### 2.3. Идентитет индивидуализоване генетске конструкције

Континуитет индивидуализоване генетске конструкције је претходно већ разматран у контексту идентитета појединца.<sup>1230</sup> Тешко је увјерљиво аргументовати да ентитет, који је постао на сингамији, није исти у генетском смислу, као онај који је касније рођен, без обзира на врсте потенцијалности које стиче кроз различите фазе развојног пута.

Предметни идентитет заснива се на континууму нумеричког идентитета. Овај став дијели и Беквит. Након анализе строго научних позиција о почетку појединачног људског живота, он закључује да "свако људско биће почиње са својим физичким постојањем као зигот (...)" <sup>1231</sup> Што се тиче питања идентитета, потребно је начинити јасну разлику између предложеног генетског идентитета и личног идентитета. Први се односи на нумеричким идентитет, док се други односи на идентитет личности. Што се тиче атрибута личног идентитета, најраније тачка њиховог настанка може бити она на којој се формира мозак способан да има макар неки степен свијести.<sup>1232</sup> Чини се да Монтег не прави ову

---

<sup>1228</sup> Morgan M. Lynn, The Potentiality Principle from Aristotle to Abortion, *Current Anthropology*, (2013): 54, Potentiality and Humanness: Revisiting the Anthropological Object in Contemporary Biomedicine (October 2013). S15-S25

<sup>1229</sup> Eberl T. Jason, Metaphysical and Moral Status of Cryopreserved Embryos, *The Linacre Quarterly*, (2012): 79(3), 304-315.

<sup>1230</sup> Burtchaell, James Tunstead 1982. "Very Small Fry: Arguments for Abortion." In James Tunstead Burtchaell, *Rachel Weeping and Other Essays on Abortion*. Kansas City, MO: Andrews and McMeel, Inc., date, . 61-140. 84,87. Reference taken from Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 53.

<sup>1231</sup> Beckwith Francis, *Defending life: A moral and legal case against abortion choice* (New York: Cambridge University Press 2007), 69.

<sup>1232</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 305.

неопходну разлику. Наиме, он оспорава предложени нумерички идентитет сматрајући да су "најранији кандидати за индивидуе настају са ембрионалним дисковима."<sup>1233</sup> Разлог за такав став је да ентитет, од те фазе "може да постане фетус и, на крају одрастао човјек."<sup>1234</sup> Дакле, његов главни аргумент почива на вишем степену вјероватноће коју ембрион стиче развојем ембрионалних дискова да постане одрастао човјек. С обзиром, да вјероватноћа не може бити прихватљиво мјерило за нумерички идентитет који је изведен из генетичке структуре, Монтегов приговор треба одбацити.

Нумерички идентитет, од сингамије па надаље, може се представити Парфитовим примјером билијарске кугле.<sup>1235</sup> Тврдња о нумеричком идентитету може се дјелимично ослонити на Беквитову "Становишту супстанце" (*The Substance View*),<sup>1236</sup> јер тврди да је *conceptus* нумерички идентичан ономе који је касније рођен. Али, за разлику од Беквит, сматрам да континуитет супстанце чини нумерички идентитет који је довољан морално и правно признат од тренутка његовог настанка без позивања на било коју (континуирану) унутрашњу вриједности личности.<sup>1237</sup> Такође, предложени аргумент није далеко од Бејкеровог концепта "конституционализма".<sup>1238</sup>

### 3. ПРИМЈЕДБЕ НА ПРЕДЛОЖЕНО РЈЕШЕЊЕ

За разлику од Живојиновићеве, не сматрам да је изградња *sui generis* правног статуса пренаталних људи рјешење предметних проблема.<sup>1239</sup> Данас доступна, медицинска техничка и правна средства нам омогућавају да признамо једнак правни положај свим људима, макар када су у питању најосновнија - урођена права као што су право на живот и достојанство. Више нам нису потребни компромиси у том погледу (ако су икада и били).<sup>1240</sup> Суштина мог положаја, који сам до сада елаборирао, је да социјалне конструкције, што се односи и на правне конструкције, не могу бити у супротности биолошким реалностима. У наставку ћу покушати да докажати да је заправо могуће признати једнак правни и морални статус нерођеним, као и рођеним људима. То ћу

---

<sup>1233</sup> Montague Phillip, Stem Cell Research and the Problem of Embryonic Identity, *J Ethics* (2011), 15:307-319, DOI 10.1007/s10892-011-9107-1. 318.

<sup>1234</sup> Ibid.

<sup>1235</sup> Parfit Derek, *Reasons and Persons* (Oxford: Clarendon Press 1984), 200, 203-4.

<sup>1236</sup> Beckwith Francis, *Defending life: A moral and legal case against abortion choice* (New York: Cambridge University Press 2007).

<sup>1237</sup> Ibid, 51.

<sup>1238</sup> Lynne Rudder Baker, *Persons and Bodies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 58.

<sup>1239</sup> Живојиновић Драгица, *Правни положај нерођеног детета* (Крагујевац: Inter Print 2009), 27.

<sup>1240</sup> *CF* Ibid. 41.

учинити разматрањем могућих приговора на предложени критеријум за утврђивање почетне границе почетка права на живот.

### 3.1. Приговор 1: вјероватноћа

Као што смо видјели, регионалне судске позиције нису удаљене од ставова система означеног као хуманизам. Суд је признао чланство ембриона у људску расу, али истовремено је појаснио да само то није довољно да квалификује ембрионе/фетусе за заштиту према Конвенцији. Још један кумулативни услов за стицање људских права јесте капацитет карактеристичан људском бићу, а то је њихова способност да постану личности (аргумент потенцијала). Стога, институције Конвенције су одлучиле да не одобре такав потенцијал својствен чланству у нашој врсти са истим нивоом заштите коју уживају живо рођени људи. Истовремено, судским приступом уводи се право за заштиту људских права, која слиједи из посједовања: "капацитет да постане личност". Правно дејство таквог приступа може се добро сагледати кроз правне системе који дозвољавају тужбе за пренатална и генетска оштећења.<sup>1241</sup> Такође, у упоредном праву, у случају *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* Врховни суд САД је одбацио идеју о праву на живот фетуса, али је истовремено признао држави интерес за потенцијални живот што представља основ да државе предузме кораке ка ограничењу приступа абортусу послје одрживости. Из претходне дискусије, видјели смо да европски правни режими користе вјероватноћу (малформације) као довољан основ да се легитимише прекид трудноће.

Дакле, предложени критеријум је чврсто утемељен на прихваћеном правном стандарду потенцијалности.<sup>1242</sup> *Conceptus* посједује активни потенцијал да постане личност. Аргумент потенцијалност се може пратити уназад до Аристотела. Његови ставови о потенцијалу су блиско повезани са модерним схватањем "теолошке природе" животне средине. Према Аристотелу "сва жива бића, укључујући и безумне биљке, имају циљ прикладан својој врсти, према којем имају природну тенденцију да се развију из безобличног или потенцијалног."<sup>1243</sup> Од тада, Аристотелова разматрања попримила су

---

<sup>1241</sup> Uhlenbruck Lafus, *Handbuch des Arztrechts* (3 Auflage, München 2002), 963.

<sup>1242</sup> For comprehensive discussion about potentiality argument from the aspect of Personhood Theory refer to Eugene Mills, *Early Abortion and Personal Ontology*, *Acta Anal* (2013): 28, 19–30. DOI 10.1007/s12136-012-0182-0. This author argues that potential is irrelevant for moral status according to both systems of the Personhood Theory.

<sup>1243</sup> Broadie Sarah, *Ethics with Aristotle* (New York: Oxford University Press 1993), 49.

значајне рефлексије у модерним филозофским и правним расправама. Дебате се воде о односу између потенцијалности и стварности. Један табор дискусије приписује апсолутни морални значај потенцијалностима због особина које настају у стварности, након његове реализације, и користе тај аргумент као оправдање за рестриктиван став о абортусу истраживањима на матичним ћелијама итд. Супротни табор описује такве ставове као да су "неизрециви",<sup>1244</sup> заговарајући либерални приступ поменутих питањима. Џејсон Т. Еберл и Брендон П. Браун,<sup>1245</sup> наводе да је кључна премиса аргумента потенцијалности то "да је суштинско посједовање потенцијала да се развије у потпуно актуелизовану личност довољно да организам већ буде и онтолошки и морално-особа."<sup>1246</sup> У овој линији Џојс тврди да:

Особа је све што има природну потенцијалну способност, али не нужно и функционалну способност, да зна, да жели, и ступи у односе са другима на саморефлексиван начин ... Особа није појединац са развијеним капацитетом за расуђивање, вољом и жељама, која се односе на друге. Особа је појединац са природним капацитетом за ове активности и односе, без обзира на то да ли је овај природни капацитет икада развијен или не.<sup>1247</sup>

Да би уверљиво опонирали аргументу потенцијалности, неки аутори настоје да порекну идентитетску повезаност између *conceptus*-а и одраслог човјека. Суштина ове стратегије је да докаже да ентитет, који је почео постојање на сингамији, није исти са оним који је касније рођен, који расте и сазријева, било са аспекта нумеричког, било са аспекта личног идентитета. Што се тиче нумеричког идентитета, тврдња да индивидуализовала генетска конструкција, која је настала на сингамији, није она иста која је касније рођена, расте и сазријева, апсолутно није прихватљива. Што се тиче нумеричког идентитета о којем говорим, он је препознат и од стране аутора који заговарају став да смо ми суштински личности (person essentialists). Бекер, као личност-есенцијалиста указује на

---

<sup>1244</sup> Rand Ayn, A last survey, *Ayn Rand Letter* (1975): 4(2), 383.

<sup>1245</sup> Eberl T. Jason and Brown Brandon, *Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses*, in *Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*, (ed), Napier Stephen (Springer 2011).

<sup>1246</sup> Same at Gómez-Lobo Alfonso, Does respect for embryos entail respect for gametes? *Theoretical Medicine and Bioethics* (2004): 25; Schwarz Stephen, Personhood begins at conception, In *The abortion controversy 25 years after Roe v. Wade: A reader*, (ed), Pojman Louis and Francis J. Beckwith (Belmont, CA: Wadsworth 1998).

<sup>1247</sup> Joyce E. Robert, Personhood and the conception event, *The New Scholasticism*, (1978):52(1) 97-109.

то да "(...) Морални значај људских животиња је укоријењен у њиховој онтолошкој улози изградње лица,"<sup>1248</sup> Према Џејсон Т. Еберл и Брендон П. Браун "квалификације да ембрион или фетус задржава свој нумерички идентитет током развоја, од кључног је значаја за схватање личности као засебне супстанце, што значи да је ентитет у суштини личност, те да не може постати или престати да постоји личност без да постане и нумерички други ентитет."<sup>1249</sup> Ако схватитмо да нумерички идентитет почива на генетској конструкцији која испољава своје карактеристике током развојне путање, не постоји ништа што би разликовало *conceptus* од одрасле особе.

Што се тиче личног идентитета, према којем смо ми само једна или нека од епизода у континуираном биолошког постојању (личности, само-свесна бића итд), он није релевантан за почетак заштите физичког постојања. Осим тога, коришћење личног идентитета, као прага за заштиту права на живот, је проблематична и у односу на већ рођене људе. С обзиром, да је потребно неколико мјесеци новорођенчету да развије психолошке атрибуте парадигматске особе,<sup>1250</sup> оно је само носилац потенцијала за лични идентитет. Овај потенцијал се квалитативно не разликује од потенцијала који носи *conceptus*, или макар од фетуса у другом триместру гестације. Због тога, не мислим да лични идентитет обезбјеђује поуздан критеријум за почетне границе права на живот. Постоји значајна временска разлика између стицања личног идентитета и других морално и правно релевантних карактеристика (као што су одрживост, способност бола, или рођење).

У ширем смислу, правно признање "капацитета" подразумјева одговорност за штету која може да се одрази на будућу особу. Исто тако, уништавање *conceptus*-а недвосмислено значи губитак потенцијала,<sup>1251</sup> што заузврат захтјева јако оправдање да би било легитимно.<sup>1252</sup> Како је научни развој у области изазова другог доба доказао, са техничким интервенцијама, свака људска ћелија може бити носилац релевантних

---

<sup>1248</sup> Lynne Rudder Baker, "What Am I?" *Philosophy and Phenomenological Research* (1999): 59, 159.

<sup>1249</sup> Eberl T. Jason and Brown Brandon, *Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses*, in *Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*, (ed), Napier Stephen (Springer 2011), 2.

<sup>1250</sup> DeGrazia David, Are we essentially persons? Olson, Baker, a reply, *The Philosophical Forum* (2002): XXXIII (1), 110.

<sup>1251</sup> For further discussion on the issue refer to Deech and Smajdor, *From IVF to Immortality: Controversy in the Era of Reproductive Technology*, (Oxford: Oxford University Press, 2007), 180-214.

<sup>1252</sup> Warren Anne Mary, *The Rights of the Nonhuman World*, in: *Environmental Philosophy: A Collection of Readings* (eds.), Robert Elliot and Arran Gare, (University Park: The Pennsylvania State University Press, 1983), 109-131.

потенцијалности.<sup>1253</sup> Ово представља значајан изазов за примјенљивост аргумента потенцијалности у питањима другог, а посебно трећег доба.<sup>1254</sup>

Када дискутује против аргумента потенцијалности Лара нуди сљедеће поређење: "Дакле, није иста ствар ставити кокошку у кључалу воду, као и ставити јаје у кључалу воду, чак и ако би јаје потенцијално могло да постане кокошка."<sup>1255</sup> Широко прихваћен приговор на аргумент потенцијалности тврди да би прихватањем потенцијала као релевантне особине за заштиту права на живот, заштита би се проширила на неоплођене јајне ћелије и сперму, а можда и на све друге људске ћелије.<sup>1256</sup> Али, овај приговор је проблематичан у неколико аспеката. Она изоставља чињеницу да гамети нису оплођени, нити сједињени са једром других људских ћелија, због тога, као такви се не могу препознати на основу предложеног критеријума. Даље, приговор превиђа да неоплођени овуми и сперма нису чланови људске расе. Исто тако, гамати немају биолошки континуитет и њима несумњиво недостаје било која врста идентитета. Тврдња да никада нисмо били ембриони је спорна и само неколико аутора подржава тврдње да никад нисмо били новорођенчад. Са друге стране, нико не тврди да смо некада давно били сперматозоид или јајна ћелија. Када се говори о капацитету *conceptus*-а, у односу на капацитет репродуктивних ћелија да постану личности, треба узети у обзир садржај и степен вјероватноће коју и једни и други посједују. У том смислу Мејсон каже:

„Рећи за оплођено јаје да је потенцијално људско биће је исто што и рећи, да ако му се десе одређене ствари (као што је имплантација), и неке друге ствари не десе (као што је спонтани побачај), оно ће на крају постати људско биће. Али исто важи и за неоплођену јајну ћелију и сперму. Ако се десе одређене ствари у јајној ћелији (као што је сусрет са спермом) и неке ствари се десе сперми (као што је сусрет са јајном ћелијом) и након

---

<sup>1253</sup> Погледати Green M. Ronald, *The human embryos research debates: bioethics in the vortex of controversy* (Oxford: Oxford University Press 2001).

<sup>1254</sup> Погледати Morgan M. Lynn, The Potentiality Principle from Aristotle to Abortion, *Current Anthropology*, (2013): 54.

<sup>1255</sup> Lara D. Francisco, Should we Sacrifice Embryos to Cure People? *Human Affairs* (2012): 22, 623–635, Doi: 10.2478/s13374-012-0050-z.

<sup>1256</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 19. Also Погледати Thompson Janna, A Refutation of Environmental Ethics, *Environmental Ethics* (1990): 12 (2), 152–3.

тога неке друге ствари изостану (као што је сусрет са контрацептилним средством), онда ће на крају постати ново људско биће.<sup>1257</sup>

Критеријуми вјероватноће, како их је примјенио Мејсон, не узимају у обзир квалитативне и статистичке разлике између капацитета отјелотворене, и коначне генетске конструкције и капацитета репродуктивних ћелија. Што се тиче квалитативних разлика оне се односе на:

- Различите врсте потенцијалности (отјелотворена и коначна генетска конструкција има капацитет да постане личност која није узрочно зависна од људског дјеловања и настаје као резултат тока природе, гамети имају само суштински потенцијал да постану оплођени /спојени који су узрочно зависни од људских активности. Или другим ријечима: први посједују тзв. активни потенцијал да се (*in vivo*) развијају, док други имају тзв. пасивни потенцијал који је сведен на подобност за модификације<sup>1258</sup>). Мекмахан приписује гаметима "без идентитетски" потенцијал.<sup>1259</sup> *Conceptus* има потенцијал у стварности док гамети имају потенцијал само у теорији;<sup>1260</sup>
- различит карактер (прва има телеолошку природу која подразумева стабилну унутрашњу организацију која резултира личношћу, док други немају стабилну унутрашњу организацију. Структурална (генетска) организација првог, или боље речено њен структурални развој, јесте под утицајем спољних услова али не одлучујућем;<sup>1261</sup> за разлику од другог);
- различита полазна тачка у остваривању урођеног потенцијала (прва је почела процес настанка личности, а други нису започети ништа);
- различита генетска конструкција (отјелотворена и коначна генетска конструкција састоји се од 46 хромозома, као и генетска структура одраслог човјека, док гамети

---

<sup>1257</sup> Mason, J.K. *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* (Aldershot: Dartmouth Publishing, 1998, 2nd edn.). 109-10.

<sup>1258</sup> Погледати Aristotle *Metaphysic*

<sup>1259</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 304.

<sup>1260</sup> Погледати Gomez-Lobo Alfonso, Does Respect for Embryos Entail Respect for Gametes? *Theoretical Medicine* (2004): 25, 202.

<sup>1261</sup> Refer to Hill Joseph, Maternal-Embryonic Cross Talk, *Annals of the New York Academy of Science* (2001): 943, 17-25.



садрже само 23 хромозома). Релевантност такве материјалне разлике је препозната и од стране Ди Силвестра,<sup>1262</sup> као и од многих других.<sup>1263</sup>

Завршен генетски развој, такође, чини разлику између *conceptus*-а и неоплођених/неспојених репродуктивних ћелија на статистички релевантан начин:

- шансе сперме за оплодњу јајне ћелије износи 1: 200 000 000, док су шансе *conceptus*-а, да се развије у одраслог човека, рачуна се као 4:5,<sup>1264</sup> што значајно разликује ниво њихове вјероватноће да се остваре;
- позиције *conceptus*-а и гамета разликују се чак и под критеријумима вјероватноће, како их Мејсон примењује. Како је то представио, постоје четири корака између унфертилизед / некондензован репродуктивних ћелија и новог човека, који је 50% више него између оплођених / упаљаче и новог човека.

Из наведеног слиједи, да се предметни приговор не може примијенити на предложени критеријум, јер позиције *conceptus*-а и репродуктивних ћелија нису упоредиве ни у квалитативном (или биолошки), нити у статистичком смислу. Кевонове разлике описује као: „разлику између потенцијала за ново живо биће, и новог живог бића са потенцијалом.“<sup>1265</sup>

Критеријум вјероватноће на почетку живота може се посматрати у симетрији са његовом релевантношћу на супротној маргини живота. Наиме, више од половине свих концепција не резултирају новорођенчадима.<sup>1266</sup> Многи *conceptus*-и се не имплантирају, или се ресорбују, јер нису довољно здрави да напредују. Сматра се, да је смртност прије имплантације чак 70%. Ако се *conceptus* успјешно имплантирао, он се суочава са опасностима и након тога, његова смрт настаје због спонтаног побачаја или пријевременог порођаја. Ови узроци престанка трудноће чине око 20% од утврђених трудноћа. На основу такве неизвјесности и морталитета, Довнс сматра да сингамија резултује само потенцијалним животом. Али, мале шансе за успјех, због природних узрока, не могу да

<sup>1262</sup> DiSilvestro Russell, Not every cell is sacred: A reply to Charo, *Bioethics* (2006): 20, 146-157.

<sup>1263</sup> Refer to Eberl T. Jason and Brown Brandon, *Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses*, in *Persons, Moral Worth, and Embryos: A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*, (ed), Napier Stephen (Springer 2011), 17.

<sup>1264</sup> Погледати Noonan John, *An almost absolute value in history*, in: *The Problem of Abortion*, (ed.), Feinberg Joel (Belmont: Wadsworth Publishing Company 1984), 9-17.

<sup>1265</sup> Keown John, *The human embryo in vitro: person, chattel, or dolphin?* in *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Human Life*, (Oxford University Press 2012), 207.

<sup>1266</sup> Following data taken from Downs M. Karen, *Embryological Origins of the Human Individual*, *Controversies in Science & Technology* (2008): 2.

утичу на почетак права на живот. Сврха права на живот није да ослободи људску врсту окова смрти, већ да заштити оне који живе од повреда (чињењем или нечињењем) било од стране државе, било од стране трећих лица. Као што је приметио Довнс, старост је опасна и склона ка смрти као и пренатални развој,<sup>1267</sup> али то не искључује старије особе из права на живот, иако је њихов живот под сталним и интензивним пријетњама природе. Претходно смо видјели да мале шансе за успјех, у комбинацији са другим околностима, могу бити основ за дерогацију права на превентивну заштиту живота, али не лишавају права да се не буде убијен, најчешће ни права на одржање живота из оквира права за живот. Исто важи и овде.

Кашинг исправно тврди да чланство у људској врсти није искључиво неопходно за предметну потенцијалност пошто су неколико врста примата показале способност: "да постигну ниво моралне агентуре поредбен људском."<sup>1268</sup> Али овај аргумент радије треба да се користи за укључивање других врста у морални статус, него као разлог за нечије искључење из њега. Исто тако, недавно је индукован неприродан потенцијал неких других ћелија, као што су соматске ћелије, да буду конвертоване у плурипотентне ћелије које такође имају потенцијал да се развију у одрживо људско биће,<sup>1269</sup> што представља основ за проширење моралног статуса и на њих, али од тачке која је еквивалентна оној у природном стању, а не разлог за искључење *conceptus*-а из права да не буде убијена.

СТИЈЕР И ШОНЕ САЈФЕРТ разликују двије врсте аргумената потенцијалности. Прва наводи да су "ембриони потенцијална лица / људски субјекти и с тога треба да буду третирано као да су такви" а друга да: "ембриони су лица/људски субјекти и с тога треба их третирати као такве".<sup>1270</sup> Они изводе приговор на прву врсту логичком тврдњом да неко "не може имати права само због онога што би могао постати касније, али још увијек није у овом тренутку." Дакле, слажем се да прву врсту аргумената потенцијалности треба одбацивати. Што се тиче друге врсте аргумената, наведени аутори му приговарају аргуменатом "недостатак идентитета", тј тврдећи да се рани ембриони нумерички разликују од касније дјеце. У том смислу, ја не тврдим да постоји континуитет личног

---

<sup>1267</sup> Downs M. Karen, Embryological Origins of the Human Individual, *Controversies in Science & Technology* (2008): 2.

<sup>1268</sup> Cushing Simon, Against "Humanism": Speciesism, Personhood, and Preference, *Journal of Social Philosophy*, (2003): 34, 562.

<sup>1269</sup> Marco Stier and Bettina Schoene-Seifert The Argument from Potentiality in the Embryo Protection Debate: Finally 'Depotentialized'? Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster 2012/40

<sup>1270</sup> Ibid.

идентитета (у смислу у којем је то поставила теорија личног идентитета) од зачећа па надаље. Лични идентитет је посебно тешко засновати на аргументу потенцијалности у односу на кандидата когнитивним недостатком.<sup>1271</sup> Али, нумерички идентитет не може бити одбачен.

### 3.2. Примједба 2: ко би био жртва?

Још једна примједба предложеном критеријуму је недостатак индивидуалности која окружује *conceptus*. Суштина овог приговора је да је због недостатка индивидуалног носиоца права или одређеног моралног агента, није могуће утврдити ко би био жртва ако би *conceptus* био онемогућен да се даље развија. Овај приговор се заснива на биолошкој могућности мултипликовања тзв. "twinning" ("аргумент против индивидуалност")<sup>1272</sup> и на филозофском разумјевању идентитета једног ентитета ("аргумент против идентитета"). Потенцијал за мултипликацију и рекомбинацију, и посљедично неизвјесан онтолошки континуитет су разлози због којих, они који одбацују потенцијалност као морално ирелевантну, као и тврдњу онтолошких особина раних ембриона, те негирају правни и морални значај предложеног критеријума. Потенцијал мултипликације значи да у свом развоју прије имплантације, из разлога који нису јасни, *conceptus* може формирати монозиготне близанце. Као биолошки процес, ово је прије од биолошког, него од правног значаја. У биолошком смислу, овај процес представља моменат од којег једна индивидуализована генетска конструкција постаје умножена, и не престаје да постоји.<sup>1273</sup> Од тог тренутка говоримо о умноженој ипостаси једне исте коначне генетске конструкције. Међутим, иако су генетски идентичне, ријеч је о двије различите индивидуе, међусобно независне. Ставови овог приговора чак подржавају неки хришћански аутори.<sup>1274</sup>

Напротив, сматрам да у циљу моралног статуса и заштите права на живот, умножавање индивидуализоване генетске конструкције је небитно јер према предложеном критеријуму сваки од евентуално нових ентитета ће бити заштићен правом на живот. Сходно томе, није важно да ли су нови *conceptus*-и изворни носиоци права на живот, или

---

<sup>1271</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 311.

<sup>1272</sup> Погледати Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 26.

<sup>1273</sup> Lee Patrick and George Robert, The first fourteen days of human life, *The New Atlantis* (2006): 13, 65.

<sup>1274</sup> Bole Thomas, The person in secular and in Orthodox-Catholic bioethics, *Christian Bioethics* (2000): 6(1), 101.

његови сукцесори. Мултипликација не искључује из заштите било коју нову индивидуу. Замислимо да нам модерне технологије омогуће да се умноже неке индивидуе које су већ препознате као личности (Основна Индивидуа) на три нове индивидуе (Изведене Индивидуе). Потенцијал за умножавање не искључује Основну Индивидуу из заштите права на живот. Исто тако, Изведене Индивидуе би биле титулари права на живот, хипотетички, од истог тренутка као и Основна Индивидуа (чак и прије него што су доведене у постојање), јер постоји континуирана заштита права на живота између Основне Индивидуе и њених Изведених Индивидуа. Сходно томе, Изведене Индивидуе би имале право да подигну тужбу за било какву штету на животу која је нанијета Основној Индивидуи. Осим тога, ако Основна Индивидуа, која је у стању да формира три Изведене Индивидуе, буде спријечена у томе, степен кривице је већи него када је жртва Основна Индивидуа мањег капацитета.

Потенцијал за умножавање је потенцијал *conceptus*-а, као што је то потенцијал да постане личност (која је далеко мање вјероватна), и ако је овај други потенцијал морално и правно ирелевантан, онда то треба бити и овај први. Према томе, правно релевантно питање овдје није ко би био жртва, већ колико жртава би било? Са правног аспекта је небитно, да ли " је први ембрион умро и родио два друга, или први ембрион наставља да живи и други ембрион се генерише након раздвајања првог."<sup>1275</sup> Потенцијал за умножавање представља основу за већу правну заштиту, а не разлог да се *conceptus* искључи из ње. У супротном, морали бисмо да прихватимо нелогичну тврдњу да "ти ниси тај који заслужује заштиту, јер би могао да се мултипликујеш"; или речено на други начин у случају рекомбинације.. "ви нисте двоје зато што бисте могли постати једно." На овај начин, не предлажем приступ „у корист сумње“, али одбацујем приступ „на штету због сумње“. Чак и ако одрастао човјек никад није постојао као рани ембрион због потенцијала умножења, тешко је негирати везу између ембриона и одраслог човјека ако се овај потенцијал није реализовао.

С обзиром на стопу монозиготних близанаца, која је око 4 на 1000, овај приговор се заснива на изузетним евентуалностима, и као такав, не може да искључи примјену општег правила које би било успостављено предложеним критеријумом. У контексту општег правног правила, *conceptus* треба третирати као један ентитет, осим ако се другачије не докаже. Уско везан за овај приговор је онај који тврди да прије осмоћелијске фазе, не

---

<sup>1275</sup> Lee Patrick and George Robert, The first fourteen days of human life, *The New Atlantis* (2006): 13, 65.

постоји индивидуа. Овај приговор се заснива на биолошкој чињеници да прије овог стадијума, све ћелије су тотипотентне, то јест, способне су, у случају да буду издвојене од осталих, да се развију у, или оно што доводи до, цијелог одраслог организма.<sup>1276</sup> Из тих разлога, Мекмахан закључује: "То је тај недостатак интеграције међу ћелијама који указује на то да оне заједно не представљају посебан ентитет, индивидуу."<sup>1277</sup> Супротан закључак на основу истих чињеница може бити: "То је тај недостатак интеграције међу ћелијама који указује на то да су оне мноштво посебних ентитета, индивидуа ако већ нису као скуп посебан ентитет, индивидуа." Једнако основано се, дакле, може тврдити да су тотипотентне ћелије, које су заправо постављене у оквиру *zona pellucida*, заправо појединац са потенцијаломумножавања. Осим тога, Бенедикт тврди да чим се прва деоба ћелија деси, ћелије "могу бити тотипотентне када се одвоје, али док постоје у *morula*-и, већ представљају хетерогене дијелове."<sup>1278</sup>

Разлог зашто предлажем одбацивање овог приговора у овом дијелу, је тај што се ослања на могућности која се појављује као изузетан догађај. Постоји бесконачна листа ванредних догађаја који се могу десити *conceptus*-у или било којој ћелији, посебно у лабораторији. Због тога не мислим да је одрживо изједначавање честих појава и ванредних догађаја, или природних и вештачки изазваних процеса. Макар у том смислу, да они други не могу морално и правно дерогирати ове прве.<sup>1279</sup> Такође, предметни ниво интегрисаности је специфичан за ту фазу физичког развоја. С тога сматрам, да овај приговор не може утицати на критеријум који предлажем.

Што се тиче филозофског схватања индивидуалности, Мекмахан нуди оно што се може назвати критеријумом идентитета отјелотвореног ума (the Embodied Mind Account of Identity) и критеријумом психолошког идентитета (the Psychological Account of Identity).<sup>1280</sup> Као што је дефинисано, Мекмаханов критеријум идентитета отјелотвореног ума подразумева, да ентитет почиње да постоји када људски организам развија способност да створи свијест. У овој линији, Мекмахан тврди да критеријум психолошког

---

<sup>1276</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 28.

<sup>1277</sup> Ibid, 28.

<sup>1278</sup> Benedict Ashley, *A critique of The ory of delayed hominization in An ethical evaluation of fetal experimentation: An interdisciplinary study*, (ed), D. McCarthy and A. Moraczewski (St. Louis: Pope John XXIII Center, 1976), 123.

<sup>1279</sup> Погледати Oakley Justin, 2010. Reproductive Cloning and Arguments from Potential. *Australasian Association of Bioethics & Health Law*. Available at: <http://aabhl.org/files/paperjustinoakley.pdf> March 2016.

<sup>1280</sup> McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 269-280.

идентитета подразумева да ентитет не почиње да постоји све до неког времена после рођења, када ментални живот, који се генерише у мозгу, постане довољно богат да постоји психолошки континуитет током времена, што представља детерминанту нашег идентитета.<sup>1281</sup> Беквит тврди да: "Због тога што рани ембрион има потенцијал мултипликовања ... он није индивидуално људско биће."<sup>1282</sup> Наводни недостатак индивидуалности може бити једино одрживо оправдање за дозвољеност касног прекида трудноће и неприхватљивост признања пренаталне штете. Наиме, прва ставка погађа преличност, док друга утиче на личност. Имајући у виду, да филозофска схватања индивидуалности могу бити релевантна одредница носиоца права која се приписују само личностима, оно није примјенљиво за категоризацију живих људских бића за потребе заштите права на живот.

### 3.3. Примједба 3: апсолутна заштита

Још једна замјерка овом критеријуму се ослања на претпостављено различиту природу правне заштите коју би уживао *conceptus* у поређењу са заштитом која је дата одраслим људима. У *Paton v. United Kingdom*,<sup>1283</sup> Комисија наводи да је

Живот фетуса тијесно је повезан са животом труднице, и не може се разматрати у изолацији од њега. Ако се члан 2. тумачи као да покрива фетус и његову заштиту, из овог члана онда у одсуству изричитих ограничења, сматрана би апсолутном. Абортус би се требао сматрати забрањеним, чак и када би наставак трудноће укључивао озбиљан ризик за живот труднице. То би значило да "нерођени живот" фетуса има већу вриједност од живота труднице [...] Комисија сматра да би такво тумачење било у супротности са циљем и сврхом Конвенције.<sup>1284</sup>

Стога, према виђењу Комисије, евентуални сукоб између права на живот труднице са правом на живот *conceptus*-а, био би рјешен у корист овог другог због одсуства било каквог изричитог ограничења заштите његовог живота у тексту члана 2. Питање које се поставља овдје је, да ли правно прихватање да право на живот почиње од сингамије па

---

<sup>1281</sup> *Ibid.*

<sup>1282</sup> Beckwith Francis, *Defending life: A moral and legal case against abortion choice* (New York: Cambridge University Press 2007), 77.

<sup>1283</sup> *Paton v. The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980.

<sup>1284</sup> *Ibid.* para 19.

надаље, у ствари може ли да да апсолутну заштиту у пренаталној фази из наведених разлога? Овдје треба напоменути на то, да не постоје ни изричита ограничења заштите мајчиног права на живот у конкретној ситуацији, тј. члан 2. не предвиђа обавезу мајке да се ултимативно жртвује за живот нерођеног дјетета, нити уводи дерогацију права на живот по овом основу. Дословно схваћен, овај крути и формалистички приступ би значио да све док постоје изричита ограничења, држава би могла неограничено легитимно да убија.<sup>1285</sup> Али, као што смо видели, то није случај. Иако постоје основи за дерогацију права на живот, њихова примјена није узета здраво за готово од стране Суда. Суд анализира да ли је употреба смртоносне силе од стране државних органа последња опција сразмерна циљу. С обзиром на судску праксу, чини се да је Суд дао претежност пропорционалности у односу на слово члана. Истина, у претходно анализираној судској пракси, формалне одбране нису недостајале (акције против права на живот су проведене на основу члана 2. (2)). У том смислу, даље је потребно анализирати да ли постоји могућност да се ограничи апсолутно право из Конвенције упркос одсуству било каквих формалних основа за то.

Полазна тачка овдје је опис "апсолутних права". Апсолутна права не подлијежу никаквим ограничењима, или одступања под било којим околностима.<sup>1286</sup> Ово се односи на време рата или јавне опасности, пријетње животу нације, и спашавање живота других. У свом тексту, нити Конвенција, нити било који други текст људских права, не садржи разлику између апсолутних и релативних права. Да би се испитала могућност ограничавања апсолутних права, то се може учинити путем хипотетичког сукоба. Овај сукоб би требало да се односи на позитивну димензију претпостављено "апсолутног" права на живот *conceptus*-а, и негативне димензије суштински апсолутног права на слободу од тортуре нехуманог и понижавајућег третмана труднице. Треба овде нагласити да, уопштено говорећи, у случају сукоба између права из члана 2. неког лица са правима

---

<sup>1285</sup> Погледати Moller, R. 'The Right to Life between Absolute and Proportional Protection', LSE Law, Society and Economy Working Papers 13/2010, February 2010, 3, available at: <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm>

<sup>1286</sup> Погледати *Labita v Italy*, Application No. 26772/95 Merits, 06 April 2000; *Selmouni v France*, Application No. 25803/94, Merits, 28 July 1999; *Chahal v The United Kingdom* 1996^V; 23 EHRR 413; *V v The United Kingdom* 1999-IX; 30 EHRR 121; *Ramirez Sanchez, v France* Application No. 59450/00 Merits, 04 July 2006; *Ireland v The United Kingdom*, Application No. 5310/71, Merits, 18 January 1978; *Jalloh v Germany* 2006-IX; 44 EHRR 667; *Keenan v The United Kingdom* 2001-III; and *Campbell and Cosans v The United Kingdom*, A 48 (1982); 4 EHRR 293.

из члана 3. другог лица, предност се даје заштити права из члана 3.<sup>1287</sup> У том смислу, Смет сматра, да у случају сукоба између апсолутних права, негативне обавезе углавном претежу над позитивним обавезама.<sup>1288</sup> Смет изводи такав закључак кроз хипотетичке ситуације које подразумевају моралну кривицу на страни странке чија су позитивна права у питању. Али, морална кривица није била одлучујућа чињеница да такав закључак. Главни разлог је био тај што се третирање особе као средства за постизање циља не може дозволити.<sup>1289</sup>

Превођењем овога у нашу дискусију то би значило да, права трудница да буду слободне од тортуре, нехуманог и понижавајућег поступања би дерогирала заштиту права *conceptus*-а да буде заштићен разумним мјерама државе. Постављање будуће мајке у положај обичног средства са циљем да помогне отјелотвореној генетској конструкцији у њеном развоју и рођењу не може бити разумно. Због тога, нико не би имао право да натјера жену да пружи помоћ по живот опасном *conceptus*-у. Истовремено, ни трудница ни држава не би имали право да прекрше негативну димензију његовог права да не буде убијен. Тако постављено апсолутно право *conceptus*-а само би захтјевало прописивање технике прекида трудноће која не би могла бити деструктивна по живот. Сходно томе, циљ прекида трудноће би био да омогући жени да се одвоји од живота који се развија у њеној утроби, а не да га убије.<sup>1290</sup> Такође, држава би имала позитивну обавезу да очува одвојени живот који, од тог тренутка, не би био (ни формално) апсолутно заштићен. Абортус, као што је описан у овом дијелу, треба посматрати као парадигматски прекид трудноће.

Ускраћивање трудници приступа парадигматском прекиду трудноће би, без сумње, кршило њена права из члана 3.<sup>1291</sup> Била би талац оног у сопственој утроби. Стављање дискусије о сукобу права у контекст права лица да избјегну из ситуација које су пријетња његовим/њеним апсолутним правима, доводи до разматрања предметног питања са становишта права на самоодбрану.<sup>1292</sup> Милер сматра, да чак када ниједна страна нема

---

<sup>1287</sup> Greer Steven, Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gafgen Case, *Human Rights Law Review* (2011): 11, 67-89.

<sup>1288</sup> Smet Stijn, Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer, *Human Rights Law Review*, (2013): 13, 469-498.

<sup>1289</sup> Ibid, 472.

<sup>1290</sup> Similar position in regard purpose of abortion at Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1), 41.

<sup>1291</sup> *R.R. v Poland*, Application No. 27617/04, Merits, 26 May 2011, para 161.

<sup>1292</sup> For the further discussion about status of the self-defense under the international law, refer to Kopel B. David, Gallant Paul, and Eisen D. Joanne, The Human Right of Self-Defense, *BYU Journal of Public Law* (2007): 22, 43-178.



моралну предност над другом, та чињеница ни тада не искључује дозвољену самоодбрану.<sup>1293</sup> Анализирани сукоб, може се учинити сличним Милеровом случају тзв. пасивне пријетње,<sup>1294</sup> у којој он (ентитет који представља пасивну пријетњу) не ради и није учинио ништа да науди другоме, и самим тим се не може квалификовати за легитимну елиминацију. Али Милеров парадигматски случај подразумева убиство пасивне пријетње као резултат акције самоодбране. У нашем сукобу, као што смо видели, посљедица акције "самоодбране" је одвајање од *conceptus*-а, што не мора нужно да га убије. Ово пребацује наш сукоб у знатно другачији морални и правни контекст. Због тога, најпримјељивије морално и правно резонување је оно које је примјењено и у случају сијамских близанаца на основу којег је њихово раздвајање оправдано, чак и ако се заврши смрћу једног од њих (дакле заснован је на теорији двоструког ефекта). Ситуација може да се разликује ако је „напад“ испровоциран понашањем мајке, али ово питање је ближе приговору број 5.

Прихватање резона да је право на живот апсолутно, у пренаталној фази, захтјевало би доношење ирационалних одлука. Замислимо да је један од виталних близанаца рођен прије термина, према судској перцепцији, право на живот рођеног близанца није апсолутно за разлику од права оног који се још увек налази у материци. То даље значи да је држава у обавези да користи сва расположива средства да заштити обе димензије права на живот нерођеног близанца. С друге стране, држава би могла да испуни своју позитивну обавезу у погледу рођеног близанца само употребом разумних средства која нису терет ни држави, ни пацијенту ни родитељима. Суштински приговор овдје је да би апсолутизација права на живот у пренаталној фази ,такође, увела неважне критеријуме као што је локација, као одлучујућа за природу права на живот.

Произилази да, прихватање да право на живот почиње од сингамије па надаље не би значило његову апсолутизацију, без обзира на одсуство изричитог ограничења. Његову заштиту би било могуће дерогирати у корист негативне димензије сукобљених апсолутних права трудница. Чак и ако дерогација не би била формално утемељена на слову текста, жена задржава своје право да ускрати своју даљу подршку по живот опасном *conceptus*-у, у име свог права да буде слободна од мучења, нехуманог и понижавајућег поступања. Због тога, Комисија је искључила могућност да право на живот у потпуности покрива

---

<sup>1293</sup> Miller B. Richard, Killing, Self-Defense, and Bad Luck, *Journal of Religious Ethics* (2009): 37(1), 131.

<sup>1294</sup> Погледати *ibid*, 136.

пренатални живот вођена погрешним основама. Истина, ускраћивање помоћи *conceptus*-у било би проблематично у ситуацијама када је *conceptus* бениган.<sup>1295</sup> Али, ефекат овог ограничења се задржава на почетној фази трудноће, јер у овој фази живот је рањив због виталне зависности од помоћи мајке (од унутрашњег окружења материце и спољашњег напајања крвљу за развој и опстанак). Након што *conceptus* достигне фазу одрживости, њен живот не би био у смртној опасности усљед дисконекције. Од овог тренутка, трудна жена може легитимно ускратити своју даљу помоћ бенижном *conceptus*-у, чак и на основу њених релативних права. Према томе, жене не би биле приморане да изнесу трудноћу, али би биле обавезне да га носи до "зоне сигурне по живот" а то је фаза одрживости. Овдје треба имати на уму да се степен одрживости приближава сингамији због напретка у медицини који нам је омогућило да се одрже недоношчади стари 21 недељу. Што се тиче прекида трудноће, само такозвани екстрактивни прекид трудноће, који омогућава да фетус буде уклоњен из жене жив и нетакнут може да задовољи захтеве предложеног критеријума.

#### **3.4. Примједба 4: само сам жељела да пробам воће**

Ову примедбу је формулисала Томпсон у њеном познатом случају виолинисте.<sup>1296</sup> Она је описала хипотетички случај жене која се пробуди и затекне виолинисту свјетске класе прикаченог за њене бубреге како би његов живот био очуван. Већина људи сматра да не би постојала обавеза по жену да дозволи виолинисти да остане прикачен за њу, чак ни привремено, без обзира што виолиниста има једнако право на живот. Овде се не ради о фаворизовању жениног права на живот у односу на право виолинисте; умјесто тога фокус овог аргумента је на томе који су захтјеви права на живот. Томпсон тврди, да они не укључују право на било шта што је потребно да се сачува живот осим ако право на тако нешто не постоји по неком другом основу. На примјер, не постоји генерално право на коришћење бубрега друге особе, и због тога Томпсон тврди да се то право појављује на магични начин, само зато што је неопходно како би се сачувао живот виолиниста. Слично томе, не постоји опште право да се користи туђе тијело за издржавање, те тако нема ни разлога због којег би га фетус стекао само зато што му је неопходно за преживљавање. Томпсон сматра: "Имати право на живот не гарантује нити право коришћења, нити право да се дозволи континуирана употреба тијела друге особе, чак и ако је то некоем потребно

---

<sup>1295</sup> *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010.

<sup>1296</sup> Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1), 47.

за сам живот." Томпсон не тврди да жена има право на абортус због њених претпостављених права, или супериорног моралног статуса, већ због тога што, како она сматра, право на живот не обухвата право на одржање живота. Због тога, њен главни аргумент у случају виолинисте заснива се на погрешном схватању садржаја права на живот. Могло би се, међутим, дискутовати о томе када право на одржање живота, из оквира права на живот, постаје ефективно. У овом тренутку, се чини неспорним, да чак и ако право на живот виолинисте не укључује његово право на коришћење женског тијела како би одржао живот, право жене да контролише своје тијело не даје јој право да убије виолинисту. С тога, није спорно да жена има право да се одвоји од живота који се развија унутар ње. Мада, у контексту о којем је овдје ријеч могло би се дискутовати о томе у ком тренутку њено право да контролише своје тијело постаје ефективно.

Релевантна чињеница у овој анализи је (ментална) дисалогичност воље између трудноће и сценарија виолинисте. Нити је бубрег дама, нити су сијамски близанци дјеловали у правцу који представља ризик да заврше у њиховим специфичним ситуацијама. Исто се не може рећи и за труднице. Како Викс наводи: "Она се није, барем у случајевима који не укључују силовање, пробудила и затекла фетус како се настанио у њеном тијелу; она је узимала вољно учешће у понашању за које је знала, или је требала да зна, да представља ризик, ма колико мали, да доведе до трудноће."<sup>1297</sup> Од тога, добровољно учествовање у односу би могло привремено да суспендује право жене да контролише своје тијело. Критеријуму добровољног учествовања у односима снажно се противи Бонин.<sup>1298</sup> Бонин анализира да се воља жене чија трудноћа настаје из добровољног односа треба схватити као прећутна сагласност да се одрекну права на апсолутну контролу свога тијела.<sup>1299</sup> Он издваја три услова (добровољност, каузалност, и предвидљивост) за прећутну сагласност који изгледа да су задовољени у случају добровољне трудноће. Али Бонин тврди да поменути „привид произилази из забуне између (а) добровољног изазивања одређеног стања ствари и (б) добровољног предузимања радње за коју је предвидљиво да може довести до одређеног стања ствари."<sup>1300</sup> Он сматра да свака аналогија између прећутне сагласности и трудноћа које нису резултат коерзије, мора се односити на (б), и тврди да „добровољно учествовање у

---

<sup>1297</sup> Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010), 169.

<sup>1298</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 166-168.

<sup>1299</sup> Ibid. 166.

<sup>1300</sup> Ibid. 154.

односу не даје ваљане разлоге да се препостави да је она то заправо и урадила.“<sup>1301</sup> Бонин заснива своју аргументацију на закључцима до којих је дошао кроз дискусију о друштвеним догађајима који нису упоредиви са биолошким догађајима као што је трудноћа или гестација. Ако гријешим у вези примјенљивости његових аргумената у овој дебати због наведених разлога, ипак, Бонинови аргументи се не примјењују овдје, јер се они односе на евентуалну обавезу труднице да изнесе трудноћу до термина, што не предлаже нити као оргиналну идеју, а како смо видјели због напретка у медицини, то није ни логична посљедица предложеног рјешења.

Што се тиче правног положаја труднице, није новост да закон захтјева одговорност за поступке, укључујући и за оне који су засновани на легитимним правима странака. Ако неко насумично пуца бојевом муницијом на прописан начин и на дозвољеном мјесту и убије некога, стрелац може бити одговоран за убиство из нехата. Ако неко употребљава репродуктивне способности, репродукција се догађа и нико осим лица која су у томе учествовала не би требао бити одговоран и суочити се са посљедицама. Са правног становишта, странке које се добровољно укључују у радње са предвидивим посљедицама, треба одговорно да се суочавају са последицама када оне наступе. Чак шта више, ако се мајка не може сматрати одговорном за неприсилно учешће у односу, онда она не задовољава захтјеве неопходне за имаоца правног субјективитета како су схваћени у теорији личног идентитета,<sup>1302</sup> те се евентуални прекид трудноће тиче конфликта између интереса два људска ентитета, од којих ниједан нема статус личности, због чега ниједна страна у конфликту нема претежнија права. Захтјев одговорности се чини довољно снажним да закључи ову дискусију. Што се тиче одговорности, један њен аспект нуди Фишер који сматра да је откачињање виолинисте недопустиво, док је абортус дозвољен због обавеза око дјетета које слиједе.<sup>1303</sup>

Даље, Томпсон пореди положај у којем се *conceptus* нашао са ситуацијом у којој је провалник који је ступио у кућу након што је власник оставио отворен прозор. Ми не би смо, она сматра, могли да тврдимо да провалник има право да остане и искористи кућу, без обзира на то што је за његово присуство дјелимично одговоран и власник куће.<sup>1304</sup> По аналогији, чињеница да су радње жене допринијеле присуству плода у њој не би требало

---

<sup>1301</sup> Ibid. 166.

<sup>1302</sup> Lynne Rudder Baker, *Persons and Bodies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 60.

<sup>1303</sup> Fischer Martin John, Abortion and Ownership, *Ethics* (2013): 17, 275–304 DOI 10.1007/s10892-013-9152-z, 285

<sup>1304</sup> Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1), 47.

да значи нужно да она мора дјеловати да сачува живот тог плода. Постоји, међутим, важна разлика између провалника и *conceptus*-а. Први је између осталог одговоран за неовлашћено присуство у кући, док други није одговоран уопште за своје присуство у утроби. Такође, сама радња провалника упада у кућу је незаконита, поред неовлашћеног боравка у кући. Насупрот томе, ако неко буде доведен у кућу од стране власника куће и њеног партнера, и настане по живот опасна олуја, посјетилац (који је доведен без своје воље) има право да остане у кући док киша стане, или бар док не преставља пријетњу по живот власника. Сличан пример је понудио Џоел, који, аналогно Томпсоновом расуђивању, сматра да неовлашћени улазак у нечију имовину како бисмо се спасили је оправдан упад.<sup>1305</sup> Поред тога, *conceptus* не може да уђе кроз било који прозор, већ само кроз врата мобилног склоништа које га је, у ствари, ухватило. Такође, на овоме се заснива основна разлика између *conceptus*-а и особа-биљка из Томпсоновг трећег примјера. У овом примјеру, власник куће није учинио ништа карактеристично у циљу хватања особа-биљке, у ствари, она је предузела превентивне мјере како би онемогућила њихов улаз, док жена која неприсилно зачне, упуштала се у карактеристичне радње које обично резултирају гостом у материци. Истовремено, тешко је одржати паралеле између потребе за свјежим ваздухом и сексуалног односа.

Пружање помоћи људском бићу које је доведено у постојање њеним добровољним радњама/интеракцији у сексуалном односу, или због пропуста да користи контрацепцију (или неуспјеха контрацепције), у фази прије одрживости је најмање за очекивати, или како Томпсон каже: "било би је некоректно одбити".<sup>1306</sup> Као контрааргумент за ову тврдњу Карнеин сматра да жена не може да буде одговорна за начин на који функционише људска репродукција.<sup>1307</sup> Али, обавеза жене да помогне за неко време је, у ствари, симетрична обавези да помогне ономе кога је гурнула у ријеку и који не зна да плива. Њена одговорност не произилази из начина на који људски респираторни систем функционише; она произилази из њених радњи/пропуста. Могло би изгледати да је ситуација другачија ако она није одговорна за постојање новог људског бића. Она није одговоран ако је силована, али није ни ново људско биће.<sup>1308</sup> Како је Луис

---

<sup>1305</sup> Feinberg Joel, Voluntary euthanasia and the inalienable right to life, *Philosophy & Public Affairs* (1978): 7, 102.

<sup>1306</sup> Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1), 59-60.

<sup>1307</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 24.

<sup>1308</sup> *CF* John Martin Fischer Abortion and Ownership, *Ethics* (2013), 17:275–304 DOI 10.1007/s10892-013-9152-z 284, 285.

навео : "Ако би се тражило да изнесем етички принцип који сматрам да је посебно сигуран, то би било да нико не може бити одговоран, у етичком смислу, за радње другог".<sup>1309</sup> Ако прихватимо другачији приступ, ми заправо чинимо нова људска бића одговорним за начин на који репродукција дјелује.

Насупрот изнесеном ставу, може бити онај по којем нови људи немају постојање прије него што је настала потреба да им се помогне, тако, за разлику од непливача, ускраћивање помоћи им не може учинити ништа лошије него што им је било раније.<sup>1310</sup> Овај став се заснива на претпоставци, да довођење дјетета у постојање не значи да му се стање чини лошијим.<sup>1311</sup> У том смислу, Бенатар тврди да је стварање било ког сензибилног бића, чији ће живот садржавати макар неку количину бола или патње, је лоше за то створење, те му штети.<sup>1312</sup> Чак и ако узмемо у обзир, да ће нови људи када се роде уживати задовољство, недвосмислено је да их одређена количина бола очекује током живота. Искуство лошега је то због чега Бенатар тврди да непостојање има предност у односу на постојање. Он види предност у чињеници да непостојање изузима дијете од бола и патње. Према његовим ријечима, та чињеница неутралише одсуство задовољства које није горе за дијете, када ни нема стварног дјетета да буду лишени изосталог задовољства.<sup>1313</sup> У првом случају, бол ће бити нанијета дјетету, док у другом случају никоме неће недостајати задовољство. Бенатаров закључак је довео до бројних коментара и контра-позиција,<sup>1314</sup> од којих се ниједна не тиче ситуације у којој ће дијете у потпуности бити лишено било каквог задовољства. Имајући у виду, да нови живот о којем ми говоримо је доведен у постојање без икаквог баланса између задовољства и болова (без онога што се назива "minima"<sup>1315</sup>), то му довођење у постојање свакако чини на жао у поређењу са његовим остављањем у непостојању.<sup>1316</sup> Довођење у постојање је активно дијело као што је то гурање у ријеку, остављање некога у непостојању подразумјева да ни једна промјена није извршена на садашњем стању ствари. Као алтернатива претходним

---

<sup>1309</sup> Lewis David Hywel, *Collective Responsibility*, *Philosophy* (1948): 23, 3–18.

<sup>1310</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 24

<sup>1311</sup> Погледати Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 175.

<sup>1312</sup> Погледати Benatar David, *Better Never To Have Been: The Harm of Coming into Existence*. (Oxford: Oxford University Press 2006).

<sup>1313</sup> Ibid.

<sup>1314</sup> Metz, T. `Contemporary Anti-Natalism, Featuring Benatar's Better Never to Have Been` *S. Afr. J. Philos.* 2012, 31(1), 1-9; McGregor, R, Sullivan-Bissett, E. `Better No Longer to Be` *S. Afr. J. Philos.* 2012, 31(1), 55-68.

<sup>1315</sup> Погледати Kamm Francis, *Creation and Abortion: A Study in Moral and Legal Philosophy* (New York: Oxford University Press, 1992).

<sup>1316</sup> Погледати McMahan Jeff, *The Right to Chose Abortion*, *Philosophy and Public Affairs* (1993), 336.

ставовима, Буквист тврди да не можемо "додјелити упоредиве предности и штете људима стварајући их, или не стварајући их"<sup>1317</sup> Он сматра да "не можемо користити или нашкодити људима тако што их стварамо, већ само тако што можемо створити ствари које су добре или лоше за њих."<sup>1318</sup>

У погледу обавезе жене да пружи своју помоћ *conceptus*-у чијем постојању је допринијела, Бонин<sup>1319</sup> нуди примјер љекара који је спасао живот пацијенту прије извјесног времена на једини могући начин: тако што му је дао лијек који је излјечио његову болест, али као што се могло предвидјети узроковао је болест бубрега седам година касније. Као је љекар предвиђао, једино он може спасити пацијента од његовог новог обољења тако што би му дао на употребу бубреге на девет месеци. Под таквом хипотетичком конструкцијом, Бонин закључује да љекар не делује погрешно ако одбије да прихвати овај терет. Али овај хипотетички случај је одвојен од реалности. Прво, за разлику од мајке љекар је замјенљив у било којој фази поступка. Даље, није прихватљиво ни у правном, ни у моралном смислу извлачити паралелу између односа љекар-пацијент и мајка-дијете.<sup>1320</sup> Такође, Ли тврди, да су разлози због којих љекар нема посебну одговорност за тог пацијента, немају никакве везе са факторима који су аналогни трудноћи. Он сматра да чињеница, да је љекар продужио живот пацијенту, али са резултатом који је касније довео до ове хитне потребе, је сасвим различита од зачињања дјетета, јер љекар није довео овог пацијента у постојање. Са друге стране, Ли сматра да радња родитеља директно ставља дијете у угрожени положај.<sup>1321</sup> С тога, Бонинов закључак из хипотетичког случаја спада у логичку грешку, без било каквог практичног значаја. Ипак, у складу са претходном дискусијом, у сваком случају жени не може бити ускраћено права да се одвоји од *conceptus*-а који представља пријетњу за њено физичко или ментално здравље.

Суштина разматраног приговора произлази из тјелесне аутономије личности. Сукоб у питању се односи на обим аутономије у односу на супростављене интересе других, што је разматрано у наредном приговору.

---

<sup>1317</sup> Bykvist Krister, *The Benefits of Coming into Existence*, *Philosophical Studies* (2007), 135:335–362, DOI 10.1007/s11098-005-3982-x

<sup>1318</sup> Ibid.

<sup>1319</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 172-5.

<sup>1320</sup> For further discussion refer to Lee Patrick, *A Christian Philosopher's View of Recent Directions in the Abortion Debate*, *Christian Bioethics*, (2004): 10.

<sup>1321</sup> Ibid.

### 3.5. Примједба 5: заштита

Општи приговор који Ворен истиче против Швајцеровог концепта „Поштовања за Живот“, под бројем (2) је "практична немогућност константног дјеловања да сва жива бића имају једнак морални статус;"<sup>1322</sup> то може аналогно да се примјени на предметни приједлог критеријума за почетак заштите права на живота. Несумњиво, прихватање предложеног критеријума било би праћено тешкоћама у погледу заштите таквог права на живот када се интереси мајке и *conceptus*-а сукобе.<sup>1323</sup> Уопштено говорећи, прекид трудноће заједно са неким метода контрацепције (које спријечавају нидицију оплођене јајне ћелије) не би били дозвољени.

Незаконит прекид трудноће би био санкционисан кривичноправним нормама као и само-прекид трудноће,<sup>1324</sup> ако је резултирао смрт фетуса.<sup>1325</sup> Подршка за овакве ефекте предложеног критеријума може се утемељити на бризи за здравље жена. Наиме, жене би биле снажно стимулисане да практикују сигурне и законите метода прекида трудноће чиме би се избјегле здравствене компликације. Ово рјешење спрјечава посљедице по здравље.

Поред одговорности за само-прекид, жена би била одговорна за понашање које је опасно или погубно за *conceptus*-а (не за исход трудноће). Такво понашање може да се односи на забрану конзумирања дрога или одбијање лијечења који би могли да изазову опасност по здравље или живот *conceptus*-а. У упоредној пракси можемо наћи примјере напора државе да спроведе обавезу мајке да се брину за нерођено дијете, приморавајући их да се уздрже од дијела која их угрожавају или представљају пријетњу по њих. Судска пракса показује да, без обзира да ли на основу кривичноправних или грађанскоправних норми, мјере принуде се односе на: хапшења,<sup>1326</sup> боравак у притворима и затворима,<sup>1327</sup> продужењима притвора или затворске казне;<sup>1328</sup> притвора у болницама, менталним

---

<sup>1322</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000).

<sup>1323</sup> Погледати Живојиновић Драгица, *Правни положај нерођеног детета* (Крагујевац: Inter Print 2009) 22,23.

<sup>1324</sup> Погледати Section 218 of German Criminal Code, at <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#218>, 12 November 2013.

<sup>1325</sup> In the comparative law there is no `live birth` requirement to engage liability, Погледати Henricks Jennifer, What to Expect When You're Expecting: Fetal Protection Laws that Strip Away the Constitutional Rights of Pregnant Women, *Boston College Law School*, (215): 35, 117-153.

<sup>1326</sup> *In re Unborn Child of Starks*, No. 93,606

<sup>1327</sup> *State v. Greywind*, No. CR-92-447

<sup>1328</sup> *State v. McKnight* 2003



институцијама и програмима лијечења,<sup>1329</sup> и присилне медицинске интервенције, укључујући и операције.<sup>1330</sup> Може се сматрати да европско право људских права даје одређене основе да се легитимише заштита права на живот против понашања мајке, и то на основу судског поимања "јавног интереса" и "правичне равнотеже".

Што се тиче "јавног интереса", институције Конвенције су навеле да "трудноћа и њен прекид се, као ствар принципа, не односе искључиво на сферу мајчиног приватног живота".<sup>1331</sup> Овај став се доживљава као потенцијални основ за издвајање трудноће из приватноправне сфере.<sup>1332</sup> Таква неприватна природа трудноће може да оправда интервенције од стране државе у циљу њеног извођења до термина/одрживости на основу "јавног интереса". Институције Конвенције су препознале јавни интерес,<sup>1333</sup> као легитиман основ за уплитање у женску приватну сферу, што са своје стране захтјева правично балансирање. Што се тиче "правичне равнотеже", Суд је заузео став да се право мајке на поштовање њеног приватног живота може мјерити у односу на конкурентска права и слободе других, укључујући и оне од нерођеног дијетета.<sup>1334</sup> По мишљењу Суда, одредбе које дозвољавају прекид трудноће, ради заштите здравља жене успостављају правичну равнотежу између, с једне стране, потребе да се осигура заштита фетуса и, с друге стране, интереса жене."<sup>1335</sup> Када је, другом приликом, објашњаван даље цитиран принцип правичне равнотеже наведен у предмету *Boso*, наведено је да "ако пренатално дијете има 'право' на 'живот', оно је имплицитно ограниченим правима и интересима мајке."<sup>1336</sup> Такође, Комисија је потврдила да се термин "свако" из члана 6. (1) односи на пренатални живот,<sup>1337</sup> и директно му додјељујући права из оквира овог члана.

Још једно питање које се поставља овдје, односи се на адекватне мјере које се могу примијенити како би се обезбједила овако дефинисана заштита права на живот. На почетку овог дијела дискусије, требало би направити разлику између двије врсте потенцијално забрањених понашања. Значајно се разликују ситуације у којима трудница,

---

<sup>1329</sup> *Pemberton v. Tallahassee Memorial Regional Medical No. 4:98CV161-RH.*

<sup>1330</sup> *State v. Pemberton*, No. 96–759

<sup>1331</sup> Погледати *Brüggemann and Scheuten v Germany* Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, DR 10, . 100.

<sup>1332</sup> *Wicks Elizabeth , A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Review* (2011): 5(2), 560.

<sup>1333</sup> For instance *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

<sup>1334</sup> *Tysiac v. Poland* Application No. 5410/03

<sup>1335</sup> *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.

<sup>1336</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 12

<sup>1337</sup> *Paton v The United Kingdom*, Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980, para 7.

на пример, злоупотреба дрогу, од оних у којима одбија медицинску интервенцију због чега би могла да настане опасност по здравље или живот *conceptus*-а. То би могло да одреджи одговор да ли држава треба предузети рехабилитационе, едукативне, или казнене мјере?<sup>1338</sup> Што се тиче врсте мјера које би биле у складу са Конвенцијом, треба имати у виду да Суд сматра да "ако повреда права на живот или физички интегритет није изазван намјерно, позитивна обавеза наметнута чланом 2. да се успостави ефикасан правосудни систем, не мора захтјевати кривичноправни лијек у сваком случају".<sup>1339</sup> Сходно томе, питање се своди на питање (умишљаја) психолошког односа труднице према дјелу које чини или је починила.

Сада, да ли овисне жене намјерно наносе штету својој дјечи? У највећем броју случајева свакако не, у питању је њено неодговорно понашање узроковано недостатком самоконтроле. Са друге стране, њено понашање активно пријети пренаталном животу. Стога, прво би требало користити рехабилитационе и едукативне мјере, што омогућава жени да добије пренаталну његу и лијечење од зависности у таквим ситуацијама. Казнене мјере треба користити само као посљедње средство у спасавању живота у оквирима горе написане позитивне обавезе наложене чланом 2. Конвенције.

У случају када жена одбије медицински третман болести која пријети (њој и/или) пренаталном животу, регионални оквири нису јасни. У скоро сваком случају из упоредног права сматрано је да оплођено јаје, ембрион, или фетус треба третирати као да је потпуно правно одвојене од труднице,<sup>1340</sup> без обзира на трудноћу. Европска пракса је нејасна у том погледу. Комисија је навела да је нерођени живот нераскидиво повезан са животом мајке, и не може се посматрати у изолацији од мајчиног.<sup>1341</sup> Али, кроз судску праксу која је услиједила институције Конвенције, у складу са савременим трендовима,<sup>1342</sup> су у више наврата третирали нерођени живот као аутономне жртве прекида трудноће.<sup>1343</sup> За разлику

---

<sup>1338</sup> Bhargava Shalini, Challenging Punishment and Privatization: A Response to the Conviction of Regina McKnight, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (2004): 39, 518.

<sup>1339</sup> *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 90.

<sup>1340</sup> Paltrow M. Lynn and Flavin Jeanne, Arrests and Forced Interventions on Pregnant US Women, *Journal of Health Politics, Policy and Law* (2013): 28, 322.

<sup>1341</sup> *Ibid* para 19.

<sup>1342</sup> See *Jefferson v. Griffin Spalding Cnty. HospAuth.*, 274 S.E.2d 457, 461 (Ga. 1981), (uphold-ing trial court's decision to order a Caesarean section performed against the wishes of the mother).

<sup>1343</sup> Dakić, Dragan. Introduction into principles of unborn life protection under the European Convention on Human Rights. UDC 341 231 14:347.158 at: KOLARIĆ, Dragana (ed.), et al. *Archibald Reiss Days: International Scientific Conference, Belgrade, 3-4 March 2014: Thematic Conference Proceedings of International Significance. Vol. 3.* Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies; Bonn: German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), 2014, vol. III, pp. 343-352.

од става у упоредном праву, као што ћемо видјети, трудноћа игра значајну улогу приликом одређења када право на живот почиње и који је његов обим. Сљедеће питање је да ли би држава могла да присили жену да се подвргне медицинском третману који је потребан за очување нерођеног живота. Сукоб који настаје овде односи се на право мајке на самоопредјељење и право на живот нерођеног. У том смислу, узимајући у обзир претходне дискусије, потребно је размотрити да ли члан 3. Конвенције штити самоопредјељење.

Право на самоопредељење је у средишту Конвенције.<sup>1344</sup> У принципу, компетентне особе могу се одредити да живе са болешћу све док никоме не пријете. Али чим се појави у конфликт са правом другог субјекта, то право се може дерогирати. У принципу, медицинске интервенције без пристанка се односе на права из делокруга члана 8,<sup>1345</sup> што ће бити размотрено у наставку. Што се тиче односа између присилних медицинских интервенција и гаранција члана 3., опште правило гласи: "мјера која је терапијска нужност не може се сматрати нехуманом или понижавајућом".<sup>1346</sup> Поред етичких ставова да радње које не укључује неправду не захтјевају никакво оправдање, сматрам да присиљавање трудница да се подвргну медицинском третману због добробити пренаталног живота, не би били забрањени (у правном смислу) према члану 3. из сљедећих разлога.

Случај *Herczegfalvy v. Austria*,<sup>1347</sup> у којој је уведено претходно цитирано опште правило, односи се на ситуацију у којој је подносилац представке присилно храњен и подвргаван медицинској терапији. На основу околности случаја и правног образложења, можемо издвојити два услова за примјену општег правила. Прво, треба бити уверљиво показано да постоји медицинска неопходност, друго, сврха третмана мора да буде корист пацијента. У том смислу, ако постоји медицинска потреба, било би тешко негирати да медицинска интервенција није корисна по пацијента. Корист по пацијента имају кључни значај за легитимно мијешање у његову/њену аутоному и тјелесни интегритет.<sup>1348</sup> У

---

<sup>1344</sup> Wicks, E. The right to refuse medical treatment under the European Convention on Human Rights, *Medical Law Review* (2001), 9, 18.

<sup>1345</sup> Погледати *Codarcea v Romania*, Application No. 31675/04, Merits, 02 June 2009, para 101 and refer to *Pretty v The United Kingdom*, Application Number 2346/02, Merits, 20 April 2002, para 61 and 63; *Trocellier v France* (dec.), Application No. 75725/01, at para 4, ECHR 2006-XIV at para 4; *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004, para 89.

<sup>1346</sup> *Herczegfalvy v. Austria* Application No. 10533/83, Merits, 24 September 1992, para 82.

<sup>1347</sup> *Herczegfalvy v. Austria* Application No. 10533/83, Merits, 24 September 1992, para 82.

<sup>1348</sup> Погледати *Wainwright v. The United Kingdom*, Application No. 12350/04, § 41, ECHR 2006-X

супротно, медицински третман се може сматрати забрањеним чланом 3. Конвенције.<sup>1349</sup> Међутим, с обзиром да медицински третман у питању не представља незаконито лишавање жене било каквих права, нити негативно утиче на њену личност (чак јој интервенција и користи), медицинска интервенција се не може сматрати супротно члану 3. Конвенције. Чињеница да она не жели да има здравствену корист, не може да досегне минимални праг озбиљности захтјеван за повреде члана 3. Конвенције. Ово важи чак и ако би побољшање здравља било психолошки, или чак економски теретно за њу.<sup>1350</sup>

Овдје постоји могућност истицања моралног приговора да третирање мајке, само у циљу да се очува нерођени живота, своди мајку на ниво пуког средства, те је супротно њеном достојанству. Али као што смо видјели, није могуће изоловати мајку из медицинских користи које доноси третман пренаталног живота. С тога, циљ лијечења се не може ограничити само на очување нерођеног живота. Чак и ако пренатални живот има урођено обољење које прети само њему, жена дугује моралну обавезу да омогући да лијечење буде пружено,<sup>1351</sup> које се односи и на подвргавање инвазивним операцијама.<sup>1352</sup> У супротно, њено самоопредјелење може да пружи основ за разматрање њене одлуке из контекста злостављање дјете. У том смислу, Томпсон сматра да није дозвољено да мучи некога, чак и ако би вас пропуштање да то учините коштало живота.<sup>1353</sup> Стога, ако право на живот не може дерогирати слободу од мучења, онда се то не може учинити ни на основу права на самоопредјелење. Парфит, такође, сматра да не можемо третирати некога као средство докле год је наш однос према тој особи вођен релевантном моралном побудом<sup>1354</sup> као што је то овдје случај. Он тврди да "чак и ако су третиране само као средство, то не може бити погрешно поступање."<sup>1355</sup>

Други аспект спровођења права на живот према предложеном критеријуму, тиче се ситуација у којима не постоји сукоб између права *conceptus*-а и родитеља. У таквим ситуацијама, пренатални живот би био чврсто заштићен од злонамјерних радњи трећих лица или нехата медицинског особља. Не би било правне дилеме како да процесуирају смртоносне радње/пропусти трећих лица против пренаталног живота. Апсурдне ситуације

---

<sup>1349</sup> *X v Denmark* Application No. 9974/8 2 (1983), 32 D.R. 282

<sup>1350</sup> *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 December 2010

<sup>1351</sup> Погледати also Singer, *Philosophy and Public Affairs*, (1972), 3, 229-243

<sup>1352</sup> DeBonis R. Scott, Comment, The Fetal-Maternal Conflict: Judicial Resolution Based Upon Constitutional Rights, *Ohio Northern University Law Review* (1995): 22.

<sup>1353</sup> Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1), 53.

<sup>1354</sup> Parfit Derek, *On What Matters* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 33.

<sup>1355</sup> Ibid.

у којима произилази одговорност медицинског радника који изазове оштећење *conceptus*-а, али је истовремено искључена ако га он /она убију, биле би елиминисане.

### 3.6. Примједба 6: фаворитизам

Тешко је да се обезбједи одржива аргументација која би оправдала искључење неких људи из заштите људских права. Да би то постигао, Бонин користи неколико аргумената. Прво, он наглашава разлику између "индивидуалног члана врсте *homo sapiens*" и "индивиде са правом на живот", што је тачно у терминолошком смислу. Због таквог разликовања, Бонин оспорава подразумевану повезаност између живота људског бића и заштите живота људског бића. Своју дискусију започиње тако што издваја најтачније аргументе у прилог онога што назива "критеријум концепције", и истовремено их излаже снажном оспоравању. Аргументи релевантни за ову расправу, коју је Бонин разматрао; су. (1) "аргумент себичности",<sup>1356</sup> који се односи на вишу моралну вриједности људи; (2) "аргумент врсне суштине", који се односи на урођени капацитет за посједовање морално релевантних особина за које се претпоставља да их поседују људи, као да је "природа људског бића да буде личност";<sup>1357</sup> (3) "аргумент припадности врсти" који се односи на став да "зигота треба поштовати не само зато што је члан једне врсте чији зрели чланови имају одређене легитимне захтјеве према вама, већ зато што је припадник *ваше* врсте" (наглашено и у оригиналу), и тврди да је морално оправдано фаворизовање интереса чланова своје врсте, над интересима чланова других врста. Његове примедбе тих аргумената су, у суштини, једнаке примједбама које су изнијете на позиције хуманизма-анимализма на привилегије члановима врсте *homo sapiens*, по различитим основама.

Крајњи ефекти хуманизма-натурализма, у том смислу, су признање њеним члановима врсте *homo sapiens* статуса емпиријске личности, док би такво признање за припаднике других врста изостало. Од чланова других врста би се тражила манифестација одређених карактеристика, а њихов статус личности би се утврђивао од случаја до случаја. Рецимо, за сада, да као и хуманизам, предложени критеријум признаје право на живот (да не буду убијени) само људском *conceptus*-у. Бонинов приговор, са којим може да почне даља дискусија, је приговор број (3) који одбацује привилеговање припадника врсте *homo sapiens* у односу на чланове других врста. Даље, нећу непосредно дискутовати о томе да

<sup>1356</sup> Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 20-23.

<sup>1357</sup> Schwarz Stephen, *The Moral Question of Abortion*, (Chicago: Loyola University Press 1990). Reference and quote taken from Boonin David, *A Defense Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003), 23.

ли је оправдано привилеговање чланова сопствене врсте јер морални агенти недвосмислено имају обавезе у погледу немоћних чланова сопствене врсте. Уместо тога, ја ћу се фокусирати на питање да ли је оправдано да се животиње подвргну другачијем третману како би се видјело да ли је предметни приговор одржив? У дефинисању "другачијег третмана" животиња, могу се издвоји три могуће варијанте за то: прва која одступа од пуног изједначавања између животиња и људи, друга која подразумјева суброгацију животиња у односу на људе и трећа најекстремнија, она која омогућава људима сваку врсту деградације животиња.

Што се тиче прве варијанте, она очигледно одступа од приступа питању животиња који се заснива на њиховим правима, а који у суштини настоји да укине сваку људску употребу животиња као „ресурса.“<sup>1358</sup> Такође, ова варијанта не може бити одобрена ни са егалитарне тачке гледишта, према којој је сваки облик неједнакости између субјеката неприхватљива, јер је аналогна расизму и сексизму. У том смислу, сматрам да пуно изједначавање између животиња и људи није потребно. У етичком смислу, нема ништа лоше у продаји животиње другима на бригу, док то није случај са продајом дјетета у било које сврхе;<sup>1359</sup> нема ничег лошег у држању животиња за рад или храну док (држање) подизање дјете за било коју другу сврху осим дјечије сопствене користи је недопустиво. У правном смислу, било би тешко тврдити да је остављање животиња без тренинга једнако погрешно и противно праву као и ускраћивање образовања људима. Животиње не треба да буду обучене од стране људи како би преживјеле, док је људима образовање потребно итд. Дакле, не сматрам да су разлике у степену когнитивних способности, самосталност, или осетљивост на бол, који су релевантни за статус у људској друштвеној заједници, то што разликује људе од припадника других врста на морално значајан начин. Умјесто тога, сматрам да различите потребе између животиња и људи су основа за различито поступање које је морално оправдано. Различите потребе свакако намећу различите обавезе моралним агентима. Овај приступ је, дакле, одређен критеријумом потребе. Питер Сингер, такође, тврди да би животиње требале бити третиране у складу са њиховим

---

<sup>1358</sup> Regan Tom, *The Radical Egalitarian Case for Animal Rights*, 40.

<sup>1359</sup> Dakić, Dragan, Kleimenov, Ivan. International law requirements in regard criminal legislation following to the developments in the biomedicine. UDC 341.4:[57+61] at: KOLARIĆ, Dragana (ed.). *Archibald Reiss Days: International Scientific Conference, Belgrade, 3-4 March 2015, Thematic Conference Proceedings of International Significance. Vol. 2*. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies; 2015, pp 125-133. ISBN 978-86-7020-320-4.

"интересима",<sup>1360</sup> у складу са његовим утилитаријанским ставовима. Уместо термина "интерес" који може звучати апстрактно предлажем да потребе животиње треба узети у обзир јер их је лакше одредити и дефинисати у свакодневним ситуацијама. Овакав приступ је отворен и за обзир који износи Фуд, по којем постоје природна или аутономна доброта која су специфична свакој врсти.<sup>1361</sup> Уколико би потребе животиња биле преведене на људски систем потреба, животиње имају само примарне потребе (које укључују исхрану и репродукцију и ако су припитомљене да им се пружи одговарајућа здравствена нега), односно потребу да преживе, док немају секундарне и терцијарне потребе ( " потребе другог реда " као их је дефинисао Франкфурт<sup>1362</sup>). Потпуно изједначен третман животиња захтевао би од њих да развију одређене карактеристике које нису типичне за животиње, тј. да буду мање животиње, а више људи и да стекну потребе другог и трећег реда. Инсистирање на потпуном изједначавању је инсистирање на хуманизацији (асимилацији) животиња, или на анимализацији људи. То опет показује суштинску немогућност да се препозна нешто што је другачије од нас или од онога што ми радимо. Животињама не треба правно и морално изједначавање са људима; оне не требају правни статус личности, њима треба да их оставимо на миру. Што се тиче критеријума потреба, животиње требају бити ослобођене од понижавајућих и болних поступања. Није их потребно заштитити правима, односно инкорпорирати их у друштвену заједницу људи и тако нашу социјалну сферу проширити изван "подручја које је препознатљиво људско, и у тој мери, антропоморфно".<sup>1363</sup> Такво проширење би подразумевало проширење наше обавезе да интервенишемо у токове природног лова кад год, у циљу заштите коју дугујемо људским бићима која би се нашла у сличним ситуацијама.<sup>1364</sup>

Са аспекта критеријума потреба, није лако бранити став да је дозвољено убити животињу када људски живот(и) зависи од тога. Ако идемо даље у разматрање, који су то морални разлози што оправдавају убијање животиња када људски живот(и) то захтевају, с обзиром да и једни и други имају потребу да преживе, дошло би се до више аргумената,

---

<sup>1360</sup> Singer Peter, *A Utilitarian Defense of Animal Liberation*, in *Environmental Ethics*, (ed.), Pojman Louis (Stamford, CT: Wadsworth 2001), 33.

<sup>1361</sup> Foot Philippa, *Natural goodness* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

<sup>1362</sup> Frankfurt G. Harry, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, *Journal of Philosophy* (1971), 6.

<sup>1363</sup> Grey William, *On Anthropomorphism and Deep Ecology*, *Australasian Journal of Philosophy*, (1993): 71(4), 167.

<sup>1364</sup> Warren Anne Mary, *Moral Status: Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000), 111.

заједно са онима који се односе на самоодбрану.<sup>1365</sup> Чак и ако прихватимо егалитаријански став да су права животиња једнака правима људи, није спорно да је у сукобу човеку дозвољено да нашкоди животињи када није скривио напад, или када морално није одговоран за изазивање неправедне пријетње „не-људским животињама“.<sup>1366</sup>

Преостале примедбе (1) и (2) могу бити адекватно размотрене кроз критику аргумената који настоје да оправдају дерогацију моралног и правног статуса животиња због различитог садржаја или снаге њихових права у односу на права људи,<sup>1367</sup> као и кроз критику оних који се темеље на претпостављеној већој моралној вриједности чланова врсте *homo sapiens*, на основу којих се даје преднос кореспондентним потребама људи. Што се тиче аргумената који почивају на различитом садржају права животиња, критеријум потреба препознаје то исто. Међутим, када су у питању најосновније и истовјетне потребе, као што је потреба да се преживи, досљедна примјена критеријума потреба доводи нас на егалитарне позиције. С тога, другачији садржај права не важи у овим случајевима. Што се тиче аргумената који се односе на различиту снагу права која имају животиње, предлажем да претпоставка постојања слабијих и јачих права којима се штите истовјетни интереси/потребе буде одбачена јер се она може једнако примјенити и на људе када се њихова таква права сукобе. Ако би се примјенила на односе међу људима, то би значило да особа са друштвено афирмисаним особинама попут политичке подобности или окренутости ка будућности, посједовању дугорочних планова и улагања у њих итд. ужива јаче право на живот у односу на особу која само жели да се његове/њене примарне потребе задовоље, и која нимало, или минимално, улаже у циљ да их задовољи. Према психолошком приступу проблему дефинисања правног и моралног субјекта, ови други чак ни нису личности.<sup>1368</sup> Такав класни систем унутар човјечанства није одржив, те га не би требало примијенити на људско-животињске односе. Ниједан од аргумената који подразумева различиту заштиту истих права, на основу разлика у њиховој снази, није природно одржив.

---

<sup>1365</sup> Regan Tom, *The case for animal rights*, (Berkeley: University of California Press 1983), 296.

<sup>1366</sup> Abbate Cheryl, *The Search for Liability in the Defensive Killing of Nonhuman Animals* *Social Theory and Practice*, (2015): 41(1), 106-130.

<sup>1367</sup> Warren Anne Mary, *The Rights of the Nonhuman World*, in: *Environmental Philosophy: A Collection of Readings* (eds.), Robert Elliot and Arran Gare, (University Park: The Pennsylvania State University Press, 1983), 109-131.

<sup>1368</sup> Parfit Derek, *Reasons and Persons* (Oxford: Clarendon Press 1984), 202; Lynne Rudder Baker, *Persons and Bodies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 4; McMahan Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 6.



Што се тиче аргумената који почивају на претпостављено вишој моралној вриједности људи, Карнеин сматра да смо обдарени, тврди она, са извесним особинама вишег реда који нас чини интерактивним према разлозима, а тиме и одговорним за своје поступке.<sup>1369</sup> "Како простор разлога укључује и оне моралне, такви агенти су објекти моралне похвале и кривице. С тога, само морални агенти могу бити "субјекти" морала, тј, подобни да реагују према његовим захтјевима и способни да дјелују у складу са њим."<sup>1370</sup> Карнеин, даље објашњава да само субјекти морала могу да одреде "објекте" морала. Према томе, људска моћ да одлуче ко ће бити заштићени је основ за њих да буду заштићени.<sup>1371</sup> У складу са тим аргументом, би могла да буде тврдња да животиње имају право да поједу човека, јер људи имају моћ да одлучују ко ће бити поједен а ко не, или да људи имају право да буду поједени? Стога, такви аргументи нису логички одбрањиви. Исто тако, у свјетлу антидискриминационих цивилизацијских достигнућа, не видим како аргументи засновани на вишој вриједности било које врсте могу опстати. Уместо тога, чини се да је дозвољено убити животињу када људски живот (и) зависи од тога само зато што би било апсурдно судски гонити људе који тако чине. У том смислу, можемо се присјетити како смо уопште дошли до "животињског питања"? Ово питање је настало када смо их боље упознали и схватили да према нашем концепту моралног статуса не постоји ништа да оправда њихово искључење, из опет нашег моралног статуса, и да се настави њихово индустријско убијање. У складу са наведеним, не постоје чврсти разлози да се забрани њихово убијање у ситуацијама које су овде разматране. Францоне може да буде против тог закључка јер он одобрава само "неопходна" убиства као посљедње средство за опстанак људи.<sup>1372</sup> Сингер, чак тврди да "ако морамо бирати између живота људског бића и живота друге животиње требало да би да се одлучимо да спасемо живот људског бића (...)." <sup>1373</sup>

Сходно томе, друга варијанта која подразумева суброгацију животиња људима је сасвим прихватљива према критеријуму потреба. Животиње су посједоване од стране људи који имају моћ да их држе, размјене их, продају их итд. Домаће животиње нису

---

<sup>1369</sup> Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012), 19.

<sup>1370</sup> Ibid.

<sup>1371</sup> Ibid, 17.

<sup>1372</sup> Francione Gary, *You hypocrites!* *New Scientist* (2005).

<sup>1373</sup> Singer Peter, *Animal Liberation: A New Ethics for Our Treatment of Animals*, (New York: HarperCollins 1975), 6.

фрустриране чињеницом да имају власника. У ствари, већина њих уживају користи од тога (дуже живе, итд). Према Ларију, способности људи да доживе повреду или непоштовање је особина која им даје морални статус (као и другим бићима са наведеним карактеристикама).<sup>1374</sup> Докле год људи поштују животињске потребе, нема ништа лоше у симбиозној (међусобној) употреби животиња од стране људе. Животиње треба третирати с поштовањем, али оне не би требало да су бескорисне онима који улажу у њих и брину се за задовољење њихових потреба. Чак се и Реган залаже против комерцијалне употребе животиња,<sup>1375</sup> недијектно, против тога да их људи користите на начин који је предложен према критеријуму потреба. Кант заузима сличан став када тврди да: "Животиње нису самосвјесне и постоје само као средство за задовољење циља. Тај циљ је човјек."<sup>1376</sup> Али, његов поглед би требало да буду ублажен признавањем животињама урођене вредности са подразумеваним ограничењима у људској социјалној сфери. Дакле, критеријум потреба оправдава да један ентитет, који посједује морални статус, може бити у власништву других моралних агената док год је власништво засновано на симбиози.

Трећа варијанта подразумјева апсолутну негацију потреба животињама. С обзиром, да су животиње осећајна бића, подобна за морални статус, излагати их болу без убједљивог разлога не може бити оправдано. Да буду слободне од мучења и понижавајућег поступања је суштинска потреба сваког живог бића. Правни статус не би требало да буде предуслов за природно очекивање животиња да не буду мучене од стране људи. Са друге стране, људи имају моралну обавезу да не муче, било неко биће личност или не.

Стога, подвргавање животиња другачијем третман у оквиру прве двије варијанте је морално и правно оправдано. У складу са тим, нема ништа лоше у претпоставци коју предлаже хуманизам да су сви чланови људске расе личности, докле год људи не покушавају да одрже монопол над правним статусом. Сходно томе, тешко је изнијети валидан приговор, морални или правни предложеном критеријуму.

---

<sup>1374</sup> Lara D. Francisco, Should we Sacrifice Embryos to Cure People? *Human Affairs* (2012): 22, 623–635, Doi: 10.2478/s13374-012-0050-z.

<sup>1375</sup> Regan Tom, The Radical Egalitarian Case for Animal Rights, 40.

<sup>1376</sup> Kant Immanuel, *Lectures on Ethics*, an English translation by Louis Infield (New York: Harper Torchbooks 1963), 239.

## ИЗВОРИ

### Књиге, монографије и уџбеници

1. A Grubb, *The legal status of the frozen human embryo*, in *Challenges in Medical Care* (ed), A Grubb (John Wiley & Sons, 1992).
2. Albin Eser and Hans-Georg Koch, *Abortion and the Law: From International Comparison to Legal Policy*, an English translation by Emily Silverman (The Hague: TMC Assert Press 2005).
3. Alderson Priscilla, Prenatal Counselling and Images of Disability, in: *Ethical Issues in Maternal-Fetal Medicine* (ed.), Dickenson L. Donna (Cambridge: Cambridge University Press 2002).
4. Alfredsson G., Asbjørn E., *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*, (Martinus Nijhoff publishers, Netherlands 2005).
5. Gomez Isa Felipe, de Feyter Koen, *International protection on human rights and its achievements* (Bilbao: University of Deusto 2006).
6. Ambos Kai, General principles of criminal law in the Rome Statute, *CLF* (1999): 10, 21.
7. Ambrus Monika, *Enforcement Mechanisms of the Racial Equality Directive and Minority Protection* (Boom Eleven International 2011), at 105-128.
8. Anand KJS. Fetal Pain? Pain: *Clinical Updates*. 14:2 (2006).
9. Fetal Awareness: Review of Research and Recommendations for Practice. Report of a Working Party. Royal College of Obstetricians and Gynecologists. March 2010.
10. Aquinas Thomas, *Summa Theologica* (New York: Benzinger Brothers, 1947).
11. Aristotle, *Politics*, a Serbian translation by Ljiljana Stanojevic – Crpajac Ph.D ( Beograd 1975).
12. Aristotle, *History of Animals* Books I-III (Loeb Classical Library No. 437).
13. Arneson J. Richard, What, if anything, renders all Humans Morally Equal? *Peter Singer and His Critics*, (ed.), Jamieson Dale (Oxford: Blackwell 1999).
14. Arnold Roberta, The "Mens Rea" of Genocide under the Statute of the ICC, *Criminal Law Forum* (2003):14.
15. Artemenko Oleg, *Inspirations from Potential: Does Human Embryo in vitro Possess Full Moral Status?* Master's Thesis in Applied Ethics Centre for Applied Ethics Linköpings Universitet, Presented June 2010.
16. Augustine, *Of the Work of Monks* (Grand Rapids, Mich.: Eerdmans, 1956), 40;
17. Avramov Smilja, *Међународно јавно право*, Академија за дипломатију и безбедност, (Београд, 2011).
18. Babić Miloš, Marković Ivanka. *Krivično pravo – posebni dio*, (Banja Luka 2005).
19. Baker Rudder Lynne, "What Am I?" *Philosophy and Phenomenological Research* (1999): 59.
20. Baker Rudder Lynne, Big-Tent Metaphysics *Abstracta Special Issue* (2008), I.
21. Baker Rudder Lynne, *Persons and Bodies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).
22. Baker Rudder Lynne, *Persons and the metaphysics of resurrection* (accepted for publication in Religious Studies published by Cambridge University Press).
23. Baron I., *Institucije Rimskog prava*, (Bibliografski zavod Zagreb 1925).

24. Barsalou W. Lawrence, Kyle Simmons William., Barbey K. Aron and Wilson, Christine, Grounding conceptual knowledge in modality-specific systems, *Trends in Cognitive Science*, (2003): 7.
25. Becker C. Daniel, *Personhood: A Pragmatic Guide to Pro-life Victory in the 21<sup>st</sup> Century and the Return to First Principles in Politics* (Tks Publications 2011).
26. Beckwith Francis, *Defending life: A moral and legal case against abortion choice* (New York: Cambridge University Press 2007).
27. Benatar David, *Better Never To Have Been: The Harm of Coming into Existence*. (Oxford: Oxford University Press 2006).
28. Benedict Ashley, *A critique of the theory of delayed hominization in An ethical evaluation of fetal experimentation: An interdisciplinary study*, (ed), D. McCarthy and A. Moraczewski (St. Louis: Pope John XXIII Center, 1976), 123.
29. Benedict de Spinoza, *The ethics* (New York: Penguin 2005).
30. Bernard Williams, 'Are Persons Bodies?' in *Problems of the Self*, (Cambridge University Press 1973).
31. Berner, A, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Berlin: Guttentag 1900).
32. Bert Gordijn, The Troublesome Concept of the Person, *Theoretical Medicine and Bioethics* (1999):20.
33. Beyleveld David and Brownsword Roger, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw* (Oxford: Oxford University Press 2001).
34. Birnbacher Dieter, Ambiguities in the concept of Menschenwürde, in: *Sanctity of life and human dignity*, (ed). Bayertz Kurt, (Dordrecht: Kluwer 1996).
35. Blackstone William, *Commentaries on the law of England*, (American Bar Association 2009 - Republication of the 1765 edition).
36. Blanchfield Luisa, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Background and Policy Issues*, (Congressional Research Service 2011).
37. Bojan Milisavljevic, Bomana Cuckovic, Case-Law of the European Court of Human Rights relating to Trafficking in Human Beings, ( ISBN 978-86-7020-320-4, ISBN 978-86-7020-190-3; UDC: 347.951:341.645(4) 343.431) *Academy of criminalistic and police studies*, Belgrade 2015.
38. Bole Thomas, The person in secular and in Orthodox-Catholic bioethics, *Christian Bioethics* (2000): 6(1).
39. Bonnie Steinbock, Speciesism and the Idea of Equality, *Philosophy* (1978): 53.
40. Boonin David, *A Defence Of Abortion*, (Cambridge University Press 2003).
41. Bossuyt Marc, *Guide to the 'Travaux Préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff 1987).
42. Broadie Sarah, *Ethics with Aristotle* (New York: Oxford University Press 1993).
43. Buchanan Allen and Brock Dan, *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, (Cambridge: University Press 1990).
44. Buckland Warwick William, *A Text-Book of Roman Law: From Augustus to Justinian* (Cambridge University Press 1968).
45. C.S. Lewis, *The abolition of man*, (New York: Harper Collins 2001).
46. Carruthers Peter, *The Architecture of the Mind* (Oxford: Oxford University Press 2006).
47. Casas Lidia, Invoking Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Evolving Issues in Peru, Mexico and Chile, *Reproductive Health Matters* (2009): 17(34).
48. Caulfield Timothy and Chapman Audrey, Human Dignity as a Criterion for Science Policy, *PLOS Medicine* (2005): 2.

49. Chalk Frank and Jonassohn Kurt, *The History and Sociology of Genocide: Analyses and Case Studies* (New Haven: Yale University Press 1990).
50. Chalmers David, *The conscious mind: In search of a fundamental theory* (New York: Oxford University Press 1996).
51. Chalmers DJ. The puzzle of conscious experience. *The Hidden Mind. Scientific American* (2002).
52. Chapman Audrey, Human Dignity, Bioethics, and Human Rights (2011):3, *Amsterdam Law Forum*.
53. Charlesworth Hilary, Feminist Ambivalence about International Law, *International Legal Theory* (2005):11.
54. Charo R. Alta, Health Care Provider Refusals to Treat, Prescribe, Refer or Inform: Professionalism and Conscience, *Advance* (2007).
55. Christophe le Mouel, Self and the Paradox of Free Will, *Psychological Perspectives*, (2014):57.
56. Clark S. Roger, Elements of Crimes in Early Decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court, *New Zealand Yearbook of International Law* (2009): 6, 214.
57. Cook J. Rebecca, Reproductive Health Law: Where Next, After Cairo and Beijing? (1997):16.
58. Cook J. Rebecca, Dickens M. Bernard and Fathalla Mahmoud, *Reproductive Health and Human Rights: Integrating Medicine, Ethics and Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003).
59. Cushing Simon, *Animal Liberation*, 2nd ed. (New York: Random House 1984), Reprinted in *Contemporary Moral Problems*, (ed). White E. James (St. Paul, MN: West, 1997).
60. Dawson Karen, *Fertilization and moral status, a scientific perspective, Embryo experimentation* (Cambridge University Press 1990), <http://jme.bmj.com/content/13/4/173.full.pdf>, November 2013.
61. Deech Ruth and Smajdor Ann, *From IVF to Immortality: Controversy in the Era of Reproductive Technology*, (Oxford: Oxford University Press, 2007).
62. DeGrazia David, *Obligations to Future Generations in Creation Ethics: Reproduction, Genetics, and Quality of Life* (Oxford University Press 2012).
63. DeGrazia David, *On the Question of Personhood beyond Homo sapiens*, in *In Defence of Animals* (ed), Piter Singer, (Blackwell Publishing Ltd. 2006).
64. Dennett C. Daniel, *Consciousness Explained* (London: Penguin, 1991).
65. Dennett Daniel, *Consciousness in human and robot minds*, (London: Royal Society 1994).
66. Detrick Sharon, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, (Netherlands: Kluwer Law International 1995).
67. Diamond Cora, *The importance of being human*, in: *Human beings*, (ed), Cockburn David (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).
68. Djordjevic Jovan, *Latinsko-Srpski rečnik* (Zavod za udžbenike Beograd 2010).
69. Duška Franeta, *Ljudsko dostojanstvo kao pravna vrednost*, (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2015)
70. Dworkin Ronald, *Life's dominion: An argument about abortion, euthanasia and individual freedom*, (New York: Vintage 1994).
71. Eberl T. Jason and Brown Brandon, Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses, in *Persons, Moral*

- Worth, and Embryos: *A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*,(ed), Napier Stephen (Springer 2011).
72. Finnis John, A Philosophical Case Against Euthanasia, in *Euthanasia Examined* (ed), Kewon John (Cambridge University Press 1995).
  73. Fitzgerald Maria, Neurobiology of fetal and neonatal pain, in *Textbook of Pain*, (eds), Wall P, Melzack R, (Edinburgh: Churchill Livingstone 1994).
  74. Fletcher George, *Basic Concepts of Criminal Law*, (New York: Oxford University Press 1998).
  75. Foot Philippa, *Natural goodness* (Oxford: Oxford University Press, 2001).
  76. Freeman Michael, *Law and Bioethics: Current Legal Issues*, Volume 11, (Oxford: Oxford University Press 2008).
  77. Friedlander, Henry. *The Origins of Nazi Genocide: From Euthanasia to the Final Solution*. (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1995).
  78. *Gai Institutuinum commentarii*, превод др Обрад Станојевић (Nolit, Beograd)
  79. George Harris, *Dignity and vulnerability: Strength and quality of character* (Berkeley-Los Angeles: University of California Press 1997).
  80. Gewirth Alan, *Human rights: Essays on justification and applications* (Chicago: University of Chicago Press 1982).
  81. Glover Jonathan, *Causing Death and Saving Lives* (London: Penguin, 1977).
  82. Gorman J. Michael, *Abortion and the Early Church* (I.V.P., Downer's Grove, Illinois, 1982).
  83. Green M. Ronald, *Babies by Design: The Ethics of Genetic Choice* (Yale: Yale University press 2007).
  84. Green M. Ronald, *The human embryos research debates: bioethics in the vortex of controversy* (Oxford: Oxford University Press 2001).
  85. Gunkel J. David, *The Rights of Machines: Caring for Robotic Care-Givers at Machine Medical Ethics* (Ed), Simon Peter van Rysewyk, Matthijs Pontier (Springer International Publishing Switzerland 2015).
  86. Hare Mervyn Richard, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press 1952).
  87. Harris John, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics* (London: Routledge 1985).
  88. Harris Sam, *Free will* (New York: Dover 2012).
  89. Hart William, *The engines of the soul*, (Cambridge: Cambridge University Press 2009);
  90. Hegel Friedrich Wilhelm Georg, *Philosophy of the Right* (Oxford: Oxford University Press, 1966).
  91. Heilman M. Kenneth, *Creativity and the brain*, (New York: Psychology Press 2005).
  92. Horvat Marijan, *Rimsko pravo*, (Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb 1998).
  93. Hudson Hud, *A materialist metaphysics of the human person*, (Ithaca: Cornell University Press 2001).
  94. Hume David, *Essays, Moral, Political and Literary* (London: Longman, Green & Co., 1987).
  95. Hunter William Alexander, *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*, (Clots and Cloy 1920),
  96. Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, an English translation by Mary Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).
  97. *International encyclopaedia of comparative law*. Vol. 4, Persons and family / chief editors Aleck Chloros, Max Rheinstein, Mary Ann Glendon ( Boston : Martinus Nijhoff. 2007).

98. *Iustinianus Digest*, превод: Маленица Антун, (Службени Гласник, Београд 1997),
99. Jacobs, F. White, R., *The European Convention on Human Rights*, fourth edition, (New York: Oxford University Press 2006).
100. Jaegwon Kim, *Mind in a physical world*, (Cambridge: MIT Press 1998).
101. Jason T. Eberl and Brandon Brown, Brain Life and the Argument from Potential: Affirming the Ontological Status of Human Embryos and Fetuses, Persons, Moral Worth, and Embryos: *A Critical Analysis of Pro-Choice Arguments*, (ed.) Stephen Napier (Springer, 2011).
102. John Quigley, *Introduction to Genocide in Cambodia* 1, 2 (eds).Howard J. De Nike et al., 2000.
103. John Rawls, *A Theory of Justice*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1971).
104. Jones William Henry Samuel (ed), *Hippocrates Collected Works I* (Cambridge Harvard University Press 1868).
105. Joseph, Ritta. *Human rights and the unborn child*. (Netherlands: Martinus Nijhoff publishers 2009).
106. Jovanovic Mila, Коментари старог Римског ius civil – Законик XII таблица (*Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nisu* 2002).
107. Joyce E. Robert, When Does a Person Begin? in *New Perspectives on Human Abortion* (eds), Hilgers W. Thomas, Horan J. Dennis, and David Frederick (Maryland: University Publications of America, Inc. 1981).
108. Jovanović Mila, *Коментари строг Римског ius civil – Краљевски закони*, (Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nisu 2002).
109. Judith Evans Grubb, *Women and the law in the Roman Empire: a sourcebook on marriage, divorce and widowhood*, (Routledge, London 2002).
110. Jung Carl Gustav, *Letters*, an English translation by R. F. C. Hull, (Princeton: Princeton University Press 1973).
111. Jung Carl Gustav, *Memories, dreams, reflections* (New York: Random House 1961).
112. Kadlac Adam, Humanizing Personhood, *Ethic Theory Moral Prac* (2010): 13.
113. Kamm Francis, *Creation and Abortion: A Study in Moral and Legal Philosophy* (New York: Oxford University Press, 1992).
114. Kant Immanuel, *Lectures on Ethics*, an English translation by Louis Infield (New York: Harper Torchbooks 1963).
115. Kant Immanuel, *Observations on the Feeling of the Beautiful and the Sublime*, an English translation by John T. Goldwaite (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1960).
116. Karnein Anja, *A Theory of Unborn Life: From Abortion to Genetic Manipulation*, (Oxford: Oxford University Press 2012).
117. Kateb George, *Human Dignity* (Harvard: Harvard University Press 2011).
118. Keenan F. James, *The moral argumentation of evangelium vitae, in: Choosing life—a dialogue on evangelium vitae*, (ed), Wildes Kevin (Washington: Georgetown University Press 1997).
119. Keown John and Beyond Bland: A Critique of the BMA Guidance on Withholding and Withdrawing Medical Treatment, *Legal Studies* (2000): 20.
120. Keown John, *Restoring Moral and Intellectual Shape to the Law after Bland*, (London: LQR 1997).
121. Keown John, The human embryo in vitro: person, chattel, or dolphin? in *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Human Life*, (Oxford University Press 2012).

122. Keown John, *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Human Life* (Oxford University Press 2012).
123. Keown John, The scope of the offense of child destruction in *The Law and Ethics of Medicine: Essays on the Inviolability of Human Life* (Oxford University Press 2012).
124. Keyserlingk EW, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care* (Quebec Research Centre of Private and Comparative Law, 1984).
125. Khushf Gorge, The sanctity of life: a literature review, in: *Sanctity of life and human dignity* (ed), Bayertz Kurt (Dordrecht, Boston, London 1996), 293–310.
126. Koch Christof, *Consciousness: Confessions of a romantic reductionist* (Cambridge, MA: MIT Press 2012).
127. Kuhse Helga, *The sanctity-of-life Doctrine in Medicine. A critique.* (Clarendon, University of Oxford 1987).
128. Kurjak Asim. Zmijanac, J. *Etika prenatalne dijagnostike i terapije*, (Zagreb 1990), 28.
129. Lazarević Ljubiša *Krivično pravo – posebni deo*, (Beograd 1983).
130. Locke John, *Essay Concerning Human Understanding*, Book II, chapter XXVII Of Identity and Diversity 62.
131. MacDonald Peck Susan, *Professional Academic Writing in the Humanities and Social Sciences*, (Edwardsville: Southern Illinois University Press 1994).
132. Maine Sir Henry, *Ancient Law* (London: Oxford University Press 1931 [1861]).
133. Malenica Antun, *Izvori Rimskog prava*, (Naučna knjiga Beograd, Beograd 1993).
134. Malenica Antun, *Rimsko pravo* ( Novi Sad 1995).
135. Manai-Wehrli Dominique, *Les droits du patient face à la biomedicine*, (Berne: Stämpfli 2006).
136. Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (Kehl am Rhein: Engel 2005).
137. Marco Stier and Bettina Schoene-Seifert *The Argument from Potentiality in the Embryo Protection Debate: Finally 'Depotentialized'?* Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster 2012/40.
138. Marie-Thérèse Meulders-Klein, *Biomedicine, the Family and Human Rights* (eds) Vlaardingerbroek Paul and Deech Ruth (Hague: Kluwer Law International).
139. Mark C. Baker and Stewart Goetz, *The soul hypothesis: Investigations into the existence of the soul* (New York: Continuum 2011).
140. Malenica Antun, *Rimsko pravo* ( Novi Sad 1995)
141. McMahan Jeff , *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life* (Oxford: Oxford University Press, 2002).
142. Mojovic Nikola, *Istorija Rimskog prava*, (Univerzitet u Banjoj Luci, Pravni fakultet: 2008).
143. Moller, R. 'The Right to Life between Absolute and Proportional Protection', LSE Law, *Society and Economy Working Papers* 13/2010, February 2010 <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm>.
144. Morsink Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000).
145. Mrvić Petrović Nataša, *Krivično pravo*, (Beograd 2005).
146. Nickerson S. Raymond, Enhancing creativity, in: *Handbook of creativity* (ed.), Sternberg J. Robert, (New York: Cambridge University Press 1999).
147. Nietzsche Friedrich, *Beyond Good and Evil* (Chicago: Henry Regnery, 1935).
148. Nikolić, I. dr.Rančić, dr.Radenković, dr. Čaučković, dr. Todorović, dr. Mitić, *Embriologija čovjeka, Udžbenik i atlas*, prvo izdanje, (Medicinski fakultet Niš 2004).



149. Noonan John, An almost absolute value in history, in: *The Problem of Abortion*, (ed.), Feinberg Joel (Belmont: Wadsworth Publishing Company 1984).
150. Noonan T. John in *Contemporary Moral Problems*, (ed). White E. James (St. Paul, MN: West, 1997).
151. Ohlin Jens David, Attempt to Commit Genocide, in *The UN Genocide Convention: A Commentary* (ed.), Gaeta Paola (Oxford: Oxford University Press 2009).
152. Olson T .Eric, *The Human Animal: Personal Identity without Psychology* (New York: Oxford University Press, 1997).
153. Палевић Милан, Кривично дело геноцида у међународном праву. *Докторска дисертација брањена 2007* на Правном факултету Универзитета у Београду.
154. Parfit Derek, *On What Matters* (Oxford: Oxford University Press, 2011).
155. Parfit Derek, *Reasons and Persons* (Oxford: Clarendon Press 1984).
156. Peck Thurston Harry, *Dictionary of Classical Antiquities*. (Harper and Brothers, New York 1898).
157. Perring Charles, Degrees of Personhood, *The Journal of Medicine and Philosophy* (1997): 22.
158. Petersen Peter, *Schwangerschaftsabbruch – unser Bewusstsein vom Tod im Leben*, (Stuttgart:Urachhaus 1986).
159. Pisani Nicola, *The Mental Element in International Crime in: Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court* (eds), Lattanzi Flavia and Schabas William (il Serente Editrice: Aquila, 2004).
160. Plumwood Val, *Feminism and the Mastery of Nature* (London: Routledge, 1993).
161. Ponjavić Zoran, *Prekid trudnoće - pravni aspekti* (Kragujevac 1997).
162. Puhan Ivo, *Rimsko pravo* (Naučna knjiga, Beograd 1977).
163. Rachel M. MacNair, *The Psychology of Peace* (Praeger: Santa Barbara 2012).
164. Radulovic Špiro, *Popularni medicinski rečnik*, (Beograd 1996).
165. Ramcharan G. Bertrand, *The Right to life in international law*, (Hague Academy of International Law, Center for Studies and Research 1985).
166. Ramsey Paul, *Points in Deciding about Abortion*, in: *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives* (ed.), Noonan T. John, Jr. (Cambridge: Harvard University Press, 1970).
167. Rand Ayn, A last survey, *Ayn Rand Letter* (1975): 4(2).
168. Rastovčan Pavle, *Osnovna pravila privatnog prava zasnovana na Rimskom pravu*, (Tipografije, Zagreb 1930).
169. Rawls John, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971).
170. Raymond G. Frey, *Interests and Rights: The Case Against Animals*, (Oxford: The Clarendon Press 1980).
171. Regan Tom, *The case for animal rights* (University of California Press, Berkeley 1983).
172. Regan Tom, *The case for animal rights*, (Berkeley: University of California Press 1983).
173. René Descartes, *Meditations on First Philosophy*, an English translation Cress A. Donald (Indianapolis: Hackett Publishing Co., 1979).
174. Robert C. Koons, George Bealer, *The waning of materialism*, (Oxford: Oxford University Press 2010).
175. Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, (Cambridge University Press 2010).
176. Romac Ante, *Izvori Rimskog prava*, (Informator, Zagreb 1973),
177. Romac Ante, *Rječnik Rimskog prava*, (Informator, Zagreb 1975).

178. Romac Ante, *Ulpiani Regulae*, (Zagreb: Latina et Greaca 1987),
179. Romac Ante, *Rimsko pravo*, (Narodne novine, Zagreb 1987).
180. Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, (New Brunswick: Transaction Publishers 1999 [1963]).
181. Rosen Michael, *Dignity: Its History and Meaning* (Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press 2012).
182. Rosenthal DM, *Dualism*, (Routledge Encyclopedia Philosophy 1998).
183. Salihagić Kadić, A., Predojević, M., Fetal neurophysiology according to gestational age, *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*. (2012):17(5).
184. Šarkić Srđan, *Opšta istorija države i prava*, (Draganić, Beograd 1999).
185. Schabas A. William, *Genocide in International Law* (Cambridge University Press 2d ed. 2009).
186. Schabas A. William, The Law and Genocide, in *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (eds.), Bloxham Donald and Dirk A. Moses (2010).
187. Schopenhauer Arthur, *Studies in Pessimism: A Series of Essays* (St. Clair Shores, Mich.: Scholarly Press, 1970).
188. Schwarz Stephen, Personhood begins at conception, in *The abortion controversy 25 years after Roe v. Wade: A reader*, (ed), Pojman Louis and Francis J. Beckwith (Belmont, CA: Wadsworth 1998).
189. Schwarz Stephen, *The Moral Question of Abortion*, (Chicago: Loyola University Press 1990).
190. Schweitzer Albert, *Civilization and Ethics: The Philosophy of Civilization Part II* (London: A. & C. Black 1929).
191. Schweitzer Albert, *Out of My Life and Time: An Autobiography* (New York: Holt, Rinehart & Winston, 1933).
192. Searle R. John, *The Mystery of Consciousness* (London: Granta Books 1997), xii.
193. Shaw Martin, *What is Genocide?* (Polity Press, 2007), 102,3
194. Shoemaker Sydney, Personal Identity: A Materialist's Account, in *Personal Identity*, (ed.), Shoemaker Sydney and Richard Swinburne (Oxford: Blackwell 1984).
195. Singer Peter, *Animal Liberation: A New Ethics for Our Treatment of Animals*, (New York: HarperCollins 1975).
196. Singer Peter, *How are we to live? Ethics in an age of self-interest*, (Melbourne: Random House 1994).
197. Singer Peter, *Practical Ethics*, (Cambridge: Cambridge University Press 1993).
198. Singer Peter, *Rethinking Life and Death: The Collapse of Our Traditional Ethics* (Oxford: Oxford University Press 1995).
199. Solbakk, J.H. 2011. Vulnerability: A futile or useful principle in healthcare ethics? In *Sage handbook of health care ethics*, (ed). H. ten Have, R. Chadwick, and E. Meslin. Beverley Hills, CA: SAGE.
200. Spiegelberg, H. Human dignity: A challenge to contemporary philosophy. in *Human dignity. This century and the next*, (ed), R. Gotesky, and E. Laszlo. (New York: Gordon and Breach 1970).
201. Steinbock Bonnie, *Life before birth: The moral and legal status of embryos and fetuses*, (Oxford: Oxford University Press 2011).
202. Stojanović Zoran, Perić Obrad, *Krivično pravo – posebni deo*, IV dopunjeno izdanje, (Beograd 2000).
203. Strawson Peter Frederick, Persons, in: *Essays in Philosophical Psychology* (ed), Gustafson F. Donald (New York: Anchor Books 1964).

204. Sumner Wayne Leonard, *Abortion and moral theory*, (New Jersey: Princeton University Press 1983).
205. Thagard Paul, *The Brain and the Meaning of Life*. (Princeton: Princeton University Press 2010).
206. *The collected works of C. G. Jung* an English translation by R. F. C. Hull, *Mysterium coniunctionis*,: (Princeton: Princeton University Press 1963).
207. *The Roman antiquities of Dionysius of Halicarnassus*, with an English translation by Earnest Cary, Ph. D., on the basis of the version of Edward Spelman (Cambridge Harvard University Press 1937).
208. Thompson Michael, Apprehending human form, in: *Modern moral philosophy* (ed), Anthony O’Hear, , (Cambridge: Cambridge University Press 2004).
209. Tooley Michael, A defence of abortion and infanticide, in *The Problem of Abortion*, (ed.), Feinberg Joel (California: Wadsworth Publication Company 1973).
210. Tooley Michael, *Abortion and infanticide* (Oxford: Calderon Press 1983).
211. Uhlenbruck Lafus, *Handbuch des Arztrechts* (3 Auflage, München 2002).
212. Volpe J. Joseph, *Neurology of the Newborn*, 4th ed. (Philadelphia: Saunders, 2001).
213. Walter Kälin, Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (Oxford: Oxford University Press 2009).
214. Warren Anne Mary, Moral Status in: *Obligations to Persons and Other Living Things*, (Oxford: University Press 2000).
215. Warren Anne Mary, The Abortion Issue, in *Social and Personal Ethics*, (ed.), William H. Shaw Belmont, (CA: Wadsworth, 1996).
216. Warren Anne Mary, *The Nature of Woman* (Inverness, Calif: Edge press 1980).
217. Warren Anne Mary, The Rights of the Nonhuman World, in: *Environmental Philosophy: A Collection of Readings* (eds.), Robert Elliot and Arran Gare, (University Park: The Pennsylvania State University Press, 1983).
218. Watson Alan, *Roman Law & Compative Law* (University of Georgia Press 1991).
219. Weber Dieter, *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaft Schaden*, (Berlin 1988).
220. Wicks Elizabeth, *The right to Life and Conflicting Rights of the Other*, (Oxford: Oxford University Press 2010).
221. Williams Glanville, *Textbook of Criminal Law* (London: Steven & Sons 1978).
222. Yanagimachi Ryuzo, *Mammalian fertilization, The psychology of reproduction*, (New Yourk, 1988), 135.
223. Živojinović Dragica, *Pravni položaj nerođenog deteta* (Kragujevac: Inter Print 2009).
224. Zizioulas John, On being a person: Towards an ontology of personhood, in *Persons: Human and Divine* (eds.), Schwöbel Christoph and Gunton Colin (Edinburgh: T&T Clark 1991).
225. Etinski Rodoljub, *Međunarodno javno pravo* (Београд 2010).

#### Чланци

1. Abbate Cheryl, The Search for Liability in the Defensive Killing of Nonhuman Animals, *Social Theory and Practice*, (2015): 41(1).
2. Alexander Jessica, Why the United States should define illegal adoption practices as human trafficking, *Houston Journal of International Law* (2014): 36(3).
3. Amann Marie Diane, Group Mentality, Expressivism, and Genocide, *International Criminal Law Review*, (2002):2.

4. Ambos Kai, General principles of criminal law in the Rome Statute, *CLF* (1999): 10, 21.
5. Ambos Kai, What Does "Intent to Destroy" in Genocide Mean? *International Review of the Red Cross* (2009).
6. Ambrus Monika, Genocide and Discrimination: Lessons to Be Learnt from Discrimination Law, *Leiden Journal of International Law* (2012).
7. Anand KJS. Fetal Pain? Pain: *Clinical Updates*. 14:2 (2006).
8. Andorno Roberto, Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics, *Journal of Medicine and Philosophy*, (2009): 34.
9. Andrea C. Palk, The implausibility of appeals to human dignity: an investigation into the efficacy of notions of human dignity in the transhumanism debate, *South African Journal of Philosophy*, (2015):34(1).
10. Arnold Roberta, The "Mens Rea" of Genocide under the Statute of the ICC, *Criminal Law Forum* (2003):14.
11. Asch Adrienne, Disability Equality and Prenatal Testing: Contradictory or Compatible? *Florida State University Law Review* (2003): 30(2).
12. Augustine, *Of the Work of Monks* (Grand Rapids, Mich.: Eerdmans, 1956), 40;
13. Aurora Plomer, Foetus right to life, The case *Vo v France*, *Human Rights Law Review*, (2005):5(2).
14. Aydin Devrim, The Interpretation of Genocidal Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts, *The Journal of Criminal Law* (2014):78.
15. Badar Elewa Mohamed, Mens rea – Mistake of law & mistake of fact in German criminal law: A survey for international criminal tribunals’, *International Criminal Law Review* (2005): 5, 222.
16. Baisley Elizabeth, Status-Differentiated Rights, *Journal of Human Rights*, (2012): 11, 365–383.
17. Baker Rudder Lynne, “What Am I?” *Philosophy and Phenomenological Research* (1999): 59.
18. Baker Rudder Lynne, Big-Tent Metaphysics *Abstracta Special Issue* (2008), I.
19. Baranzke Heike, Sanctity-of-Life - A Bioethical Principle for a Right to Life? *Ethic Theory Moral Prac* (2012): 15, 295–308. DOI 10.1007/s10677-012-9369-0
20. Barnaby Nelson and David Rawlings, Its Own Reward: A Phenomenological Study of Artistic Creativity, *Journal of Phenomenological Psychology* 38 (2007).
21. Barsalou W. Lawrence, Kyle Simmons William., Barbey K. Aron and Wilson, Christine, Grounding conceptual knowledge in modality-specific systems, *Trends in Cognitive Science*, (2003): 7.
22. Beauchamp L. Tom, The Failure of Theories of Personhood, *Kennedy Institute of Ethics Journal* (1999): 9(4).
23. Bellieni Valerio Carlo and Buonocore Giuseppe, Is fetal pain a real evidence? *The Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine*, (2012): 25(8).
24. Bert Gordijn, The Troublesome Concept of the Person, *Theoretical Medicine and Bioethics* (1999):20.
25. Bettwy Shea David, The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is The Scope of Protection Expanding under Customary International Law, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2011).
26. Bhargava Shalini, Challenging Punishment and Privatization: A Response to the Conviction of Regina McKnight, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (2004): 39.

27. Biondi Stefano, Commentary: Access to medical-assisted reproduction and PGD in Italian Law: A deadly blow to an illiberal statute? *Medical Law Review*(2013): 21.
28. Bojan Milisavljevic, Bomana Cuckovic, Case-Law of the European Court of Human Rights relating to Trafficking in Human Beings, ( ISBN 978-86-7020-320-4, ISBN 978-86-7020-190-3; UDC: 347.951:341.645(4) 343.431) *Academy of criminalistic and police studies*, Belgrade 2015.
29. Bole Thomas, The person in secular and in Orthodox-Catholic bioethics, *Christian Bioethics* (2000): 6(1).
30. Bonnie Steinbock, Speciesism and the Idea of Equality, *Philosophy* (1978): 53.
31. Bortolotti Lisa, Disputes over Moral Status: Philosophy and Science in the Future of Bioethics, *Health Care Anal* (2007): 15,153–158 DOI 10.1007/s10728-006-0031-7
32. Bradbury George, Comparing German and English law on non-consensual sterilisation: A difference in approach, *Medical Law Review*(1997): 5.
33. Bradshaw Slade, The effects of induced abortion on emotional experiences and relationships: A critical review of the literature, *Clinical Psychology Review* (2003): 23.
34. Brind Joel, Abortion and Breast Cancer: Recent Evidence Confirms a Robust Link, *Issues in Law & Medicine*, (2015): 30(2).
35. Brownsword Roger, Regulating human genetics: New dilemmas for a new millennium, *Medical Law Review*(2004):12.
36. Brusseau Ronald, Developmental Perspectives: is the Fetus Conscious? *International Anesthesiology Clinics*. (2008): 46(3).
37. Bykvist Kristen, The Benefits of Coming into Existence, *Philosophical Studies* (2007), 135:335–362, DOI 10.1007/s11098-005-3982-x
38. Campbell Mark, Conscientious Objection and the Council of Europe: The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care, *Medical Law Review*(2011):19.
39. Casas Lidia, Invoking Conscientious Objection in Reproductive Health Care: Evolving Issues in Peru, Mexico and Chile, *Reproductive Health Matters* (2009): 17(34).
40. Caulfield Timothy and Chapman Audrey, Human Dignity as a Criterion for Science Policy, *PLOS Medicine* (2005): 2.
41. Cave Emma and Wallbank Julie, ‘Minors’ capacity to refuse treatment: A reply to Gilmore and Herring, *Medical Law Review*(2012): 20.
42. Chalmers DJ. The puzzle of conscious experience. The Hidden Mind. *Scientific American* (2002).
43. Chapman Audrey, Human Dignity, Bioethics, and Human Rights (2011):3, *Amsterdam Law Forum*.
44. Charlesworth Hilary, Feminist Ambivalence about International Law, *International Legal Theory* (2005):11.
45. Charo R. Alta, Health Care Provider Refusals to Treat, Prescribe, Refer or Inform: Professionalism and Conscience, *Advance* (2007).
46. Christina M. Cerna, The Inter-American System for the Protection of Human Rights, *Florida Journal of International Law* (2004).
47. Christina Zampas and Jaime M. Gher, Abortion as a Human Right International and Regional Standards, *Human Rights Law Review* (2008): 8(2).
48. Christophe le Mouel, Self and the Paradox of Free Will, *Psychological Perspectives*, (2014):57.
49. Clark S. Roger, Elements of Crimes in Early Decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court, *New Zealand Yearbook of International Law* (2009): 6, 214.

50. Claus KREß, The Crime of Genocide under International Law, *International Criminal Law Review* (2006): 6.
51. Concepcion Parassram Natasha, The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights, *American University International Law Review*. (2001): 16.
52. Conee Earl, Metaphysics and the morality of abortion, *Mind, New Science* (1999): 108.
53. Cook J. Rebecca, Reproductive Health Law: Where Next, After Cairo and Beijing? (1997):16.
54. Cook J. Rebecca, State Responsibility for Violations of Women's Human Rights, *Harvard Law School Human Rights Journal*, (1994): 1.
55. Crosby F. John, Person and consciousness, *Christian Bioethics* (2000): 6(1).
56. Cushing Simon, Against "Humanism": Speciesism, Personhood, and Preference, *Journal of Social Philosophy*, (2003); 34.
57. D'alton-Harrison Rita, Mater Semper Incertus est: Who's Your Mummy? *Medical Law Review*(2014), 0: 0.
58. Dakić, Dragan. Introduction into principles of unborn life protection under the European Convention on Human Rights. UDC 341 231 14:347.158 at: KOLARIĆ, Dragana (ed.), et al. *Archibald Reiss Days: International Scientific Conference, Belgrade, 3-4 March 2014: Thematic Conference Proceedings of International Significance. Vol. 3*. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies; Bonn: German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ), 2014, vol. III, pp. 343-352.
59. Dakić, Dragan, Kleimenov, Ivan. International law requirements in regard criminal legislation following to the developments in the biomedicine. UDC 341.4:[57+61] at: KOLARIĆ, Dragana (ed.). *Archibald Reiss Days: International Scientific Conference, Belgrade, 3-4 March 2015, Thematic Conference Proceedings of International Significance. Vol. 2*. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies; 2015, pp 125-133. ISBN 978-86-7020-320-4.
60. Dakić, Dragan. Requirements of inform consent in reproductive sphere under the European Convention on Human Rights. *Ave Maria International Law Journal* 2015, year: 5, No. 4, 1 Open access: <http://ilj.avemarialaw.edu/>
61. David Shea Bettwy, The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is The Scope of Protection Expanding under Customary International Law, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2011).
62. De Buck F, Deprest J, Van de Velde M. Anaesthesia for fetal surgery. *Current Opinion in Anaesthesiology* (2008):21.
63. DeBonis R. Scott, Comment, The Fetal-Maternal Conflict: Judicial Resolution Based Upon Constitutional Rights, *Ohio Northern University Law Review* (1995): 22.
64. Deech Ruth, Infertility and Ethics, (1997) *C.F.L.Q.*
65. DeGrazia David, Are we essentially persons? Olson, Baker, a reply, *The Philosophical Forum* (2002): XXXIII (1).
66. DeGrazia David, Identity, Killing, and the Boundaries of Our Existence, *Philosophy & Public Affairs* (2003): 31(4).
67. DeGrazia David, Moral Status as a Matter of Degree? *The Southern Journal of Philosophy* (2008): XLVI.
68. DeGrazia David, Moral Status, Human Identity, and Early Embryos: A Critique of the President's Approach, Symposium: Defining the beginning and the end of human life, *Journal of Law, Medicine & Ethics* (2006).

69. DeGrazia David, Persons, Organisms, and Death: A Philosophical Critique of the Higher-Brain Approach, *Southern Journal of Philosophy* (1999): 37.
70. Del Mar Maksymilian, Legal fictions and legal change, *International Journal of Law in Context*, (2013): 9(4).
71. Demos Raphael, Legal Fictions, *International Journal of Ethics* (1923): 34.
72. Denker Hans-Werner, Potentiality of embryonic stem cells: an ethical problem even with alternative stem cell sources, *J Med Ethics*, (2006):32.
73. Dennett C. Daniel, I Could not have Done Otherwise-So What? *The Journal of Philosophy*, (1984): 81(10).
74. Dennett Daniel, The Part of Cognitive Science That Is Philosophy, *Topics in Cognitive Science* (2009): 1.
75. Devrim Aydin, The Interpretation Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts, *The Journal of Criminal Law* (2014): 78.
76. Diane Marie Amann, Group Mentality, Expressivism, and Genocide, *International Criminal Law Review* 2.
77. DiSilvestro Russell, Not every cell is sacred: A reply to Charo, *Bioethics* (2006): 20.
78. Dorscheidt Jozef, Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection, (2010): 17, *European Journal of Health Law*.
79. Downs M. Karen, Embryological Origins of the Human Individual, *Controversies in Science & Technology* (2008): 2.
80. Doyle L. Charlotte, Dimensions of the Creative Episode: Old Categories, New Perspectives, *Creativity Research Journal*, (2011), 23(1).
81. Dupré Catherine, Dignity, Democracy, Civilisation, *Liverpool Law Rev* (2012): 33.
82. Dworkin Ronald, Social Sciences and Constitutional Rights—The Consequences of Uncertainty, 6 *J.L. & EDUC.* 3 (1977).
83. Eberl T. Jason, Metaphysical and Moral Status of Cryopreserved Embryos, *The Linacre Quarterly*, (2012): 79(3).
84. Edelman Gerald, Consciousness: The remembered Present, *Annals of the New York Academy of Sciences* (2001).
85. Elizabeth Wicks, The Meaning of ‘Life’: Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review* (2012):12(2).
86. Encarnacion Erik, On Raphael Demos’s “Legal Fictions”, *Ethics* (2015): 125.
87. Enders Christoph, A right to have rights- the German Constitutional concept of human Dignity, *NUJS Law Review* (2010):3.
88. Erdman N. Joanna, Access to Information on Safe Abortion, *Harvard Journal of Law & Gender* (2011): 34.
89. Eser Albin, Reform of German Abortion Law: First Experiences, *The American Journal of Comparative Law*, (1986):34(2).
90. Eugene Mills, Early Abortion and Personal Ontology, *Acta Anal* (2013): 28. DOI 10.1007/s12136-012-0182-0.
91. Feinberg Joel, Voluntary euthanasia and the inalienable right to life, *Philosophy & Public Affairs* (1978):7.
92. Feldman David, Human Dignity as a Legal Value - Part I, *Public Law* (1999).
93. Feldman David, Human dignity as a legal value - Parts I and II [1999] *Public Law* 682-702 and [2000] *Public Law*.
94. Felice Petraglia, and Maurizio Bettini, Human Reproduction in Art: From Myths to History, 2010, *Reproductive Sciences* 17(8).

95. Finkelman Paul, The American Suppression of the African Slave Trade: Lessons on Legal Change, Social Policy, and Legislation, *AKRON L. REV.* (2009): 42.
96. Fischer Martin John, Abortion and Ownership, *Ethics* (2013): 17. DOI 10.1007/s10892-013-9152-z.
97. Fjellstrom Roger, Is Singer's Ethics Speciesist? *Environmental Values*, (2003): 12 (1).
98. Ford Mary, Evans v United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy? *Human Rights Law Review* (2008): 8(1).
99. Francione Gary, You hypocrites! *New Scientist* (2005).
100. Frankfurt G. Harry, Freedom of the Will and the Concept of a Person, *Journal of Philosophy* (1971).
101. Fuller L. Lon, *Legal Fictions*, Illinois Law Review (1930): 25.(Stanford University Press; New impression edition 1968).
102. Gaeta Paola, On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide? *The European Journal of International Law* (2007): 18(4).
103. Gewirth Alan, *Human rights: Essays on justification and applications* (Chicago: University of Chicago Press 1982).
104. Gingras JL, Mitchell EA, Grattan KE, Fetal homologue of infant crying, doi:10.1136/adc.2004.062257 .
105. Gomez-Lobo Alfonso, Does Respect for Embryos Entail Respect for Gametes? *Theoretical Medicine* (2004): 25.
106. Gómez-Lobo Alfonso, Does respect for embryos entail respect for gametes? *Theoretical Medicine and Bioethics* (2004): 25.
107. Greenfield M. Daniel, The Crime of Complicity in Genocide: How the International Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia got it wrong, and why it matters, *The Journal of Criminal Law & Criminology* (2008).
108. Greer Steven, Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gafgen Case, *Human Rights Law Review* (2011): 11.
109. Grey William, On Anthropomorphism and Deep Ecology, *Australasian Journal of Philosophy*, (1993): 71(4).
110. Grisez Germain, G., Toward a Consistent Natural-Law Ethics of Killing, *The American Journal of Jurisprudence* (1970):15.
111. Gupta R, Kilby M, Cooper G. Fetal surgery and anaesthetic implications. Continuing Education in Anaesthesia, *Critical Care & Pain*. (2008): 8(2).
112. Hallett Mark, Volitional control of movement: The physiology of free will, *Clinical Neurophysiology*, (2007): 118(6).
113. Halliday Samantha and Steinberg Lynn Deborah, The Regulated Gene: New Legal Dilemmas, *Medical Law Review* (2004):12.
114. Halliday Samantha, A comparative approach to the Regulation of Human Embryonic Stem Cell research in Europe, *Medical Law Review*, (2004):12.
115. Harmon Shawn, From conflicting narratives to legal conflicts: Patenting and irreconcilable differences on the idea of “biovalue” *Medical Law International*, (2013):12.
116. Hennette-Vauchez Stéphanie, Words count: How interest in Stem cells has made the embryo available—a look at the French law of bioethics, *Medical Law Review*, (2009):17.
117. Henricks Jennifer, What to Expect When You're Expecting: Fetal Protection Laws that Strip Away the Constitutional Rights of Pregnant Women, *Boston College Law School*, (215): 35.



118. Heywood Rob, Parents and medical professionals: Conflict, Cooperation, and best Interests, *Medical Law Review*(2012):20.
119. Hill Joseph, Maternal-Embryonic Cross Talk, *Annals of the New York Academy of Science* (2001).
120. Holtug Nils, Killing and the Time-relative Interest Account, *J Ethics* (2011): 15, 169–189, DOI 10.1007/s10892-010-9087-6.
121. Hug Walter, The history of comparative law, *Harvard Law Review*, [http://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books\\_3919\\_0.pdf](http://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_3919_0.pdf) March 2016.
122. Hunt John, Abortion and the Nuremberg Prosecutors, *a Deeper Analysis*, *St Joseph University, Philadelphia*, <http://www.uffl.org/vol%207/hunt7.pdf>, November 2013.
123. Jackson Emily, Abortion, Autonomy and Prenatal Diagnosis, *Soc Legal Stud* (2000):9
124. Jackson Emily, Degendering reproduction? *Medical Law Review*, (2008):16.
125. John Martin Fischer, Abortion and Ownership, *Ethics* (2013), 17:275–304 DOI 10.1007/s10892-013-9152-z 284, 285.
126. Jovanovic Miodrag, Are There Universal Collective Rights? *Hum Rights Rev* (2010): 11.
127. Jovanović Mila, *Komentari strog Rimskog ius civil – Kraljevski zakoni*, (Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nisu 2002).
128. Joyce E. Robert, Personhood and the conception event, *The New Scholasticism*, (1978):52(1).
129. Kadlac Adam, Humanizing Personhood, *Ethic Theory Moral Prac* (2010): 13.
130. Keown John and Beyond Bland: A Critique of the BMA Guidance on Withholding and Withdrawing Medical Treatment, *Legal Studies* (2000): 20.
131. Kersten Jens, Das Klonen von Menschen, *Jus Publicum* (2004).
132. Khosla Madhav, Proportionality: An assault on human rights? : A reply, *Intentional Journal of Constitutional Law*, (2010):8.
133. Kirsten J. Fisher, Purpose-based or knowledge-based intention for collective wrongdoing in international criminal law? *International Journal of Law in Context* (2014):10(2).
134. Knauer J. Nancy, Legal Fictions and Juristic Truth, *St. Thomas Law Review* (2010): 25.
135. Knoepffler Nikolaus and Martin O'Malley, Human dignity: Regulative principle and absolute value, *International Journal of Bioethics* (2010):21(3).
136. Kopel B. David, Gallant Paul, and Eisen D. Joanne, The Human Right of Self-Defence, *BYU Journal of Public Law* (2007): 22.
137. Kuhl Julius and Quirin Markus, Seven steps toward freedom and two ways to lose it. Overcoming limitations of intentionality through Self-confrontational coping with stress. *Social Psychology*, (2011): 42.
138. Lara D. Francisco, Should we Sacrifice Embryos to Cure People? *Human Affairs* (2012): 22, 623–635, Doi: 10.2478/s13374-012-0050-z.
139. Lawrence Torcello, A Precautionary Tale: Separating the Infant from the Fetus, *Res Publica* (2009), 15:17–31 DOI 10.1007/s11158-008-9060-4.
140. Lazdane Gunta, Abortion in Europe: Ten Years After Cairo, *Entre Nous: The European Magazine for Sexual and Reproductive Health* (2005):59.
141. Lee Patrick and George Robert, The first fourteen days of human life, *The New Atlantis* (2006):13.
142. Lee Patrick and George Robert, The Nature and Basis of Human Dignity, *Ratio Juris*. (2008): 21(2).

143. Lee Patrick, A Christian Philosopher's View of Recent Directions in the Abortion Debate, *Christian Bioethics*, (2004):10.
144. Levinson Sanford "Who counts?" "Sez who?", *Saint Louis University Law Journal* (2014): 58.
145. Lewis David Hywel, Collective Responsibility, *Philosophy* (1948): 23.
146. Liao S. Matthew, The Basis of Human Moral Status, *Journal of Moral Philosophy* (2010): 7.
147. Ligia M. De Jesus, Post Baby Boy v. United States Developments in the Inter-American System of Human Rights: Inconsistent Application of the American Convention's Protection of the Right to Life from Conception, *Law and the Business Review of the Americas*, (2011):17(3).
148. Ligia M. De Jesus, Revisiting Baby Boy v. United States: why the IACHR resolution did not effectively undermine the Inter-American system on human rights' protection of the right to life from conception, *Florida Journal of International Law* (2011).
149. Lind Craig, Evans v United Kingdom - judgments of Solomon: power, gender and procreation, *Child and Family Law Quarterly*, (2006): 18(4).
150. Lippman Matthew, The Convention on the Prevention and Punishment of Genocide: Fifty Years Later, *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1998): 15, 415, 422;
151. Lowery CL, Hardman MP, Manning N, Clancy B, Hall RW, Anand KJS. Neurodevelopmental Changes of Fetal Pain. *Seminars in Perinatology*. (2007): 31.
152. Luban David, Calling Genocide by Its Rightful Name: Lemkin's Word, Darfur and the UN Report, *Chicago Journal of International Law* (2006): 7(1).
153. Lugosi I. Charles, Respecting Human Life in 21<sup>st</sup> Century America: A Moral Perspective To Extend Civil Rights to the Unborn from Creation to Natural Death, *Issues in Law & Medicine*, (2005):20(3).
154. Lycan William, Giving dualism its due. *Australasian Journal of Philosophy*, (2009): 87(4).
155. Lynne Rudder Baker, "What Am I?" *Philosophy and Phenomenological Research* (1999):59.
156. Macklin Ruth, Dignity is a Useless Concept, *British Medical Journal* (2003).
157. Marco Stier and Bettina Schoene-Seifert *The Argument from Potentiality in the Embryo Protection Debate: Finally 'Depotentialized'?* Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster 2012/40.
158. Marquis Don, Why abortion is immoral, *The Journal of Philosophy* (1989): 86(4).
159. Mathew Lu, Embryology: Medieval and Modern, *The Human Life Review* (2014).
160. Mathew Lu, The Ontogenesis of the Human Person: A Neo-Aristotelian View," forthcoming in the University of St. Thomas *Journal of Law and Public Policy*.
161. Matthew C. Jordan, Bioethics and Human Dignity, *Journal of Medicine and Philosophy* (2010): 35.
162. Matthew S. Liao, The Genetic Account of Moral Status: A Defense, *Journal of Moral Philosophy* 9 (2012).
163. Mattson David and Clark Susan, Human dignity in concept and practice, *Policy Sciences* (2011): 44.
164. McBride Jeremy, Protecting Life: A Positive Obligation to Help, *European Law Review* (1999): 24.

165. McCandless Julie and Sheldon Sally, The Human Fertilisation and Embryology Act (2008), and the Tenacity of the Sexual Family Form, *The Modern Law Review*, (2010): 73(2).
166. McCrudden Christopher, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, *The European Journal of International Law* (2008): 19(4).
167. McGinn A.J. Thomas, The Social Policy of Emperor Constantine in Codex Theodosianus 4,6,3, *Legal History Review*, (1999): 67(1/2).
168. McGinn Colin, Can we solve the mind-body problem? *Mind* (1989): 98, 349-366.
169. McGregor, R, Sullivan-Bissett, E. `Better No Longer to Be` S. *Afr. J. Philos.* (2012):31(1).
170. McMahan Jeff, An Alternative to Brain Death, symposium: defining the beginning and the end of human life, *Journal of Law, Medicine & Ethics* (2006).
171. McMahan Jeff, Causing Disabled People to Exist and Causing People to Be Disabled, *Ethics* (2005): 116.
172. McMahan Jeff, Paradoxes of Abortion and Prenatal Injury, *Ethics* (2006).
173. McMahan Jeff, The Right to Chose Abortion, *Philosophy and Public Affairs* (1993).
174. Mellor DJ, Diesch TJ, Gunn AJ, Bennet L. The importance of 'awareness' for understanding fetal pain, *Brain Research Reviews*, (2005): 49.
175. Merker Bjorn, Consciousness without a cerebral cortex: A challenge for neuroscience and medicine, *Behavioral and Brain Sciences*, (2007): 30.
176. Metz, T. `Contemporary Anti-Natalism, Featuring Benatar's Better Never to Have Been` S. *Afr. J. Philos.* 2012, 31(1).
177. Michael Tooley, Abortion and infaticide, *Philosophy and Public Affairs*, (1972): 2(1).
178. Miller B. Richard, Killing, Self-Defense, and Bad Luck, *Journal of Religious Ethics* (2009): 37(1).
179. Mills Eugene, Interactionism and physicality. *Ratio*, (1997): 10(2).
180. Moller, R. 'The Right to Life between Absolute and Proportional Protection', LSE Law, *Society and Economy Working Papers* 13/2010, February 2010 <http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps1.htm>.
181. Montague Phillip, Stem Cell Research and the Problem of Embryonic Identity, *J Ethics* (2011), 15:307-319, DOI 10.1007/s10892-011-9107-1.
182. Morgan M. Lynn, The Potentiality Principle from Aristotle to Abortion, *Current Anthropology*, (2013):54.
183. Morris Anne and Saintier Severine, To Be or Not to Be: Is That The Question? Wrongful Life and Misconceptions' (2003): 11 *Medical Law Review*.
184. Morris Anne and Nott Sue, Rights and responsibilities: contested parenthood, *Journal of Social Welfare & Family Law* (2009): 31(1).
185. Morris Caroline, Evans v United Kingdom: Paradigms of Parenting, *The Modern Law Review* (2007): 70(6).
186. Mowbray Alastair, Institutional Developments and Recent Strasbourg Cases, *Human Rights Law Review* (2005): 5(1).
187. Mujović-Zorić Hajrija, Reproduktivna prava: Otvorena pitanja kasnog pobačaja (Reproductive rights: Opened questions in late termination of pregnancy), *Stanovništvo* 1/2009.
188. Muller Amrei, Remarks on the Venice Statement on the Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications (Article 15(1)(b) ICESCR), *Human Rights Law Review* (2010):10.

189. Myers LB, Bulich LA, Hess, P, Miller, NM. Fetal endoscopic surgery: indications and an a esthetic management. *Best Practice & Research Clinical Anaesthesiolog*, (2004): 18(2).
190. N. S. Thompson and G. Derr, On the Use of Mental Terms in Behavioral Ecology and Sociobiology, *Behavior and Philosophy*, Vol. 23/24, no. 1
191. Nataša Deretić, Kratak osvrt na rešavanje demografskih problema u rimskoj državi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2009.
192. Neal Mary, Not Gods But Animals: Human Dignity and Vulnerable Subjecthood, *Liverpool Law Rev* (2012): 33.
193. Neal Mary, Respect for human dignity as ‘substantive basic norm’ *International Journal of Law in Context*, (2014): 10(1).
194. Nordenfelt Lennart, The varieties of dignity, *Health Care Analysis* (2004): 12(2), 69–81.
195. O’Donovan, K. Taking a neutral stance on the legal protection of the fetus. *Medical Law Review*, (2006): 14(1).
196. Oakley Justin, 2010. Reproductive Cloning and Arguments from Potential. *Australasian Association of Bioethics & Health Law*. Available at: <http://aabhl.org/files/paperjustinoakley.pdf> March 2016.
197. Olson T .Eric, Was I Ever a Fetus? *Philosophy and Phenomenological Research* (1997): 57.
198. Palević, Milan, Dakić, Dragan. Perspektive zaštite prenatalnog života na Evropskom kontinentu = Perspectives of prenatal life protection at European continent. *Pravni život = Legal life*, ISSN 0350-0500, 2013, book: 564, No. 10, pp. 139-154 [COBISS.SR-ID 756484] .
199. Palk C. Andrea, The implausibility of appeals to human dignity: an investigation into the efficacy of notions of human dignity in the transhumanism debate, *South African Journal of Philosophy*, (2015):34(1).
200. Paltrow M. Lynn and Flavin Jeanne, Arrests and Forced Interventions on Pregnant US Women, *Journal of Health Politics, Policy and Law* (2013):28.
201. Parfit Derek, We Are Not Human Beings, *The Royal Institute of Philosophy* (2012).
202. Pati Roza, States’ positive obligations with respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights breaks new ground in Rantsev v. Cyprus and Russia, *Boston University International Law Journal* (2011): 29(79).
203. Patterson Sarah and Cottingham John, Descartes on Nature, *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary* (2013): lxxxvii.
204. Pattinson D. Shaun, The value of bodily material: Acquiring and allocating Human Gametes, *Medical Law Review*(2012):20.
205. Perovic Slobodan, at Final Document. General statements. Introductory Address. Messages. of the twenty sixth annual Conference of the Kopaonik School of Natural Law, *Pravni Zivot (Legal Life, Journal for legal practice and theory)*, Belgrade 2013.
206. Perring Charles, Degrees of Personhood, *The Journal of Medicine and Philosophy* (1997): 22.
207. Pickles Camilla, Personhood: Proving Significance of the Born a Live Rule with Reference to Medical Knowledge of Fetal Viability, *Stellenbosch Law Review* (2013).
208. Pillay Rani, The beginning of human personhood: is South African law outdated? *Stellenbosch Law Review = Stellenbosch Regstydskrif* (2010): 21.
209. Plomer Aurora, Foetus right to life, The case Vo v France, *Human Rights Law Review*, (2005): 5(2).

210. Prialux Nicolette, Testing the Margin of Appreciation: Therapeutic Abortion, Reproductive 'Rights' and the Intriguing Case of Tysi c v. Poland' *European Journal of Health Law* (2008): 15.
211. Puccetti Roland, Brain dissection and personal identity, *The British Journal for the Philosophy of Science*, (1973): 24(4).
212. Puppincck Gr gor, Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and the new Cultural Trend, *Ave Maria International Law Journal* (2015).
213. Puppnik Georg, Abortion and European Convention on Human Rights, *Irish Journal of Legal Studies* (2013): 2.
214. Quinn Warren, Abortion: Identity and Loss, *Philosophy and Public Affairs* (1984): 13.
215. R. Jo Kornegay, Hursthouse's Virtue Ethics and Abortion: Abortion Ethics without Metaphysics? *Ethic Theory Moral Prac* (2011), 14:51–71, DOI 10.1007/s10677-010-9230-2
216. R. Zachary, Ethical and social aspects of treatment of spina bifida, *Lancet*, (1968): 3.
217. Rand Ayn, A last survey, Ayn Rand *Letter* (1975): 4(2).
218. Relph Amanda, Personhood and the Fetus: Settling the Dispute, *Journal of Health Ethics* (2011):7 (2).
219. Rendtorff Dahl Jacob, Basic ethical principles in European bioethics and biolaw: Autonomy, dignity, integrity and vulnerability—towards a foundation of bioethics and biolaw, *Medicine, Health Care and Philosophy* (2002):5.
220. Rieke Van Der Graaf and Johannes JM Van Delden, Clarifying appeals to Dignity in Medical Ethics from an Historical Perspective, *Bioethics* (2009): 3.
221. Riley Stephen, Human dignity: Comparative and conceptual debates, *International Journal of Law in Context* (2010):6(2).
222. Roman Altshuler, The Value of Nonhuman Nature: A Constitutive View, *Ethic Theory Moral Prac* (2014): 17.
223. Rosamund Scott, Interpreting the Disability Ground of the Abortion Act, *Cambridge Law Journal*, (2005):64(2).
224. Rosamund Scott, Prenatal Screening, Autonomy and Reasons: the Relationship between the Law of Abortion and Wrongful birth, *Medical Law Review*, (2003):11.
225. Rosamund Scott, The English Fetus and the Right to Life, *European Journal of Health Law* (2004): 11.
226. Rosamund Scott, Williams Clare, Ehrich Kathryn and Farsides Bobbie, Donation of 'spare' fresh or frozen embryos to research: Who decides that an embryo is 'spare' and how can we enhance the quality and protect the validity of consent? *Medical Law Review*, DOI: 10.1093/medlaw/fws013.
227. Salihagi c Kadi c, A., Predojevi c, M., Fetal neurophysiology according to gestational age, *Seminars in Fetal & Neonatal Medicine*. (2012):17(5).
228. Samuels Alec, The Surrogate Child: Who is his or her Mother and Who is the Father?' (2000): 68 *Medico-Legal Journal*.
229. Sangiacomo Andrea and Forge De La Louis, Non-Transfer Argument' for occasionalism, *British Journal for the History of Philosophy*, (2014):22(1).
230. Sapontzis F. Steve, A Critique of Personhood, *Ethics*, (1981): 91.
231. Schaack Van Beth, The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot, *Yale Law Journal* (1997).
232. Schabas A. William, Darfur and the "Odious Scourge": The Commission of Inquiry's Findings on Genocide, *Leiden Journal of International Law*, (2005): 18.

233. Schulman Adam, Bioethics and the Question of Human Dignity, *University of Notre Dame Press* (2009).
234. Scott Rosamund, Prenatal Screening, Autonomy and Reasons: the Relationship between the Law of Abortion and Wrongful birth, *Medical Law Review*, (2003):11.
235. Scott Rosamund, Williams C, Ehrich K, Farsides B, Donation of 'spare' fresh or frozen embryos to research: Who decides that an embryo is 'spare' and how can we enhance the quality and protect the validity of consent?' *Medical Law Review*, (2012).
236. Sheelagh McGuinness, Law, Reproduction and Disability: Fatally 'Handicapped'? *Medical Law Review*, (2013): 21.
237. Sheldon Sally and Wilkinson Stephen, Termination of Pregnancy for Reason of Foetal Disability: Are There Grounds for a Special Exception at Law? *Medical Law Review*(2001): 9.
238. Sheldon Sally, Fragmenting Fatherhood: The Regulation of Reproductive Technologies, *The Modern Law Review* (2005): 68(4).
239. Sheldon Sally, Gender Equality and Reproductive Decision-Making, *Feminist Legal Studies* (2004): 12.
240. Shelton Dinah, Abortion and Right to Life in the Inter-American System: the Case of "Baby Boy", *Human Rights Law Journal* (1981): 2.
241. Shin H. Susan, Comparison of the Dispute Settlement Procedures of the World Trade Organization for Trade Disputes & the Inter-American System for Human Rights Violations, *New York International Law Review* (2003):16.
242. Singer Peter, Speciesism and Moral Status, *Journal compilation Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd*, (2009).
243. Smet Stijn, Conflicts between Absolute Rights: A Reply to Steven Greer, *Human Rights Law Review*, (2013):13.
244. Smith RP, Gitau R, Glover V, Fisk NM. Pain and stress in the human fetus. *European Journal of Obstetrics and Gynecology and Reproductive Biology*. 92 (2000).
245. Starck Christian, Embryonic Stem Cell Research according to German and European Law, (2006): 7 *German Law Journal*.
246. Starck Christian, Embryonic Stem Cell Research according to German and European Law, (2006): 7 *German Law Journal*.
247. Staunton Ciara, *Brustle v Greenpeace*, embryonic stem cell research and the European court of justice's new found morality, Commentary, *Medical Law Review*(2013):21.
248. Stein Ashley Michael, Disability Human Rights, *California Law Review* (2007).
249. Stephen Donoghue and Claire-Michelle Smyth, Abortion for Foetal Abnormalities in Ireland; The Limited Scope of the Irish Government's Response to the A, B and C Judgment, *European Journal of Health Law* (2013): 20.
250. Stephen Gilmore and Jonathan Herring, "No" is the Hardest Word: Consent and Children's Autonomy, *Child and Family Law Quarterly* (2011):23.
251. Stuart T. Michael, Cognitive Science and Thought Experiments: A Refutation of Paul Thagard's Skepticism, *Perspectives on Science* (2014): 22(2).
252. Stuart WG Derbyshire, Fetal Pain: Do We Know Enough to Do the Right Thing? *Reproductive Health Matters* (2008):16.
253. Stuart WG Derbyshire, Foetal pain? *Best Practice & Research Clinical Obstetrics and Gynaecology* (2010): 24(5).
254. Stultiëns, Goffin, Borry, Dierickx, Nys, Minors and Informed Consent: A Comparative Approach, *European Journal of Health Law* (2007):14.

255. Suicides after pregnancy in Finland, 1987–94: register linkage study, *BMJ* 1996;313:1431 at <http://www.bmj.com/content/313/7070/1431>
256. Swinburne Richard, Substance dualism, *Faith and Philosophy*, (2009): 26(5).
257. Tamara Hervey, Maddy Reeves and Hannah Rodgers, Ben Riding and Tom Roberts “Case C-303/06 Coleman v. Attridge Law and Steve Law Judgment of the ECJ 17 July 2008; Judgment of the Employment Tribunal, London, 30 September 2008” *Journal of Social Welfare & Family Law* (2009): 31(3).
258. Tarlacı Sultan, What Should a Consciousness Mind-Brain Theory be Like? *NeuroQuantology* (2013): 11.
259. Thompson Janna, A Refutation of Environmental Ethics, *Environmental Ethics* (1990): 12 (2).
260. Thomson J. Judith, A Defence of Abortion, *Philosophy and Public Affairs*, (1971): 1(1).
261. Tollefsen Christopher, Abortion and the Human Animal, *Christian Bioethics* (2004):10.
262. Tom L. Beauchamp, The Failure of Theories of Personhood, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 9.4 (1999).
263. Tsakyrakis Stavros, Proportionality: An assault on human rights? *Intentional Journal of Constitutional Law*, (2009):7.
264. Tuomala C. Jeffrey, Nuremberg and The Crime Of Abortion, *Faculty Publications and Presentations, Liberty University* (2011).
265. Vadim Rotenberg, The two high levels of self- identification in relationships to consciousness, social motives and Brain Laterality, *Activitas Nervosa Superior*, (2012): 54(3-4).
266. Van N. Viljoen, Plato and Aristotle on the Exposure of Infants at Athens, *Acta Classica*, (1959):58(2).
267. Van Scheltema PNA, Bakker S, Vandenbussche FPHA, Oepkes, D. Fetal Pain. *Fetal and Maternal Medicine Review*. 19:4 (2008).
268. Vanhalto S, van Nieuwenhuizen O. Fetal Pain? *Brain & Development*. 22 (2000).
269. Varju Marton and Sándor Judit, Patenting stem cells in Europe: The challenge of multiplicity in European Union Law, *Common Marker Law Review* (2012):64.
270. Vasilyev Vadim, The hard problem of consciousness’ and two arguments for interactionism, *Faith and Philosophy*, (2009):26(5).
271. Verdirame Guglielmo, The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals, *International and Comparative Law Quarterly* (2000):49.
272. Verhagen Eduard and Sauer J.J. Pieter, The Groningen protocol d euthanasia in severely Ill newborns, *The New England Journal of Medicine* (2005).
273. Verhagen, & Sauer, The groningen protocol d euthanasia in severely Ill newborns, *The New England Journal of Medicine* (2005).
274. Wakley Gill, Legal interpretation of the Abortion Act 1967: The role of nurses in surgical induced abortion, *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, (2007):33(2).
275. Warren Anne Mary, On the moral and legal status of abortion, *Monist* (1973).
276. Warren Anne Mary, The Moral Significance of Birth, *Hypatia* (1989): 4.
277. Watson Katie, Abortion Bans Premised on Fetal Pain Capacity, *Hastings Center Report* 2012.
278. Weingarten A . Michael, On the sanctity of life, *Br J Gen Pract.* (2007): 57(537).
279. Wergin Kendra, Problematic Precedents: The Conflicting Legacies in the Genocide Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Virginia Journal of International Law* (2013): 54(2).

280. Whitfield Adrian, Common Law Duties to Unborn Children, *Medical Law Review*(1993): 1.
281. Wicks Elizabeth, A, B, C v Ireland: Abortion Law under the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Review* (2011): 5(2).
282. Wicks Elizabeth, The Meaning of ‘Life’: Life in International Human Rights Treaties, *Human Rights Law Review* (2012): 12(2).
283. Wicks Elizabeth, The right to refuse treatment under the European Convention on Human Rights, *Medical Law Review*(2001): 9.
284. Wicks Elizabeth, Wyldes Michael, Kilby Mark, Late Termination of Pregnancy for Foetal Abnormality: Medical and Legal Perspectives, *Medical Law Review*, (2004): 12(3).
285. Young Rebecca, How Do We Know Them When We See Them? The Subjective Evolution in the Identification of Victim Groups for the Purpose of Genocide, *International Criminal Law Review* (2010):10.
286. Yusuf Aksar, The “victimized group” concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of ad hoc tribunals, *Journal of Genocide Research* (2003): 5(2).
287. Zanghellini Aleardo, Lesbian and Gay Parents and Reproductive Technologies: The 2008 Australian and UK Reforms, *Feminist Legal Studies* (2010):18.
288. Zimmerman Dean, From property dualism to substance dualism, *Aristotelian Society Supplementary Volume*, (2010): 84(1).
289. Žnidaršič Skubic Viktorija, The Issue of Consent in Biomedically Assisted Reproduction Procedures (The Case of Evans v United Kingdom), *Civil Medical Law* (2010/11).

#### Судска пракса

#### Европски суда за људска права

1. *A v United Kingdom*, Application No. 100/1997/884/1096 Merits, 23 September 1998
2. *A, B and C v Ireland*, Application No. 25579/05, Merits, 16 Децембар 2010.
3. *A.L. v Poland*, Application No. 28609/08, Merits, 18 February 2014.
4. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom*, 28 May 1985, Series A Application No. 94.
5. *Ahrens v Germany*, No. 45071/09, 22 March 2012.
6. *Airey v Ireland*, 9 October 1979, Series A Application No. 32.
7. *Akkoç v Turkey*, Application No. 22947/93, Merits, 10 October 2000.
8. *Aksoy v Turkey*, Application No. 21987/93, [1996] ECHR 68 pp No. 21987/93, Case No. 100/1995/606/694, ECHR 1996-VI, [1996] ECHR 68.
9. *Aksoy v Turkey*, Application No. 21987/93, [1996] ECHR 68 pp No. 21987/93, Case No. 100/1995/606/694, ECHR 1996-VI, [1996] ECHR 68;)
10. *Aliev v Ukraine*, Application No. 41220/98, Merits, 29 April 2003.
11. *Andrejeva v Latvia*, Application No. 55707/00, Merits, 18 February 2009.
12. *Andronicou and Constantinou v Cyprus*, Application Nos. 86/1996/705/897, Merits, 9 October 1997.
13. *Anguelova v Bulgaria*, Application No. 38361/97, Merits, 13 June 2002.
14. *Association X v United Kingdom*, Application No. 7154/75, Decision of 1979, *Decisions and Reports* 14.



15. *August v United Kingdom*, Application No. 36505/02, 21 January 2003.
16. *Aydin v Turkey*, 23178/94, Case No. 57/1996/676/866, ECHR 1997-VI, [1997] ECHR.
17. *Bensaid v United Kingdom*, Application No. 44599/98, ECHR 2001-I.
18. *Boso v Italy*, Application No. 50490/99, Merits, 5 September 2002.
19. *Brüggemann and Scheuten v Germany*, Application No. 6959/75, Commission's report of 12 July 1977, Decisions and Reports (DR), 10, 100.
20. *Calvelli i Ciglio v Italy*, Application No. 32967/96, Merits, 17 January 2002.
21. *Campbell and Cosans v United Kingdom*, A 48 (1982); 4 EHRR 293.
22. *Chahal v United Kingdom* 1996V; 23 EHRR 413.
23. *Christine Goodwin v United Kingdom* [GC], No. 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI;
24. *CN v United Kingdom* Application No. 4239/08 Merits, 31 February 2013.
25. *Codarcea v Romania*, Application No. 31675/04, Merits, 02 June 2009.
26. *Costa & Pavan v Italy*, Application No. 54270/10, Merits, 28 August 2012.
27. *Cruz Varas and others v Sweden*, Application No. 15576/89, Merits, 20 March 1991.
28. *Csoma v Roumania*, Application No. 8759/05, Merits, of 15 January 2013.
29. *Cyprus v Turkey*, Application No. 25781/94, Merits, 10 May 2001.
30. *D v United Kingdom*, Application No. 30240/96, Merits, 2 May 1997.
31. *Dickson v United Kingdom*, Application No. 44362/04, Merits, 4 Децембар 2007.
32. *Dudgeon v United Kingdom*, Merits, 22 October 1981, Series A No. 45.
33. *E.L.H. and B.H. v United Kingdom*, No. s. 32094/96 and 32568/96, Commission decision of 22 October 1997, DR 91-A, 61.
34. *Elci and Others v Turkey*, Application No. s. 23145/93 25091/94 Merits, 13 November 2003.
35. *Erikson v Italy*, Merits, Application No. 37900/97, Merits, 26 October 1999.
36. *Esmukhambetov and others v Russia*, Application No. 23445/03, Merits, 29 March 2011.
37. *Evans v United Kingdom*, Application No. 6339/05, Merits, 10 April 2007, 71-72.
38. *Frette v France*, No. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I;
39. *Glass v United Kingdom*, Application No. 61827/00 74-83, ECHR 2004-II para 74-83;
40. *Gongadze v Ukraine*, Application No. 34056/02, Merits, 9 November 2005.
41. *Gonzales, Attorney General v Carhart et al.* Application No. 05-380, 18 April 2007.
42. *Görgülü v Germany*, Application No. 74969/01, Merits, 26 February 2004.
43. *Herczegfalvy v. Austria* Application No. 10533/83, Merits, 24 September 1992.
44. *I.G. and others v Slovakia*, Application No. 15966/04 Merits, 13 November 2012.
45. *İlhan v Turkey* [GC], Application No. 22277/93, ECHR 2000-VII.
46. *Imakayeva v Russia*, Application No. 7615/02, Merits, 09. November 2006.
47. *Ipek v Turkey*, Application No. 25760/94, Merits, 17 February 2004.
48. *Ireland v United Kingdom*, Application No. 5310/71, Merits, 18 January 1978.
49. *Isayeva, Yusopova and Bazayeva v Russia* Applications Nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, Merits, 24 February 2005.
50. *İşiltan v Turkey*, Application No. 20948/92, Commission decision of 22 May 1995, DR 81-B.
51. *Jalloh v Germany* 2006-IX; 44 EHRR 667; *Keenan v United Kingdom* 2001-III.
52. *K.H. and others v Slovakia*, Application No. 32881/04, Merits, 28 April 2009.
53. *Kalashnikov v Russia*, Application No. 47095/99 Merits, 15 July 2002.
54. *Keegan v Ireland*, Merits, of 26 May 1994, Series A Application No. 290.
55. *Keenan v United Kingdom*, Application No. 27229/95, ECHR 2001-III.
56. *Kiliç v Turkey*, Application No. 22492/93, Merits, 28 March 2000.
57. *Knecht v Romania*, Application No. 10048/10, Merits, 02 October 2012.

58. *Knudsen v Norway*, Application No. 11045/84, Decisions on inadmissibility from 08 March 1985, 254 and 257.
59. *L.C.B. v United Kingdom*, Application Nos. 14/1997/798/1001, Merits, 9 June 1998, 1403;
60. *Labita v Italy*, Application No. 26772/95 Merits, 06 April 2000.
61. *Labzov v Russia*, Application No. 62208/00 Merits, 16 June 2005.
62. *Laskey, Jaggard and Brown v United Kingdom*, Merits, 19 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I.
63. *Mahmut Kaya v Turkey*, Application No. 22535/93, Merits, 28/03/2000.
64. *Makaratzis v Greece*, Application No. 50385/99, Merits, 20 Децембар 2004.
65. *Maria do Céu Silva Monteiro Martins Ribeiro v Portugal*. Application No. 16471/02, Merits, 26 October 2004.
66. *McCann and others v United Kingdom*, Application No. 18984/91, Merits, 27 September 1995.
67. *McGinley and Egan v United Kingdom*, 9 June 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III.
68. *Mizzi v Malta*, Application No. 26111/02, ECHR 2006-I.
69. *N.B. v Slovakia*, Application No. 29518/10, Merits, 12 June 2012.
70. *Nachova v Bulgaria* Application Nos 43577/98 and 43579/98, Merits, 6 Jul 2005.
71. *Netherlands v Greece*, Application No. .3344/67;
72. *Nitecki v Poland*, Application No. 65653/01, Merits, 21 March 2002.
73. *Norway v Greece*, Application No. .3322/67;
74. *Odièvre v France* Application No. 42326/98, Merits, 13 February 2003.
75. *Olsson v Sweden*, Application No. 10465/83 Merits, 24 March 1988.
76. *Oneryildiz v Turkey*, Application No. 48939/99, Merits, 30 November 2004.
77. *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*, Merits, 29 October 1992, Series A Application Nos. 14234/88; 14235/88.
78. *Orhan v Turkey*, Application No. 25656/94, Merits, 18 June 2002.
79. *Osman v the UK*, Application No. 23452/94 Merits, 18 October 1998.
80. *P and K.M. v. United Kingdom* [GC], no. 28945/95, para 70, ECHR 2001-V.
81. *P and S. v Poland*, Application No. 57375/08, Merits, 30 October 2012.
82. *Paton v United Kingdom* Application No. 8416/78, Decision of the Commission 1980.
83. *Paulík v Slovakia*, Application No. 10699/05, ECHR 2006-XI (extracts).
84. *Pentiacova and Others v Moldova*, Application No. 14462/03, Merits, 7 January 2003.
85. *Petrovic v Austria*, Application No. 20458/92, Merits, 27 March 1998.
86. *Phinikaridou v Cyprus*, Application No. 23890/02, Merits, 20 Децембар 2007 para 51.
87. *Powell v United Kingdom* Application No. 45305/99, ECHR 2000-V.
88. *Pretty v United Kingdom*, Application No. 2346/02, Merits, 20 April 2002.
89. *R. H. v Norway*, Application No. 17004/90, Declaration on inadmissibility 19 May 1992.
90. *R.R. v Poland*, Application No. 27617/04, Merits, 26 May 2011.
91. *Ramirez Sanchez, v France* Application No. 59450/00 Merits, 04 July 2006.
92. *Rantsev v Cyprus and Russia* Application No. 25965/04 Merits, from 7 January 2010.
93. *Rasmussen v. Denmark*, 28 November 1984, Series A no. 87.
94. *Rivas v France*, Application No. 59584/00, Merits, 1 July 2014.
95. *Roche v United Kingdom* [GC], Application No. 32555/96, at para 162, ECHR 2005-X
96. *Róžański v Poland*, Application No. 55339/00, Merits, 18 May 2006.
97. *S.A.S. v France*, Application No. 43835/11, Merits, 1 July 2014.
98. *S.H. and Others v. Austria*, Application No. 57813/00, Merits, 3 November 2011.

99. *Saadi v Italy*, Application No. 37201/06 Merits, 28 February 2008.
100. *Şahin v Germany*, 8 July 2003 Application No. 30943/96, ECHR 2003-VIII.
101. *Salman v Turkey*, Application No. 21986/93 Merits, 27 June 2000.
102. *Selmouni v France*, Application No. 25803/94, Merits, 28 July 1999.
103. *Sentges v Netherlands*, Application No. 27677/02, Merits, 8 July 2003;
104. *Siliadin v France*, Application No. 73316/01, Merits, 26 July 2005.
105. *Soering v United Kingdom*, Application No. 14038/88, Merits, 07 July 1989,
106. *Soering v United Kingdom*, Application No. 14038/88, Merits, 07 July 1989.
107. *Sommerfeld v. Germany* [GC], No. 31871/96, ECHR 2003-VIII.
108. *Sweden v Greece*, Application No. 3323/67;
109. *The Greek Case, (Denmark v Greece)*, Application No. .3321/67;
110. *Timurtas v Turkey*, Application No. 23531/94, Merits, 13. June 2000.
111. *Trocellier v France* (dec.), Application No. 75725/01, para 4, ECHR 2006-XIV.
112. *Tyrer v United Kingdom*, Application No. 5856/72, Merits, 25 April 1978.
113. *Tysiqc v Poland*, Application No. 5410/03 Merits, 20 March 2007.
114. *V C. v Slovakia*, Application No. 44912/98 Merits, 28 September 2004.
115. *V v United Kingdom* 1999-IX; 30 EHRR 121.
116. *Velikova v Bulgaria*, Application No. 41488/98, Merits, 18 May 2000.
117. *Vo v France* Application No. 17004/90, Merits, 8 July 2004.
118. *Widmer v Switzerland* Application No. 20527/92, Merits, 1993.
119. *Wulff v Denmark*, Application No. 35016/07, Merits, 9 March 2010.
120. *X and Y v the Netherlands*, 26 March 1985, at para 23, Series A Application No. 91.
121. *X v Denmark* Application No. 9974/8 2 (1983), 32 D.R. 282
122. *X. v Austria*, Application No. 7045/75, *Decisions and Reports* 7.
123. *X. Y. and Z. v United Kingdom*, Application No. 21830/93 Merits, 22 April 1997.
124. *Yasa v Turkey*, Application No. 63/1997/847/1054, Merits, 2 September 1998.
125. *Z. v United Kingdom*, Application No. 29392/95 Merits, 10 May 2001.

#### Судска пракса других судских тијела

1. *Airedale N.H.S. Trust v Bland* [1993] A.C. 789 House of Lords.
2. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, , International Court of Justice, 26 Feb. 2007 [www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf)
3. *Baby Boy v. United States, Case 2141, Inter-Am. C.H.R., Report No. 23/81*, марч. 6, 1981, *OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9, rev. 1*
4. *Baby Boy v. United States, Case 2141, Inter-Am. C.H.R., Report No. 23/81, Mar. 6, 1981, OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9, rev. 1*, at <http://www.cidh.org/annualrep/80.81eng/USA2141.htm>. October 2013.
5. Case C-303/06 *Coleman v Attridge Law and Steve Law* [2008] ECR I-5603.
6. Case C-34/10, 18 October 2011
7. Case of 19 *Tradesmen*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 109, 1 153
8. Case of *Baldeon-Garcia v. Peru*, Merits, Reparations, & Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 147, 1 83 (Apr. 6, 2006)
9. Case of *Baldeon-Garcia v. Peru*, Merits, Reparations, & Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 101, 1 82 (Apr. 6, 2006).
10. Case of *Montero-Aranguren (Detention Ctr. of Catia), v. Venezuela*, Preliminary Objection, Merits, Reparations, & Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 150, 1 63

- (July 5, 2006);
11. Case of the “Street Children” (Villagran-Morales), Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 63, 1 144 (Nov. 19, 1999);
  12. Case of the Pueblo Bello Massacre v. Colombia, Merits, Reparations, & Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 140, 1 120 (Jan. 31, 2006);
  13. Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Merits, Reparations, & Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C), No. 146, 1 150 (Mar. 29, 2006);
  14. *Davis v Davis* 842 SW 2d 588 (1992).
  15. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), para 192.
  16. *Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze (Appellants), v. Prosecutor (Respondent)*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 November 2007.
  17. German Federal Constitutional Court, February 25, 1975 (BVerfGE 39, 1). German Federal Constitutional Court, February 5, 2004 (BVerfGE 109, 133, 181).
  18. German Federal Constitutional Court, January 16, 1957 (BVerfGE 6, 32, 36), and February 15, 2006 (BVerfGE 115, 118, 152).
  19. *Goibur u et al. v. Paraguay* Judgment of 22 September 2006 (*Merits, Reparations and Costs*), at [http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/GIUR-IA/Goiburu.pdf](http://www.giurcost.org/casi_scelti/GIUR-IA/Goiburu.pdf) October 2013.
  20. *Gretel Artavia Murillo et al. (“In Vitro Fertilization”), v. Costa Rica*, Judgment (*Preliminary objections, merits, reparations and costs*), 28 November 2012.
  21. Human Rights Committee, Concluding Observations on Chile, 65th session, UN Doc CCPR/C/79/Add.104 ( March 30 1999), [15];
  22. Human Rights Committee, Concluding Observations on Colombia, UN Doc CCPR/C/79/Add.76 (May 5 1997), [24];
  23. Human Rights Committee, Concluding Observations on Ecuador, 63rd session, UN Doc CCPR/C/79/Add.92 18 August 1998), [11];
  24. Human Rights Committee, Concluding Observations on Guatemala, 72nd session, UN Doc CCPR/CO/72/GTM (August 27 2001), [19];
  25. Human Rights Committee, Concluding Observations on Mali, 77th session, UN Doc CCPR/CO/77/MLI (April 16 2003), [14];
  26. Human Rights Committee, Concluding Observations on Peru, 70th session, UN Doc CCPR/CO/70/ PER (November15 2000), [20].
  27. *Jefferson v. Griffin Spalding Cnty. HospAuth.*, 274 S.E.2d 457, 461 (Ga. 1981), (upholding trial court’s decision to order a Caesarean section performed against the wishes of the mother);
  28. Judgment of 25 November 2006 (*Merits, Reparations and Costs*), at [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_ing.pdf) October 2013.
  29. Judgment of 26 March 2006 (*Merits, Reparations and Costs*), at [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf), October 2013, par 177.
  30. *M.R & Anor v An tArd Chlaraitheoir and Others* [2013] IEHC 91 para 98-107, available at [http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/sitio/docs\\_postulacion/517975e1008c1\\_gjo\\_Ireland\\_M.RvsChlaraitheoir\\_en.pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/sitio/docs_postulacion/517975e1008c1_gjo_Ireland_M.RvsChlaraitheoir_en.pdf).
  31. *Procureur c. Goran Jelisic (Décision orale)*, IT-95-10-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 18 October 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd55c0.html> [accessed 1 April 2016], para 81.
  32. *Re a Ward of Court* [1996] 2 IR 79.

33. *Re R (A Child)*, (*IVE: Paternity of Child*), [2003] EWCA 182 (D's appeal on the issue of paternity), In *Re D (A Child Appearing by Her Guardian ad Litem)*, (Respondent), [2005] UKHL 33 (D's appeal to the House of Lords on the Court of Appeal's ruling on Paternity).
34. *Re R (Contact: HFEA)*, *ibid*, *Re D (Contact: Human Fertilisation and Embryology Act 1990)*, [2001] 1 FLR 972 (B's appeal on the issue of contact);
35. *Re R (Contact: HFEA)*, *ibid*, *Re D (Contact: Human Fertilisation and Embryology Act 1990)*, [2001] 1 FLR 972 (B's appeal on the issue of contact); *Re R (A Child)*, (*IVE: Paternity of Child*), [2003] EWCA 182 (D's appeal on the issue of paternity), In *Re D (A Child Appearing by Her Guardian ad Litem)*, (Respondent), [2005] UKHL 33 (D's appeal to the House of Lords on the Court of Appeal's ruling on Paternity).
36. *RuSHA-Trial*, Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law, Volume 5,: [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_war\\_criminals\\_Vol-V.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war_criminals_Vol-V.pdf) , October 2013.
37. *Rv HFEA exp Blood* [1996] 13 WLR 1176 (HC), [1997] 2 All ER 687 (CA).
38. *State v. Greywind*, No. CR-92-447
39. *State v. McKnight* 2003
40. *State v. Pemberton*, No. 96-759
41. *The Procureur c. Goran Jelusic (Décision orale)*, IT-95-10-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 18 October 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd55c0.html> [accessed 1 April 2016].
42. *The Prosecutor v. Alfred Musema (Judgement and Sentence)*, ICTR-96-13-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 27 January 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5791a.html> [accessed 1 April 2016].
43. *The Prosecutor v. Blagojevic and Jokic (Judgment on Motions for Acquittal pursuant to Rule 98 Bis)*, IT-02-60-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 5 April 2004, available at: <http://www.refworld.org/docid/47fdfb302.html> [accessed 1 April 2016].
44. *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana (Trial Judgement)*, ICTR-95-1-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html> [accessed 1 April 2016] para. 91).
45. *The Prosecutor v. Dusko Tadic (Judgment on Allegations of Contempt Against Prior Counsel, Milan Vajin)*, IT-94-1-A-R77, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 31 January 2000, available at: <http://www.refworld.org/docid/40277bdc4.html> [accessed 1 April 2016], para. 269.
46. *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda (Judgement and Sentence)*, ICTR-96-3-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 6 Децембар 1999, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5880.html> [accessed 1 April 2016].
47. *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema (Trial Judgement)*, ICTR-95-1A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 June 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/48abd5170.html> [accessed 1 April 2016], para. 55.
48. *The Prosecutor v. Jean Kambanda (Judgement and Sentence)*, ICTR 97-23-S, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 4 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/3deba9124.html> [accessed 2 April 2016].
49. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40278fbb4.html> [accessed 1 April 2016] .

50. *The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli (Judgment and Sentence)*, ICTR-98-44A-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 Децембар 2003, available at: <http://www.refworld.org/docid/404466007.html> [accessed 1 April 2016] para. 803;
51. *The Prosecutor v. Karadžić and Mladić*, Case No. IT-95-18-I, Transcript of Hearing, Opening Statement of Eric Ostberg, Prosecutor of the ICTY at 25 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Jun. 27, 1996), ,
52. *The Prosecutor v. Kupreskic et al. (Appeal Judgement)*, IT-95-16-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 23 October 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/40276b7e7.html> [accessed 1 April 2016].
53. *The Prosecutor v. Radislav Krstic (Trial Judgement)*, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 2 August 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/414810d94.html> [accessed 1 April 2016].
54. *The Prosecutor v. Radoslav Brdjanin (Appeal Judgement)*, IT-99-36-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 April 2007, available at: <http://www.refworld.org/docid/48aae70a2.html> [accessed 1 April 2016].
55. *The Prosecutor v. Vujadin Popovic (Judgment)*, IT-05-88-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 June 2010, available at: <http://www.refworld.org/docid/4c1f69fe2.html> [accessed 1 April 2016].
56. *The RuSHA case, The POHL case*, Vol. 5, 95-112.
57. *William Andrews v. United States*, Извјештај број: 57/96, Case 11.139, *William Andrews, United States*, 6. децембар 1996. године страна 59 и 77, from: [http://www.cidh.org/annualrep/97eng/usa11139.htm#\\_ftn22](http://www.cidh.org/annualrep/97eng/usa11139.htm#_ftn22).
58. Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF) G 0002/06.

#### Конвенције, закони и други формални извори права

1. American Convention on Human Rights
2. Armenian Law No. 474 of 11 Децембар 2002 on Reproductive Health and Rights to Reproduction [Consolidation of 20.05.2011].
3. Assemblée République Française, Code de la santé publique [Public Health Code], [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=ED741182F75ACC70E37A5FC12AA0CF98.tpdjo02v\\_1?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20150115](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=ED741182F75ACC70E37A5FC12AA0CF98.tpdjo02v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20150115) March 2016.
4. Assemblée République Française, Loi No. 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse [Law No. 75-17 of January 17, 1975, Regarding Voluntary Interruption of Pregnancy], Journal Officiel de la République Française [J.O.] [Official Gazette of France] 18 January 1975.
5. British Parliamentary. (1929). *Infant Life Preservation Act*. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/19-20/34/section/1>
6. British Parliamentary. (1967). *Abortion Act*. Retrieved from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents>
7. British Parliamentary. (2008). *Human Fertilization and Embryology Act*. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>
8. Congress of the United States of America. (2002). *Born-Alive Infants Protection Act of 2002*. Retrieved from <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-107hr2175enr/pdf/BILLS-107hr2175enr.pdf>

9. Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation Official Journal L 303 , 02/12/2000 P. 0016 – 0022.
10. Council of Europe (1997). Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine
11. Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings
12. Council of Europe. (1979). *Recommendation 874 (1979) on European Charter on the rights of the Child*. Retrieved from <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta79/erec874.htm#1>
13. Council of Europe. (2011). *Resolution 1829 on prenatal sex selection*. <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/ERES1829.htm> March 2013.
14. Criminal Code of the Republic of Romania (2009, amended 2012), <http://legislationline.org/download/action/download/id/1695/file/c1cc95d23be999896581124f9dd8.htm/preview> (last visited Nov. 12, 2015).
15. Directive 2001/83/EC Of the European Parliament and of the Council (6 November 2001) on The Community Code Relating to Medicinal Products for Human use Official Journal L – 311, 28/11/2004.
16. Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, Official Journal of the European Union L 102/48
17. Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0044&from=EN> 11 April 2014.
18. General Comment No. 06: The right to life (art. 6), 30.04.1982, at <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/84ab9690ccd81fc7c12563ed0046fae3>, October 2013.
19. Geneva Convention (1949) <http://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-002-0173.pdf>, October 2013.
20. Geneva Protocol II (1977) to the Geneva Convention (1949) <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=DA40E6D88861483C12563CD0051E7F2>, October 2013.
21. German Criminal Code. (1998). *Federal Law Gazette*, (I, p. 945, p. 3322). Retrieved from <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#218>
22. German Law for Protecting Embryos. (1990). *Federal Law Gazette*, (BGBl. I S. 2746). Retrieved from <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>
23. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
24. Italy, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* [G. U.] [Official Gazette] No. 140 (22, May 1978) Legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1978-05-22;194> March 2016.
25. Italy, Norme per la tutela sociale della maternita' e sull'interruzione volontaria della gravidanza. (1978). *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, (No. 140, May 22, 1978). Retrieved from <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1978-05-22;194>.
26. N General Assembly, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 9 Децембар 1948, United Nations, Treaty Series, vol. 78, p. 277, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3ac0.html> [accessed 12 April 2016]

27. Netherlands, *Late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen* [*Late Abortion and Euthanasia in Newborns*].
28. Netherlands, The Embryos Act 2002 (*Wet houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embrio's: Embrowet* (2002)).
29. Optional Protocol to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings
30. Optional Protocol to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings
31. Parliament of Republic of Srpska (2008). *Official Gazette of Republic of Srpska No. 34/08*, Law about Conditions and Proceedings for Pregnancy Termination
32. Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland (1861). *Offences against the Person Act*. Retrieved from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/24-25/100/introduction/enacted>
33. Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland (1803). Lord Ellenborough's Act. Retrieved from [http://swarb.co.uk/acts/1803Lord\\_EllenboroughAct.htm](http://swarb.co.uk/acts/1803Lord_EllenboroughAct.htm)
34. Parliamentary Assembly, *Recommendation 874 (1979), on a European Charter on the Rights of the Child*, <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta79/erec874.htm#1>.
35. Polnad, Ustawa z Dnia 7 Stycznia 1993 of Planowaniu Rodziny, Ochronie Plodu Ludzkiego I Warunkah Dopuszczalnosci I Przerwywania Ciazu [Act on Family Planning, Protection of the Human Fetus, and Conditions for Pregnancy Termination] of Jan. 7, 1993, art. 4a1, Dziennik Ustaw (official gazette), 1993, No. 17, Item 78, <http://dziennikustaw.gov.pl/du/1993/s/17/78/1> (in Polish), March 2016.
36. Regulation (EC) 1394/2007 of the Parliament and the Council of 13 Nov. 2007 on advanced therapy medicinal products and amending Directive 2001/83/EC and Reg. (EC) No 726/2004, O.J. 2007, L 324/121.
37. Slovenian Parliament. (2000). *Official Gazette of the Republic of Slovenia no 70/00*. Law on Infertility Treatment and Bio-Medically Assisted Procreation.
38. Spanish Criminal Code. (1995). *Official State Gazette*, (No. 281 on 24th November 1995). The European Patent Convention. (1973).
39. The American Declaration of the Rights and Duties of Man
40. The Council of Europe Parliamentary Assembly (2010). Resolution 1763 (2010) The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care
41. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950).
42. The Statute was adopted on 17 July 1998 by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court. This version of the Statute incorporates changes made to it by the procès-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. The Statute entered into force on 1 July 2002.
43. Turkish Criminal Code. (1995). *Official Gazette*, (No. 25611 on 12.October .2004)
44. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, 11 August 2000, E/C.12/2000/4, available at: <http://www.refworld.org/docid/4538838d0.html> [accessed 12 April 2016]
45. UN General Assembly (10 Децембар 1948).The Universal Declaration of Human Right



46. UN General Assembly (13 Децембар 2006) Convention on the Rights of Persons with Disabilities
47. UN General Assembly (1979) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
48. UN General Assembly (20 November 1989) Convention on the Rights of the Child
49. UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 Децембар 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html> [accessed 13 April 2016]
50. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (1997) Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights
51. United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a10.html> [accessed 13 April 2016]
52. Правилник о категоријама отпада („Службени гласник Републике Српске“, број: 39/05)
53. Правилник о управљању медицинским отпадом („Службени гласник Републике Српске“, број: 90/06)