**Sveučilište u Zagrebu**

**Pravni fakultet**

Juraj Brozović i Vinko Galiot

**PRAVNI STATUS EMBRIJA I ISTRAŽIVANJE NA EMBRIONALNIM**

**MATIČNIM STANICAMA U VRTLOGU BIOTEHNOLOGIJE, BIOETIKE I PRAVA**

Zagreb, 2013.

Ovaj rad izrađen je na Katedri za Kazneno pravo pod vodstvom mr. sc. Sunčane Roksandić Vidličke i predan je na natječaj za dodjelu Rektorove nagrade u akademskoj godini 2012./2013.

**SADRŽAJ**

[1. Uvod 1](#_Toc355357946)

[2. Instrumenti ograničenja mogućnosti istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama – dva pristupa, jedan cilj 6](#_Toc355357947)

[3. Pravni status embrija 9](#_Toc355357948)

[3.1. Određenje problema 9](#_Toc355357949)

[3.2. Dva ustavna modela zaštite fetusa i embrija 10](#_Toc355357950)

[3.2.1. Sjedinjene Američke Države i ustavnost inkriminacije pobačaja 10](#_Toc355357951)

[3.2.2. Republika Irska i ustavnopravna zaštita nerođenog života 15](#_Toc355357952)

[3.3. Pravni status embrija u kontekstu *in vitro* fertilizacije 20](#_Toc355357953)

[3.3.1. Embrij: čovjek, stvar ili nešto između? 20](#_Toc355357954)

[3.3.1.1. Embrij kao živi čovjek i najbolji interes djeteta 21](#_Toc355357955)

[3.3.1.2. Embrij kao stvar 22](#_Toc355357956)

[3.3.1.3. Embrij kao interimna kategorija 24](#_Toc355357957)

[3.3.2. Determinante pravne sudbina embrija 25](#_Toc355357958)

[3.3.2.1. Prokreacijska autonomija kao determinanta pravne sudbine embrija 25](#_Toc355357959)

[3.3.2.2. Ugovor kao determinanta pravne sudbine embrija 27](#_Toc355357960)

[3.3.3. Interes embrija ili interes davatelja gameta? 30](#_Toc355357961)

[3.4. Zaključne napomene 31](#_Toc355357962)

[4. Europsko patentno pravo – je li Europski sud otišao predaleko? 34](#_Toc355357963)

[4.1. Postavljanje problema 34](#_Toc355357964)

[4.2. Određenje pojmova 36](#_Toc355357965)

[4.3. Isključujuća klauzula u praksi: prikaz najpoznatijih predmeta 38](#_Toc355357966)

[4.4. Opseg isključujuće klauzule 41](#_Toc355357967)

[4.4.1. Je li Sud bio ovlašten stvoriti vlastito shvaćanje morala i javnog poretka? 41](#_Toc355357968)

[4.4.2. Nacionalno ili nadnacionalno shvaćanje isključujuće klauzule? 42](#_Toc355357969)

[4.5. Sadržaj isključujuće klauzule 45](#_Toc355357970)

[5. Zaključak 49](#_Toc355357971)

[6. Zahvale 52](#_Toc355357972)

[7. Literatura 53](#_Toc355357973)

[7.1. Knjige i znanstveni radovi 53](#_Toc355357974)

[7.2. Općenormativni akti 60](#_Toc355357975)

[7.3. Odluke sudova i drugih tijela 62](#_Toc355357976)

[7.4. Internetski izvori 64](#_Toc355357977)

[8. Sažetak 65](#_Toc355357978)

[9. Summary 66](#_Toc355357979)

# 1. Uvod

Sue Freeman patila je od starosne degeneracije makule.[[1]](#footnote-2) Bilo je pitanje vremena kad će u potpunosti oslijepiti. Rizična odluka da se podvrgne netestiranoj terapiji ubrizgavanjem embrionalnih matičnih stanica u oko[[2]](#footnote-3) pokazala se kao prekretnica u njezinom životu. Pogoršanje vida je prestalo, a uskoro je uslijedilo i poboljšanje.[[3]](#footnote-4) Iako se rezultati terapije još preispituju, gđa Freeman ostaje veliko medicinsko dostignuće. Ona je samo jedan u nizu primjera pokušaja korištenja embrionalnih matičnih stanica u svrhu liječenja. Korištene su i za liječenje kralježnice[[4]](#footnote-5), a iskušavaju se i za liječenje raka, imunoloških bolesti, dijabetesa, Parkinsonove, Alzheimerove te drugih neurodegenerativnih bolesti.[[5]](#footnote-6)

Unatoč očiglednoj korisnosti za čovječanstvo, upotreba embrionalnih matičnih stanica predstavlja bioetički problem još od kada su prve embrionalne matične stanice ekstrahirane iz ljudskog embrija.[[6]](#footnote-7) Naime, takvo izlučenje pretpostavlja uništenje ljudskog embrija.[[7]](#footnote-8) Vrlo brzo po otkriću uslijedila je osuda religijskih zajednica.[[8]](#footnote-9) Naknadno su zabrinutost iskazali i stručni krugovi.[[9]](#footnote-10) S druge strane, nastala je sve veća potreba za istraživanjem takvih stanica[[10]](#footnote-11) jer se alternative nisu pokazale tako progresivnim i efikasnim sredstvima liječenja.[[11]](#footnote-12)

Američki sudovi su se sa izazovnim pitanjem istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama bavili 2011. godine u predmetu *Doe v. Obama*.[[12]](#footnote-13) Mary Scott Doe, ljudski je embrij krioprezerviran u tekućem dušiku.[[13]](#footnote-14) U tužbi je navedeno kako je „rođena“ u Sjedinjenim Američkim Državama, te u svoje ime i u ime ostalih smrznutih embrija u istom položaju podnosi udružnu tužbu protiv Baracka Huseina Obame, u svojstvu predsjednika Sjedinjenih Američkih Država,[[14]](#footnote-15) tvrdeći kako su Izvršnom naredbom br. 13505[[15]](#footnote-16) prekršena njezina Ustavom zajamčena prava.[[16]](#footnote-17) Uz Mary Doe, tužitelji su i Nacionalna organizacija za embrionalno pravo (*National Organization for Embryonic Law*) te četiri bračna para, budući „putativni posvojitelji smrznutih embrija“.[[17]](#footnote-18) Mary Doe traži donošenja deklaratorne presude kojom bi se utvrdilo da Izvršna naredba br. 13505, kojom je liberaliziran režim financiranja istraživanja nad embrijima, krši *Dicker-Wickerov* amandman i ustavna prava embrija – pravo na zakonit postupak (*due process*),[[18]](#footnote-19) jednaku zaštitu pred zakonom i slobodu od ropstva, zajamčene V., XIV. i XIII. amandmanom na Ustav SAD-a.[[19]](#footnote-20)

Iste godine, Europski sud odlučuje u predmetu *Brüstle v. Greenpeace*.[[20]](#footnote-21) Oliver Brüstle razvio je proces kojim se neurološka oštećenja liječe transplantacijom živčanih matičnih stanica (izvedenih iz embrionalnih matičnih stanica), za što mu je 1997. godine u Njemačkoj odobren patent. Po zahtjevu Greenpeacea, u prvom stupnju, sud je taj patent proglasio ništavim. Po žalbi, viši sud uputio je prethodno pitanje Europskom sudu kako bi protumačio njemačke propise[[21]](#footnote-22) u svjetlu Direktive 98/44/EC o pravnoj zaštiti biotehnoloških izuma (dalje: Biodirektiva)[[22]](#footnote-23) koju su ti zakoni provodili. Sud je zanimala definicija embrija koja je nedostajala u tekstu direktive te mogućnost patentiranja znanstvenih procesa koji podrazumijevaju uništenje ljudskog embrija.[[23]](#footnote-24) U tom predmetu, Europski je sud, za potrebe tumačenja Biodirektive, izrazio dva vrlo važna načela. Prema prvom, za potrebe patentnog postupka, dana je jedinstvena definicija embrija kao živog čovjeka od trenutka začeća, ali i prije njega ako se od takve stanice može razviti čovjek. Prema drugom, zabranio je patentiranje embrionalnih matičnih stanica jer je njihov nastanak uvjetovan uništenjem embrija što predstavlja komercijalno iskorištavanje embrija u smislu Biodirektive.

S obzirom da takva istraživanja zahtijevaju značajna novčana sredstva,[[24]](#footnote-25) istraživačima je potrebno dati određeni ekonomski poticaj. Taj motiv utjelovljen je s jedne strane u državnom financiranju istraživanja te s druge strane u patentnom pravu.[[25]](#footnote-26) Međutim, interese znanosti i ekonomske interese valjalo je uskladiti s interesima javnog morala. Države pronašle različite načine za pomirenje ovih dviju proturječnih tendencija.[[26]](#footnote-27) Nastala su tri sustava.

Prema prvom, karakterističnom za neke države južne i jugoistočne Azije,[[27]](#footnote-28) prevladava liberalno načelo prema kojem se medicinska istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama široko podupiru financijskim sredstvima i potiču kroz priznavanje biopatenata kao produkata takvih istraživanja.[[28]](#footnote-29) Neke države, poput Singapura, ulažu velika novčana sredstva u istraživanja takvog tipa.[[29]](#footnote-30) Singapur propisuje i pravilo da se za istraživanja mogu koristiti embriji do starosti četrnaest dana.[[30]](#footnote-31) *Ratio* iza takvog „dobnog“ ograničenja proizlazi činjenice da nakon tog trenutka raslojavaju tri sloja: ektoderm, mezoderm i endoderm. Ti slojevi kasnije će se razviti u različite tipove stanica.[[31]](#footnote-32)

Drugi pristup, karakterističan za SAD, podrazumijeva načelo da je patentibilno „baš sve pod suncem“ dokle god je novo, inovativno i rezultat ljudskog rada.[[32]](#footnote-33) Neke države propisale su pravilo o četrnaest dana, no nema takvog generalnog stava iskazanog na federalnoj razini.[[33]](#footnote-34) Mogućnost biopatentiranja uvjetovala je interes privatnih investitora. S druge strane, stav prema financiranju javnim sredstvima iz federalnih izvora bio uglavnom negativan.

Treći pristup, onaj Europske unije, koji je recentnu afirmaciju dobio i u predmetu *Brüstle v. Greenpeace*, najrestriktivniji je. Presuda u predmetu *Brüstle v. Greenpeace* polarizirala je stručnu, ali i opću javnost. S jedne strane, moralni zahtjevi pobornika spomenutih rješenja prilikom stvaranja Biodirektive u potpunosti su zadovoljeni, kao i ciljevi zaštite ljudskog dostojanstva, i to na najširi mogući način.[[34]](#footnote-35) S druge strane, takvo ekstenzivno tumačenje odredbi Biodirektive rezultiralo je u brojnim kritikama koje su isticale neusklađenost s temeljnim ciljevima direktive, ali i u upozoravanju na opasne posljedice koje takva odluka može imati na znanstveni i ekonomski razvoj EU te širi spektar pravnih područja.[[35]](#footnote-36)

S obzirom za važnost te presude za pravni sustav Republike Hrvatske[[36]](#footnote-37) u svjetlu njezina pristupanja Europskoj uniji,[[37]](#footnote-38) prednosti i nedostatke odluke u predmetu *Brüstle v. Greenpeace* valja pažljivo razmotriti. U ovome znanstveno-istraživačkom radu,[[38]](#footnote-39) zasebno će se istražiti odgovor na sljedeća tri, naizgled oprečna, ali ipak povezana, temeljna pitanja:

1. Na koji se način, unatoč nepostojanju izričite normativne zabrane, faktički onemogućuju istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama?

2. Koje je determinante za utvrđenje pravnog statusa embrija iznjedrila judikatura sudova Sjedinjenih Američkih Država, kao konkurentnog sustava onome Europske unije?

3. Je li Europski sud zabranivši patentiranje postupaka i rezultata istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama suviše ekstenzivno interpretirao postojeće zabrane propisane pravom Europske unije.

# 2. Instrumenti ograničenja mogućnosti istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama – dva pristupa, jedan cilj

Isključenje patentibilnosti postupaka dobivanja embrionalnih matičnih stanica koji podrazumijevaju uništenje embrija, kao i izuma do kojih bi se došlo korištenjem takvih stanica, koje dovodi nužno da ograničenja financiranja iz privatnih izvora, kao i zabrana javnog financiranja istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama instrumenti su kojima se indirektno onemogućuju ovakva istraživanja. Naime, i bez izričite normativne zabrane istraživanja *per se*, isključenje patentibilnosti i zabrana financiranja iz javnih izvora, koji sami za sebe svakako imaju restriktivni učinak, ukoliko koegzistiraju, sinergijski djeluju prohibitivno i dovode do *de facto* zabrane takvih istraživanja.[[39]](#footnote-40)

I dok su istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama na europskoj razini ograničena zabranom patentiranja propisanom Biodirektivom i potvrđenom presudom u predmetu *Brüstle v. Greenpeace*, u Sjedinjenim Američkim Državama restrikcije u tom pravcu postavljene su zabranom financiranja javnim sredstvima. Valja naglasiti kako se niti na američkom (barem ne federalnom)[[40]](#footnote-41) niti paneuropskom planu nije postavljalo pitanje dopustivosti samih istraživanja, odnosno legalnosti istih, već isključivo pitanje patentibilnosti i mogućnosti financiranja javnim sredstvima. Ipak, negativnim odgovorima na pitanje mogućnosti patentne zaštite i javnog financiranja takva istraživanja postaju faktički.

Američki model restrikcija prvenstveno se ostvario kroz zabranu financiranja istraživanja javnim sredstvima iz federalnih izvora. Prva važnija zabrana koja je išla za faktičkom opstrukcijom ovih istraživanjima bio je *Dickey-Wickerovim* amandmanom iz 1996., kojim je onemogućeno korištenje javnih fondova za stvaranje embrija u istraživačke svrhe, kao i istraživanja kojima bi embrij bio uništen, odbačen ili svjesno podvrgnut riziku da bude oštećen.[[41]](#footnote-42) Nadalje amandmanom je definiran ljudski embrij kao „svaki organizam koji nije zaštićen kao čovjek [...], nastao oplodnjom, partenogenezom, kloniranjem ili na bilo koji drugi način od jedne ili više ljudskih gameta (spermija ili jajnih stanica) ili ljudskih diploidnih stanica (stanica koje imaju dva seta kromosoma, kao što su somatske stanice).“[[42]](#footnote-43) Osim legislativne zabrane, uslijedila je i ona izvršne vlasti. Nastojeći balansirati potencijalnu korisnost istraživanja s moralnim i etičkim dvojbama koje ono izaziva, Bush je dozvolio javno financiranje isključivo istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama dobivenima iz već uništenih embrija, eksplicite zabranivši financiranje stvaranja embrija radi istraživanja.[[43]](#footnote-44) Izvršnom naredbom br. 13435 zabranjena su istraživanja na svim embrionalnim matičnim stanicama ekstrahiranim nakon 9. kolovoza 2001.[[44]](#footnote-45) Stavivši veto na prijedloge dvaju zakona kojima bi bio omogućen permisivniji pristup financiranju istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama,[[45]](#footnote-46) faktički je onemogućio daljnja istraživanja takvog tipa, što se protivilo stajalištu većine američke javnosti.[[46]](#footnote-47) Reformu u pogledu istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama predstavljala je Izvršna naredba predsjednika Obame br. 13505 kojom je izvan snage stavljena ranija Busheva prohibitvna naredba. Predsjednikova odluka dovela je nužno i do promjena Smjernica za istraživanja na ljudskim matičnim stanicama[[47]](#footnote-48) Nacionalni institut zdravlja (*National Institute of Health*), prema kojima istraživači mogu aplicirati za federalno financiranje istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama deriviranih iz viška embrija nastalih *in vitro* fertilizacijom doniranima od strane davatelja gameta u svrhe znanstvenog istraživanja.[[48]](#footnote-49)

Za model Europske unije inherentno je uvažavanje zahtjeva javnog morala, koji su značajnijoj su mjeri inkorporirani u pravnoobvezujuće akte. Europska patentna konvencija (dalje: EPC)[[49]](#footnote-50) kao temelj registracije patenata u EU inkorporirala je u svojim izmjenama odredbe o moralu izvorno proklamirane u Biodirektivi.[[50]](#footnote-51) Biodirektiva je izričito zabranila patentiranje postupaka koji su podrazumijevala uništenje embrija i rezultata takvih postupaka i bilo kakav drugi oblik eksploatacije ljudskih embrija.[[51]](#footnote-52) S druge strane, korištenje embrionalnih matičnih stanica nije *a limine* odbačeno. Financiranje istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama nije bilo poduprto na razini EU pa je takva novčana potpora prepuštena pojedinim državama članicama.[[52]](#footnote-53) Sama zabrana patentiranja procesa i produkata istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama, prema Biodirektivi, moguća je samo ako pojedine države članice smatraju određeni patent suprotnim javnom poretku te države.[[53]](#footnote-54) Zapravo, do izričite i nedvojbene zabrane patentiranja produkata i procesa vezanih uz embrionalne matične stanice na razini čitave Europske unije došlo je tek u predmetu spomenutom predmetu *Brüstle v. Greenpeace* čija se ispravnost ispituje u ovome radu.[[54]](#footnote-55)

# 3. Pravni status embrija

## 3.1. Određenje problema

Pitanje početka ljudskog života i pravnog statusa zametka središnja su bioetička i pravna pitanja koja proizlaze iz prakse istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama. Ipak, s istima su se i pravna dogmatika i judikatura suočili znatno ranije. Za bilo kakvu mogućnost razmatranja ovih pitanja u kontekstu istraživanja na embrionalnim matičnom stanicama, nužno je sveobuhvatno sagledati i ostale kontekste u kojima su se ista pojavljivala te se i danas pojavljuju – to su primarno kontekst pobačaja (*abortus provocatus*)[[55]](#footnote-56) i disponiranja viškom embrija nastalih *in vitro* fertilizacijom.

Imajući u vidu kako se pravni status određenog entiteta najbolje ogleda u pravnoj zaštiti koju mu pruža pravni poredak, ukazat ćemo, na primjeru Sjedinjenih Američkih Država i Republike Irske, na postojanje, odnosno nepostojanje ustavnopravne zaštite zametka. Osim same ustavne proklamacije pravnog statusa zametka, od iznimnog je značaja i pitanje ustavnosti kaznenih zakona koji inkrimiranjem prekida trudnoće štite potencijalni život. Riječ je o jednom o najkontroverznijih i najsloženijih pitanja s kojima se suočio (a i dalje suočava!) Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država, stoga ćemo mu posvetiti osobitu pažnju. Također, valja ispitati i kakve su implikacije europskih integracija na normativnu regulativu zaštite nerođenog života u Republici Irskoj, te može li se pitanje početka života smatrati, makar posredno, smatrati dijelom javnog poretka ili morala.

U nastavku rada, kako bismo došli do zaključka koje okolnosti determiniraju pravni status embrija, analizirat ćemo i judikaturu američkih sudova čiji je predmet bio disponiranje viškom embrija nastalih *in vitro* oplodnjom. Koneksitet *in vitro* fertilizacije i istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama, osim u pitanju pravnog statusa embrija koje se javlja u oba slučaja, valja naći i u tome što je od alternativa u pogledu raspolaganja krioprezerviranim embrijima i doniranje istih radi provođenja znanstvenih istraživanja nad njima.Jedna od alternativa u pogledu raspolaganja krioprezerviranim embrijima je i doniranje istih radi provođenja znanstvenih istraživanja nad njima.[[56]](#footnote-57) To je ujedno i glavni izvor pribavljanja embrija radi istraživanja, imajući u vidu kako preostale opcije – kloniranje ljudskog embrija radi korištenja u istraživačke svrhe, te stvaranje embrija *in vitro* oplodnjom isključivo u istraživačke svrhe – s bioetičkog aspekta znatno spornije, često i zabranjene, a i nepodobne za financiranje iz federalnih izvora.[[57]](#footnote-58)

Ipak, valja upozoriti na neprihvatljivost nekritičke supsumpcije slučajeva proizašlih iz konteksta istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama pod presedane koji se odnose na pravo na pobačaj ili raspolaganje viškom embrija. Iako je sudska praksa koja se bavila problematikom istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama zaista oskudna, nedopustivo je taj vakuum popunjavati predmetima u kojima su rješavana sasvim drukčija pravna, prvenstveno ustavnopravna, pitanja i u kojima je sud rješavao posve drugačije kolizije prava i interesa. Ipak, i sudskoj praksi, kako ćemo pokazati, nisu rijetkost nedopuštene analogije i „posuđivanja“ rješenja, mahom onih koje je iznjedrila sudska praksa u kontekstu pobačaja, radi njihove primjene u sasvim novom kontekstu.

## 3.2. Dva ustavna modela zaštite fetusa i embrija

### 3.2.1. Sjedinjene Američke Države i ustavnost inkriminacije pobačaja

Iako je pitanje početka ljudskog života prethodno pitanje u sporovima vođenim o, *inter alia* dopustivosti abortusa, disponiranja krioprezerviranim embrijima nastalim postupkom *in vitro* fertilizacije, te u novije doba, istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama, izražena je tendencija odlučivanja o meritumu bez eksplicitnog odgovara na isto. Očekivanja kako će Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država presjeći ovaj Gordijski čvor odgovarajući na pitanje kada počinje ljudski život presudom u predmetu *Roe v. Wade,*[[58]](#footnote-59)nisu ispunjena. Vrhovni sud je ustanovio: „Ne moramo odgovoriti na teško pitanje kada život počinje. Imajući u vidu kako su liječnici, filozofi i teolozi u nemogućnosti postići ikakav konsenzus, sudstvo, na ovoj razini ljudskog znanja, nije u poziciji spekulirati o odgovoru“.[[59]](#footnote-60) Ipak, kako je bioetičko pitanje početka ljudskog života, promatrano kroz prizmu prava, pitanje pravnog statusa embrija, odnosno fetusa, sud je, utvrdivši kako se nerođeno dijete u kontekstu XIV. amandmana na Ustav Sjedinjenih Američkih Država[[60]](#footnote-61) ne može smatrati osobom,[[61]](#footnote-62) zauzeo stajalište kako život ne počinje začećem. Svoju je nevoljkost pri određivanju početka života izrazio i u predmetu *Planned Parenthood v. Casey*[[62]](#footnote-63) utvrdivši kako je „u srcu slobode pravo definirati svoje vlastito poimanje egzistencije, smisla, svemira i misterija ljudskog života“.[[63]](#footnote-64)

Pravni status embrija, odnosno fetusa, u američkoj judikaturi i doktrini razmatrao se primarno u kontekstu postojanja prava ne prekid trudnoće, odnosno ustavnosti kaznenih zakona saveznih država kojima je bio inkriminiran prekid trudnoće. U predmetu *Roe*, jednome od najznačajnijih i najkontroverznijih u povijesti, kojim je potvrđeno da je Vrhovni sud SAD-a zaista „permanentna ustavna konvencija“,[[64]](#footnote-65) postavilo se pitanje ustavnosti odredbi *Texas Penal Code* kojima je bio inkriminiran pobačaj, osim onog izvršenog u cilju zaštite majčina života.[[65]](#footnote-66) Vrhovni sud je utvrdio kako su zakoni poput teksaškog protivni pravu na privatnost impliciranom u *Due Process Clause* sadržaneu XIV. amandmana na Ustav SAD-a, koja jamči zaštitu od nepoštenog ili arbitrarnog lišenja osobe njezina života, slobode ili vlasništva,[[66]](#footnote-67) te kao takvi neustavni.[[67]](#footnote-68) Iako Ustav ne jamči *expressis verbis* pravo na privatnost, Vrhovni je sud, prvi put u *ratio decidendi* presude u predmetu *Griswold v. Connceticut*,[[68]](#footnote-69) zaključio kako je pravo na privatnost[[69]](#footnote-70) u njemu implicite sadržano pravo.[[70]](#footnote-71) Vrhovni je sud potvrdio ovo stajalište u predmetu *Roe*. Utvrdivši kako je pravo na privatnost sadržano u *Due Process Clause* XIV. amandmana,[[71]](#footnote-72) Sud je ustanovio kako je ono „dovoljno široko da obuhvati odluku žene hoće li prekinuti trudnoću.“[[72]](#footnote-73)

Iako je Sud našao inkriminaciju pobačaja nedozvoljenim posezanjem savezne države u ustavom zajamčenu sferu slobode pojedinca, ipak je priznato kako pravo na privatnost nije apsolutne naravi.[[73]](#footnote-74) Kako je istaknuto i u predmetu *Griswold*, zadiranje savezne države u osobnu slobodu opravdano je isključivo ukoliko postoji imperativni državni interes,[[74]](#footnote-75) a zaštita potencijalnog života i zaštita zdravlja žene to svakako jesu.[[75]](#footnote-76) Postavilo se pitanje kada se to savezna država može pozvati na imperativni državni interes te na koji način može ostvariti isti. Kao kritičnu točku kada savezna država ima važan i legitiman interes zaštite potencijalnog života Vrhovni je sud uzeo *“viability“*, odnosno sposobnost ploda za život izvan majčine utrobe.[[76]](#footnote-77) Nakon što plod postane sposoban za život, interes države hijerarhijski je superordiniran ženinom pravu na privatnost – tada savezna država ima interes zaštititi fetalni život, a u ostvarenju tog interesa može ići toliko daleko da je ovlaštena zabraniti pobačaj nakon što fetus postane „viable“.[[77]](#footnote-78) Ipak, interes države ne može prevagnuti ukoliko je prekid trudnoće nužan radi zaštite života ili zdravlja majke.[[78]](#footnote-79)

Presudom je postavljen test za odmjeravanje interesa države u regulaciji pobačaja radi zaštite potencijalnog života i ženina prava na privatnost u reproduktivnoj sferi – ukoliko je plod sposoban za život izvan maternice, supremaciju svakako ima pravo na privatnost, dok nakon tog trenutka prevagu ima interes države da normativnom djelatnošću zaštiti potencijalni život. Iako XIV. amandman zabranjuje interferenciju vlasti u ženino ustavno pravo na privatnost, utvrđeno je kako to pravo ima svoju temporalnu granicu determiniranu razvojnim stadijem ploda.[[79]](#footnote-80)

Presudom u predmetu Roe Vrhovni je sud negativno definirao pravni status embrija – utvrđeno je kako embrij nije čovjek s ustavnopravnog aspekta, čime je ostavljena mogućnost saveznim država da normativno reguliraju pravni status zametka, odnosno da se opredijele glede pitanja početka ljudskog života. Tako npr. zakonodavstvo Lousiane[[80]](#footnote-81) propisuje da je embrij osoba[[81]](#footnote-82) te ovlaštenik određenih prava.[[82]](#footnote-83) Osim što je zabranjeno namjerno uništiti embrij,[[83]](#footnote-84) kao jedina svrha u koju se ljudski embrij smije koristiti propisana je *in utero* implantacija.[[84]](#footnote-85) Nadalje, *expressis verbis* je određeno kako isti ne može biti ni u čijem vlasništvu.[[85]](#footnote-86) Odredbe preambule zakona koji normira prekid trudnoće savezne države Missouri izjednačavaju pravni status embrija i rođenog čovjeka[[86]](#footnote-87) – iako zakonodavac to ne navodi izričito, embrij se smatra osobom i po pravu ove savezne države.[[87]](#footnote-88) Vrhovni sud SAD-a, postupajući u predmetu *Webster v. Reproductive Health Services*,[[88]](#footnote-89) utvrdio je kako su navedene odredbe zakona Missourija, koje su prvostupanjski i drugostupanjski sud oglasili neustavnima i protivnima presudi u predmetu *Roe v. Wade*, ustavne, jer iste *per se* ne zabranjuju prekid trudnoće, te ih se treba interpretirati na način da pružaju zaštitu nerođenom djetetu u odštetnom i nasljednom pravu.[[89]](#footnote-90) Iako je još u *obiter dictum* presude u predmetu *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*[[90]](#footnote-91) Vrhovni sud eksplicirao kako savezna država ne smije svojim zakonodavstvom usvojiti teoriju o početku ljudskog života kako bi opravdala svoju regulative pobačaja,[[91]](#footnote-92) u predmetu *Webster*, sud je kritizirajući pogrešno shvaćanje te tvrdnje od strane žalbenog suda, naglasio kako spomenuta konstatacija “znači samo da savezna država ne smije ‘opravdavati’ regulaciju abortusa, koja bi inače bila neustavna prema Roe v. Wade, na temelju svog stajališta o tome kada počinje ljudski život.”[[92]](#footnote-93)

### 3.2.2. Republika Irska i ustavnopravna zaštita nerođenog života

S druge strane, ustavi pojedinih zemalja *expressis verbis* štite život nerođenog djeteta, ne ostavljajući dvojbe glede pravnog statusa zametka. Tako npr. Ustav Republike Irske, normirajući temeljna prava čovjeka, jamči pravo na život nerođenog djeteta, uz jednaku zaštitu prava na život majke, obvezujući zakonodavca da svojim zakonima zajamči poštivanje i zaštitu tih prava.[[93]](#footnote-94) U pravnoj dogmatici izraženo je mišljenje da je ovaj amandman normativna artikulacija bojazni kako bi irski sudovi mogli zauzeti isti pristup kao Vrhovni sud SAD-a u predmetu *Roe v. Wade* te utvrditi kako ženino pravo na privatnost obuhvaća i njezino pravo prekinuti trudnoću.[[94]](#footnote-95) Ipak, praksa irskih sudova išla je upravo u suprotnom smjeru. Ne samo da nije afirmirano ženino pravo na prekid neželjene trudnoće,[[95]](#footnote-96) već su sudovi, izdavanjem prohibitivnih naloga, osujećivali pokušaje ostvarenja prekida trudnoće izvan granica Republike Irske – s jedne strane zabranom raspačavanja informacija o mogućnosti prekida trudnoće, a s druge strane zabranom putovanje u inozemstvo radi vršenja pobačaja.[[96]](#footnote-97) Ublažavanju ovih zabrana svoj su prilog dali Europski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) i Europski sud (dalje: ES), ali i Vrhovni sud Republike Irske.

U predmetu *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*,[[97]](#footnote-98) ESLJP je ne dovodeći u pitanje irski režim pravne zaštite nerođenog života,[[98]](#footnote-99) utvrdio kako zabrana pribavljanja i pružanja informacija glede mogućnosti obavljanja pobačaja u inozemstvu disproporcionalna cilju zaštite morala te kao takva predstavlja kršenje slobode izražavanja zajamčene člankom 10. Europske konvencije za zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda.[[99]](#footnote-100) Kako sloboda izražavanja može biti podvrgnuta ograničenjima koja se u demokratskom društvu nužna radi ostvarenja legitimnog cilja,[[100]](#footnote-101) ESLJP našao se pozvanim odgovoriti na pitanje je li restrikcija slobode informiranja, u vidu sudskog naloga koji je zabranjivao primanje i širenje informacija o obavljanju pobačaja u inozemstvu, bila nužna u demokratskom društvu radi zaštite legitimnog cilja.[[101]](#footnote-102) ESLJP je zaključio da je takva zabrana, iako je imala legitimni cilj u vidu zaštite morala, čiji je jedan od aspekata u Irskoj i zaštita prava na život nerođenog djeteta,[[102]](#footnote-103) nije zadovoljila test proporcionalnosti, te stoga predstavlja povredu konvencijskog prava na slobodu izražavanja.[[103]](#footnote-104)

U predmetu *Društvo za zaštitu nerođene djece (SPUC) v. Stephan Grogan i ostali*,[[104]](#footnote-105) odlučujući o prethodnom pitanju koje je uputio Visoki sud Irske, ES je utvrdio „kako se medicinski prekid trudnoće, koji se obavlja u skladu s pravom države u kojoj se obavlja, smatra uslugom, na temelju čl. 60 Ugovora(tadašnjeg Ugovora o osnivanju Europske Ekonomske Zajednice,[[105]](#footnote-106) *op. a*.)“. [[106]](#footnote-107) Ipak, odgovarajući na ostala pitanje Visokog suda[[107]](#footnote-108) ES je utvrdio kako „nije suprotno pravu zajednice da država članica, u kojoj je medicinski prekid trudnoće zabranjen, zabrani studentskim udrugama odavanje informacije o imenu i mjestu klinika u nekoj drugoj državi članici gdje se dobrovoljni prekid trudnoće obavlja zakonito, kao i načine kontaktiranja tih klinika, gdje te klinike nemaju nikakvog udjela u odavanju navedenih informacija.“[[108]](#footnote-109) Iako je ES odbio eksplicite priznati da irski potrošači imaju pravo pribavljati informacije u pogledu usluga koje se legalno pružaju u Engleskoj,[[109]](#footnote-110) iz racioniranja ES-a, *argumentum a contrario* proizlazi da bi takva zabrana odavanja informacija bila protivna europskom javnom pravu da je klinika imala udjela u odavanju informacija.[[110]](#footnote-111) Također, drži se da je ES presudom implicirao da bi ishod slučaja bio drugačiji da je ženi bilo zabranjeno putovati u Englesku s ciljem prekida trudnoće ili da je stavljena u osobito nepovoljan položaj uslijed nedostatka informacija.[[111]](#footnote-112) Za razliku od ES-a, nezavisni odvjetnik *van Gerven* izrazio je stajalište kako je zabrana pružanja informacija o mogućnosti ostvarenja prekida trudnoće u inozemstvu protivna slobodi kretanja usluga, ali da je takvu restrikciju valja opravdati pozivom na javni poredak.[[112]](#footnote-113) Ipak, valja naglasiti kako je Protokolom br. 35 o čl. 40.3.3 Ustava Irske na Lisabonski ugovor[[113]](#footnote-114) eksplicite predviđeno kako „[n]išta u Ugovorima ili u Ugovoru o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju ili u ugovorima ili aktima kojima se mijenjaju ti Ugovori, u Irskoj ne utječe na primjenu članka 40.3.3. Ustava Irske.”

Iako sam čl. 40.3.3o Ustava Irske jamči jednako pravo na život nerođenom djetetu i majci djeteta, irski sudovi nisu pokazali spremnost vaganja navedenih prava u slučaju njihove kolizije. Vrhovni sud Irske, u predmetu *Attorney General v. X*,[[114]](#footnote-115) koji će komentatori prozvati najkontroverznijim slučajem u povijesti Irske,[[115]](#footnote-116) utvrdio je da “ukoliko je ustanovljeno na razini vjerojatnosti da postoji stvarna i supstancijalna opasnost za život majke, a ne samo po njezino zdravlje, koja može biti izbjegnuta isključivo prekidom trudnoće, takav prekid trudnoće mora biti dopušten, imajući u vidu čl. 40.3.3o Ustava“.[[116]](#footnote-117) U predmetu *A. G. v X.*, sud je zaključio kako je ovaj test, koji je iznjedrila judikatura uslijed normativnog deficita zakonodavca, zadovoljen – opasnost počinjenja samoubojstva silovane djevojčice svakako je predstavljala stvarnu i supstancijalnu opasnost za život majke.[[117]](#footnote-118) Vrhovni sud Irske konačno je stavio izvan snage naredbu Visokog suda Irske[[118]](#footnote-119) o zabrani putovanja u Englesku radi prekida trudnoće silovanoj četrnaestogodišnjakinji.[[119]](#footnote-120) Važnost ove presude svakako leži u tome što je Vrhovni sud, pozvavši se na kazneni predmet iz 1939. godine u kojem je promulgiran test stvarne i supstancijalne opasnosti po život majke,[[120]](#footnote-121) afirmirao kako se citirani članak Ustava ne smije tumačiti na način da je pravo na život nerođenog djeteta apsolutne naravi, ukazujući pritom na potrebu balansiranja prava na život nerođenog djeteta i prava na život majke.[[121]](#footnote-122),[[122]](#footnote-123)

Konačno je, XIII. amandmanom na Ustav Republike Irske iz 1992., određeno kako pravo na život nerođenog djeteta ne može limitirati slobodu putovanja između Irske i ostalih zemalja,[[123]](#footnote-124) dok je XIX. amandman iz 1992.[[124]](#footnote-125) predviđeno kako pravo na život nerođenog djeteta ne može limitirati slobodu informiranja i činjenja dostupnim informacija o uslugama koje su pravno dopuštene u ostalim zemljama.[[125]](#footnote-126)

## 3.3. Pravni status embrija u kontekstu *in vitro* fertilizacije

### 3.3.1. Embrij: čovjek, stvar ili nešto između?

Disponiranje krioprezerviranim embrijima (tzv. smrznutim embrijima) svakako je jedno od s pravnog aspekta najspornijih pitanja koja se nameću u kontekstu *in vitro* fertilizacije. Presuda u predmetu *Davis v. Davis*[[126]](#footnote-127) jedna je od najznačajnijih odluka američkih sudova u kojoj se pojavilo pitanje pravnog statusa embrija. Stranke su u brakorazvodnoj parnici postigle suglasnost glede svih pitanja razvrgnuća braka, osim pitanja „'roditeljske skrbi' nad sedam 'smrznutih embrija'“[[127]](#footnote-128) pohranjenih u *Knoxville Fertility Clinic*, odnosno pitanja disponiranja preostalim embrijima.[[128]](#footnote-129) Dok je gđa Davis zahtijevala kontrolu nad smrznutim embrijima želeći ostvari transfer istih u svoj *uterus*[[129]](#footnote-130), g. Davis prvotno je tražio da se embriji ostave smrznutima dok ne odluči želi li postati otac izvan institucije braka.[[130]](#footnote-131) O početku ljudskog života, pravnom statusu embrija, te posljedično, disponiranju krioprezerviranim embrijima i roditeljskoj skrbi nad njima, sudovi savezne države Tennessee odlučili su u bitnom drugačije. Svaki se od tri suda priklonio jednome od triju glavnih etičkih stajališta artikuliranih u debati glede pravnog statusa predembrija koje, postupajući u svojstvu *amicus curiae* u predmetu *Davis v. Davis* je iznijelo Etička komisija američkog društva za plodnost (*Ethics Committee of the American Fertility Society*):[[131]](#footnote-132)

● prema prvom ekstremnom stajalištu, kojem se priklonio prvostupanjski sud (*Circuit Court for Blount County*),[[132]](#footnote-133) predembrij je čovjek odmah po oplodnji iz čega proizlazi kako mu pripadaju ljudska prava; nameće se obveza osigurati mogućnost implantacije embrija te se zabranjuje bilo kakva djelatnost prije transfera embrija koja bi mogla naštetiti predembriju ili koja nije neposredno terapeutska;

● na drugom je kraju spektra stajalište, blisko onome koje je implicite zauzeo drugostupanjski sud (*Tennessee Court of Appeals*),[[133]](#footnote-134) prema kojem se pravni status predembrija ne razlikuje od statusa bilo kakvog drugog tkiva; ne smiju se nametnuti nikakva ograničenja pri postupanju s predembrijima uz pristanak subjekata ovlaštenih donositi odluke;

● treće stajalište, prihvaćeno od strane *Tennessee Supreme Court*,[[134]](#footnote-135) kompromis je prva dva; prema istome, predembrij, zbog svog potencijala postati čovjekom i simboličkog značenja za mnoge, zaslužuje poštovanje veće od onoga koje se poklanja ljudskom tkivu, ali ne i poštovanje koje se duguje čovjeku – predembrij ne bi trebao imati status osoba, jer još nije razvio karakteristike osobnosti niti postigao razvojnu individualnost, te možda nikada niti neće realizirati svoj biološki potencijal.

#### 3.3.1.1. Embrij kao živi čovjek i najbolji interes djeteta

*Circuit Court for Blount County*, kao prvostupanjski sud, dodijelio je privremenu skrb nad embrijima gđi Davis u svrhu implantacije istih, dok je pitanja uzdržavanja, posjeta, konačne dodjele roditeljske skrbi te ostala povezana pitanja ostavio neriješenima sve dok se jedan ili više od sedam ljudskih embrija ne rode živi.[[135]](#footnote-136) Kako bi donio presudu, okružni je sud utvrdio kako mora odgovoriti na pitanje kada počinje ljudski život[[136]](#footnote-137), za što je, pak, prema razmatranju ovog suda, jedno od pitanja na koja je bilo nužno odgovoriti i pitanje je li embrij čovjek.[[137]](#footnote-138) Sud je, *inter alia,* zaključio slijedeće:

● stranke u sporu podvrgnule postupku *in vitro* oplodnje s ciljem stvaranja ljudskog bića koje bi bilo njihovo dijete;[[138]](#footnote-139)

● „*sedam krioprezerviranih embrija su ljudski embriji*“;[[139]](#footnote-140)

● „*ljudski embriji nisu imovina*“;[[140]](#footnote-141)

● „***ljudski život počinje začećem***“.[[141]](#footnote-142)

Utvrdivši kako život počinje začećem te da je embrij čovjek, sud je zaključio kako se *common law* doktrina *parens patriae*[[142]](#footnote-143) primjenjuje i na *in vitro* embrije. Kako je svakako u najboljem interesu *in vitro* embrija da budu rođeni, a ne uništeni, sud je udovoljio zahtjevu gđe Davis da se embriji implantiraju.[[143]](#footnote-144)

#### 3.3.1.2. Embrij kao stvar

Postupajući po žalbi g. Davisa, *Tennesse Court of Appeals* preinačio je presudu prvostupanjskog suda te dodijelio zajedničku skrb nad embrijima bivšim bračnim drugovima, utvrdivši kako g. Davis ima Ustavom zajamčeno pravo odlučivati želi li postati roditeljem, sve dok gđa Davis ne ostvari trudnoću, te da ne postoji uvjerljiv interes države koji bi opravdao nalog suda da se embriji implantiraju protiv volje jednog od roditelja.[[144]](#footnote-145) Prema stajalištu suda, bilo bi neprihvatljivo i neustavno narediti implantaciju oplođene jajne stanice u gđu Davis protiv njezine volje, pa je jednako tako neprihvatljivo izložiti g. Davisa psihološkim, ako ne i pravnim, posljedica očinstva protiv njegove volje.[[145]](#footnote-146)

Iako žalbeni sud nije eksplicite embrij kvalificirao kao stvar, komentatori[[146]](#footnote-147) ističu kako je sud, dodijelivši objema strankama u sporu ovlasti u pogledu disponiranja istima, našavši uporište za svoje stajalište u zakonu o disponiranju ljudskim organima i tkivima[[147]](#footnote-148) i sudskom predmetu koji je smrznute embrije označio kao objekt imovinskih prava,[[148]](#footnote-149) implicite tretirao embrije kao stvar u suvlasništvu gđe i g. Davisa. Do takvog je zaključka došao i *Tennessee Supreme Court*.[[149]](#footnote-150)

Predmet *Davis v. Davis* možda je i najreprezentativniji za ukazivanje na teškoće pri definiranju pravnog statusa embrija, imajući u vidu kako su *Circuit Court for Blount County*, kao prvostupanjski, i *Tennessee Court of Appeals*,kao drugostupanjski sud, zauzeli dijametralno suprotna stajališta o tome je li embrij subjekt ili objekt prava. I dok se okružni sud eksplicite odredio glede pravnog statusa embrija utvrdivši kako je embrij čovjek, a ne stvar, žalbeni je sud presudio kako se embrij nikako ne može smatrati čovjekom prema pravu države Tennessee,[[150]](#footnote-151) implicite ga tretirajući objektom prava vlasništva.

#### 3.3.1.3. Embrij kao interimna kategorija

Kompromisno je stajalište zauzeo *Tennessee Supreme Court*, zaključivši kako „**predembriji[[151]](#footnote-152) nisu, strogo govoreći, ni „osobe" ni „stvari“, već čine interimnu kategoriju koja ih ovlašćuje na posebno poštovanje zbog njihova potencijala za ljudski život**(naglasio autor).*“*[[152]](#footnote-153)*,*[[153]](#footnote-154) I dok je Vrhovni sud potvrdio ispravnost stajališta žalbenog suda kako se embrij ne može smatrati osobom prema pozitivnom pravu države Tennessee, niti federalnom pravu,[[154]](#footnote-155) utvrđeno je i kako je žalbeni sud otišao predaleko implicite držeći embrije objektom vlasništva.[[155]](#footnote-156) Pozivajući se na *Uniform Anatomical Gift Act*,[[156]](#footnote-157) žalbeni je sud izgubio iz vida kako taj zakon normira tko je ovlašten disponirati ljudskim organima i tkivima “bez daljnjeg potencijala za autonomni ljudski život”, dok “tkivo” o raspolaganju kojim je sud odlučivao “ima potencijal razviti se u samostalan ljudski život, čak i ako još nije pravno priznato kao takav.”[[157]](#footnote-158)

Ipak, postavlja se pitanje na koji je to način, osim retorički, Vrhovni sud Tennesseeja predembrijima ukazao to dužno poštovanje, na koje ih ovlašćuje njihov potencijal za život? Kako će se pokazati, primjenjivši test koji je sam uspostavio presudom, osujetio je mogućnost ostvarenja tog potencijala za život.[[158]](#footnote-159)

### 3.3.2. Determinante pravne sudbina embrija

#### 3.3.2.1. Prokreacijska autonomija kao determinanta pravne sudbine embrija

Samo određenje pravnog statusa embrija nije bilo predmet spora. Nakon što se priklonio najšire prihvaćen stajalištu glede pravnog statusa embrija,[[159]](#footnote-160) Vrhovni sud Tenneesseja morao je odlučiti kome dati ovlaštenje disponiranja embrijem. Ispitujući doseg prava na privatnost davatelja gameta, analizom judikature Vrhovnog suda SAD-a,[[160]](#footnote-161) *inter alia*, predmeta *Skinner v. Oklahoma*[[161]](#footnote-162) i *Griswold v. Connceticut*,[[162]](#footnote-163) zaključio kako se *“*pravo na prokreacijsku autonomiju sastoji od dva prava jednakog značaja – pravo da se ostvari prokreacija i prava da se ista izbjegne*”*.[[163]](#footnote-164) Sud je, konačno, u *ratio decidendi* presude promulgirao kriterije za rješavanje kolizije pozitivnog i negativnog aspekta prokreacijske autonomije, odnosno rješavanje sporova glede disponiranja predembrijima stvorenim *in vitro* fertilizacijom (*Davis* test):[[164]](#footnote-165)

1. primarno je relevantna volja davatelja gameta;
2. ukoliko istu nije moguće utvrditi ili postoji spor između davatelja genetskog materijala, valja primijeniti njihov prijašnji sporazum oko disponiranja embrijima;[[165]](#footnote-166)
3. ukoliko takav sporazum ne postoji, potrebno je odvagati interese stranaka u sporu na slijedeći način:
   1. načelno, interes stranke koja želi izbjeći prokreaciju treba prevladati, ukoliko druga stranka ima razumnu mogućnost ostvariti roditeljstvo i bez upotrebe predembrija disponiranje kojima je predmet spora;[[166]](#footnote-167)
   2. ne postoji li razumna alternativa za ostvarivanje prokreacijskog prava, prevladava interes stranke koja želi ostvariti trudnoću implantacijom predembrija;
   3. ipak, ukoliko stranka koja zahtjeva kontrolu nad predembrijima želi iste donirati drugom paru, interes suprotstavljene strane je jači i treba imati prevagu.[[167]](#footnote-168)

Iako interes koji gđa i g. Davis imaju nad sedam krioprezerviranih embrija nije čisto imovinski interes, kako je proizlazilo iz drugostupanjske presude, Vrhovni je sud ipak priznao kako davatelji gameta imaju “interes vlasničke prirode, s obzirom da imaju pravo odlučivati o raspolaganju predembrija, unutar granica postavljenih zakonom.”[[168]](#footnote-169) Primjenjujući uspostavljeni test balansiranja, sud je odlučio kako interes gđe Davis da se dopusti donacija embrija nema prevagu nad interesom g. Davisa da onemogući prokreaciju, odnosno ne postane roditeljem.[[169]](#footnote-170) Naime, iako bi zabrana doniranja embrija nametnula gđi Davis nezanemariv emocionalni teret spoznaje da je dugotrajan process *in vitro* oplodnje kojem se podvrgnula bio uzaludan i da embriji za koje je pružila genetski materijal nikada neće postati djecom, ukoliko bi sud dopustio donaciju, g. Davis bio bi suočen s doživotnom dilemom glede svog paternitetnog statusa ili, ukoliko bi mu isti i bio poznat, s nepostojanjem bilo kakvih prava spram djeteta.[[170]](#footnote-171) Vidljivo je kako je sud odvagivao isključivo interese bivših supružnika, pretpostavljajući negativni aspekt prokreacijske autonomije negativnom, držeći posve irelevantnim interes embrija.

#### 3.3.2.2. Ugovor kao determinanta pravne sudbine embrija

Disponiranje viškom embrija stvorenih *in vitro* oplodnjom bilo je predmet spora i u *Kass v. Kass*.[[171]](#footnote-172) Gđa Kass zahtijevala je da joj se dodijeli *“isključiva skrb”* nad preostalim embrijima radi implantacije istih u nju samu, dok se g. Kass tome usprotivio.[[172]](#footnote-173) No dok u slučaju Davisovih nije postojao prijašnji sporazum glede disponiranja embrijima, pa je sud pristupio odmjeravanju suprotstavljenih interesa bivših supružnika, Kassovi su, prije podvrgavanja postupku *in vitro* oplodnje, postigli sporazum o disponiranju viškom embrija u vidu informiranog pristanka.[[173]](#footnote-174) Naime, stranke u sporu su u dokumentu informiranog pristanka eksplicite izrazile volju da se embriji, raspolaganje kojima je bio predmet slučaja, doniraju klinici za *in vitro* oplodnju kako bi bili iskorišteni u istraživanjima.[[174]](#footnote-175)

*Supreme Court, Nassau County*, postupajući kao prvostupanjski sud, prihvatio je stajalište izraženo u presudi Vrhovnog suda Tenneesseja u predmetu *Davis* kako embrij, iako ne uživa pravni status čovjeka, svakako ima viši status od obične stvari.[[175]](#footnote-176) Ipak, odbivši primijeniti raniji sporazum stranaka o disponiranju embrijima, odstupio je od *Davis* testa, prema kojem, u slučaju nepostojanja suglasne volje stranaka, odnosno nemogućnosti utvrđivanja te volje ili postojanja kolizije interesa, valja primijeniti raniji sporazum.[[176]](#footnote-177) Prvostupanjski sud je, našavši uporište u predmetu *Roe v. Wade*, dodijelio gđi Krass isključivo pravo da odredi sudbinu embrija[[177]](#footnote-178) – jer „suprugova reproduktivna prava u situaciji *in vitro* oplodnje nisu veća nego u slučaju prirodne oplodnje, tako da su ta prava prestala u trenutku oplodnje, čineći raspolaganje predzigotama nesputanom diskrecijom supruge.”[[178]](#footnote-179)

*Supreme Court of the State of New York, Appellate Division* preinačio je prvostupanjsku presudu zbog pogrešne primjene prava te odredio kako se sporazum stanaka o raspolaganju s pet krioprezerviranih embrija mora izvršiti.[[179]](#footnote-180) Žalbeni je sud utvrdio kako je prvostupanjski sud počinio fundamentalnu grešku izjednačivši odluku potencijalne majke da se u nju implantiraju embriji stvoreni *in vitro* oplodnjom s pravom trudne žene da odluči o sudbini fetusa koji nije dosegao stadij mogućnosti preživljavanja izvan maternice.[[180]](#footnote-181) Naime, dok potonja ovlast proizlazi iz ženina ustavnog prava na privatnost u reproduktivnoj sferi, u slučajevima koji se odnose na *in vitro* oplodnju, prema racioniranju suda, ženino pravo na tjelesni integritet nije ni na koji način dovedeno u pitanje sve dok ne dođe do implantacije embrija u nju.[[181]](#footnote-182)

Žalbeni je sud, našavši irelevantnim razmatranje pitanje pravnog statusa embrija, prihvatio *Davis* test te naredio postupanje u skladu s prijašnjim sporazumom Kassovih[[182]](#footnote-183) prema kojem krioprezervirani embriji trebaju biti zadržani od strane klinike i iskorišteni u svrhu znanstvenih istraživanja.[[183]](#footnote-184) Ipak, iako se za razliku od prvostupanjskog suda nije odredio po pitanju pravnog statusa embrija, odredivši mjerodavnim za rješavanje spora prijašnji sporazum stranaka, prema kojem „u slučaju razvoda... pravo vlasništva pohranjenih predzigota mora biti utvrđeno u ugovoru o diobi vlasništva...“,[[184]](#footnote-185) žalbeni je sud posredno zauzeo stajalište kako je embrij stvar.[[185]](#footnote-186)

Najviši sud savezne države New York, zaključivši kako disponiranje *in vitro* embrijima ni na koji način nije obuhvaćeno ženinim pravom na privatnost ili tjelesni integritet te imajuću u vidu kako se embrij ne smatra osobom u smislu Ustava,[[186]](#footnote-187) jedinim relevantnim pitanjem na koje se našao dužnim odgovoriti našao je pitanje tko ima ovlast disponirati embrijima.[[187]](#footnote-188) A kako su na to pitanje već odgovorile stranke u sporu svojim ugovorom, sud je, referirajući se na predmet Davis,[[188]](#footnote-189) utvrdio kako nema nikakvog razloga odlučiti zaslužuju li embriji „posebno poštovanje“.[[189]](#footnote-190)

Da je za rješavanje slučaja irelevantno je li embrij čovjek utvrdio je i Vrhovni sud Washingtona u predmetu *Litowitz v. Litowitz*.[[190]](#footnote-191) Naime sud je, prihvativši ekstremnu inačicu kontraktualnog pristupa,[[191]](#footnote-192) zauzeo stajalište da je nepotrebno ulaziti u pravne, medicinske i filozofske raspravo o tome je li embrij „dijete“.[[192]](#footnote-193) Štoviše, pitanje o pravnom statusu embrija našao je nelogičnim i irelevantnim za sam slučaj,[[193]](#footnote-194) držeći za rješavanje slučaja mjerodavnim isključivo ugovor o krioprezervaciji koji su stranke sklopile s klinikom.[[194]](#footnote-195) Imajući u vidu kako je istekao rok od pet godina od dana krioprezervacije, a iz samog je ugovora proizlazila ovlast klinike da uništi embrije istekom pet godina od dana krioprezervacije, sud je naredio da se embriji unište, ukoliko klinika to već nije učinila postupajući u skladu s ugovornim odredbama.[[195]](#footnote-196)

### 3.3.3. Interes embrija ili interes davatelja gameta?

Iz razloženog *Davis* testa jasno proizlazi kako embrij nema vlastitih prava niti interesa.[[196]](#footnote-197) Sud je odmjeravao isključivo interese majke i oca, presudivši kako interes oca u konkretnom slučaju mora prevagnuti. Dakako, drugačije bi bilo da je potvrđena prvostupanjska presuda okružnog suda kojom je, nakon što je utvrđeno kako je embrij dijete *in vitro*, određeno postupanje u skladu s najboljim interesom djeteta, odnosno doktrinom *parens patriae*. Prvostupanjskom presudom određeno je da je interes embrija bio je primaran, dok je interesu majke udovoljeno isključivo zato što je bio podudaran interesu embrija, odnosno zato što bi se ostvarenjem interesa embrija, ujedno ostvario i interes majke.

Konačno, krioprezervirani embriji o sudbini kojih je odlučivano u predmetima *Davis* i *Kass* su uništeni. Ishod navedenih slučajeva u velikoj je mjeri uvjetovan nedostatkom zakonodavne regulacije saveznih država Tenneesse i New York. Naime, da je o disponiranju viškom embrija odlučivao sud savezne države Louisiane ili Missouri, odluka suda, te posljedično sudbina embrija, bila bi drastično drugačija. Sud Louisiane ne bi balansirao pozitivni i negativni aspekt prokreacijske autonomije, odnosno odmjeravao interese gđe i g. Davisa, već bi se vodio isključivo najboljim interesom embrija, kao što bi se u sporovima oko roditeljske skrbi imao voditi najboljim interesom djeteta. Naime, „u sporovima između stranaka u vezi s in vitro fertiliziranom jajnom stanicom, sudski standard za rješavanje spora mora uvijek biti najbolji interes in vitro fertilizirane jajne stanice.“[[197]](#footnote-198)

Postupajući sukladno najboljem interesu djeteta, sud bi morao udovoljiti zahtjevu gđe Davis da se embriji doniraju drugom paru; uništenje embrija,[[198]](#footnote-199) niti doniranje istih u svrhu istraživanja (koje bi, *nota bene*, također dovelo do uništenja embrija) ne bi dolazilo u obzir.[[199]](#footnote-200) U svakom slučaju, interes *in vitro* oplođene jajne stanice bio bi hijerarhijski superordiniran interesu davatelja gameta od kojih je nastao. Interes jednog ili obaju davatelja gameta bio bi ostvaren tek ukoliko bi bio podudaran interesu embrija, odnosno, ukoliko bi se ostvarenjem najboljeg interesa embrija ujedno ostvario i interes davatelja gameta. Također, da je pravo Louisiane bilo mjerodavno za rješavanje predmeta *Kass*, sud ne bi odredio izvršenje sporazuma bivših supružnika koje bi podrazumijevalo uništenje embrija, zbog postojanja izričitih zakonskih restrikcija,[[200]](#footnote-201) već bi se i ovdje imao voditi primarno najboljim interesom embrija.

## 3.4. Zaključne napomene

I dok je Vrhovni sud SAD-a bio rezolutan u neizjašnjavanju o početku ljudskog života, smatrajući se nekompetentnim za odgovor na ovo pitanje, niži su sudovi rado davali svoje definicije. O stavu sudova o pitanju početka života ovisilo je i hoće li se u konkretnom slučaju primjenjivati norme obiteljskog ili imovinskog prava. Kako je navedeno, nerijetko su prvostupanjski sudovi embriju pridavali status čovjeka. Ipak, istaknuta je izraženost tendencije da takve presude prvostupanjskih okružnih sudova bivaju preinačene od strane žalbenih sudova.

Negativnom definicijom pravnog statusa embrija ostavljen je velik manevarski prostor zakonodavcima saveznih država da reguliraju pravni status embrija, odnosno fetusa – dokle god svojom normativnom djelatnošću ne poseže u sferu ženina prava na privatnost. Određenje temporalne granice prava na privatnost u predmetu *Roe* značilo je i utvrđenje razvojnog stadija ploda kao odrednice njegova pravnog statusa. Ipak, samo u kontekstu pobačaja. Kako je navedeno, savezna država ovlaštena je zabraniti pobačaj tek pri visokom stadiju trudnoće, kada plod postane sposoban za život izvan maternice majke. S druge strane, pojedine savezne države, poput Louisiane, u potpunosti su zabranile istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama, i općenito svaku upotrebu embrija osim u svrhu implantacije. Također, općeprihvaćena zabrana istraživanja na embrijima nakon četrnaestog dana od oplodnje jasno ukazuje kako je razvojni stadij ploda determinanta utvrđenja njegova pravnog statusa samo relativne naravi. Naime, ovisno o kontekstu u kojem se pojavljuje, pravna zaštita koju plod na određenom stupnju razvoja uživa je različita.

Kontradikcija između režima koji zabranjuje korištenje embrija u istraživačke svrhe nakon četrnaestog dana od oplodnje, ali dozvoljava pobačaj sve dok plod ne postane sposoban za život izvan maternice, postoji samo, ističe *Rao*, ukoliko se pravnom statusu embrija pristupa kao intrinzičnom, te ga se čini ovisnim o njegovim unutarnjim svojstvima.[[201]](#footnote-202) No iz normativne regulative i sudske prakse proizlazi kako je pravni status zametka ovisan o kontekstu i posljedicama koje bi imao za druge.[[202]](#footnote-203)

Naime, dok se u kontekstu pobačaja odmjeravaju ženino pravo na privatnost koje obuhvaća i pravo prekinuti trudnoću te opravdani interes države da štiti potencijalni život, u kontekstu embrionalnih istraživanja ne dolazi do kolizije, te je država ovlaštena u potpunosti zabraniti takva istraživanja. Kako je ženino pravo na privatnost ograničeno i prostorno, granicama njezina tijela, država može štititi potencijalni život potpunom zabranom kako krioprezervacije embrija, tako i korištenja embrija u bilo koju svrhu osim prokreacijske. Ne postoji li takva zabrana, sudovi pristupaju odmjeravanju interesa davatelja gameta, kako je i učinjeno u predmetu *Davis*, odnosno postupaju u skladu s ugovornim odredbama, kao u predmetu *Kass*. Spor između davatelja gameta ne smije se rješavati dajući *a priori* prevagu interesu žene. Naime, tek implantacijom embrija isti ulazi u sferu njezina prava na privatnost, koje ima prevagu sve dok plod ne stekne sposobnost preživljavanja izvan maternice. Sve do implantacije, valja pristupiti balansiranju interesa, ukoliko sporazumom nije utvrđen zajednički interes. Naima, tada će samim ugovorom, odnosno ishodom provedenog testa, biti determiniran i pravni status ploda – relevantna je ugovorom izražena volja stranaka, odnosno u koliziji istih, volja stranke čiji je interes prevagnuo. U svim navedenim slučajevima takvi su embriji tretirani kao stvari, jer je prevaga dana interesu davatelja gamete koji je htio izbjeći prokreaciju – negativni aspekt prokreacijske autonomije prevagnuo je nad pozitivnim.

Da je prevagu imao interes davatelja gameta koji je zahtijevao implantaciju istog, pravni status embrija bio bi različit. No i onda bi ovisio o odluci žene, sve dok ne dosegne kritičnu točku sposobnosti za život. Ipak, iako je to kritična točka u kojoj interes savezne države da zaštiti potencijalni život dobiva supremaciju nad ženinim pravom na privatnost, i dalje se ne smatra osobom u kontekstu Ustava. Taj status će dobiti tek ispunjenjem suspenzivnog uvjeta – da se rodi živo.

Jedna od odrednica pravnog statusa embrija je i okolnost nalazi li se isti *in utero* ili *ex utero*. No nije rijetkost nekritička primjena presedana u kontekstu pobačaja na kontekst disponiranja embrijima, ili pak kontekst embrionalnog istraživanja. Tako je prvostupanjski sud u predmetu *Kass* neopravdano proširio granice ženina prava na privatnost i izvan njena tijela, na krioprezervirane embrije. Okolnost je li plod djelomično ili u potpunosti izvan tijela majke relevantna je i u kontekstu pobačaja, kako je utvrđeno u predmet *Carhart*, jer država ima interes štititi život.

Nadalje, relevantno je i je li embrij stvoren u reproduktivne ili istraživačke svrhe. U prvom slučaju, imaju pravo povlašten položaj, te se ne mogu smatrati pukim stvarima, dok se u potonjem oni zaista smatraju stvarima. U kontekstu financiranja istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama, od osobitog je značaja i je li embrij stvoren isključivo u istraživačke svrhe ili spada u kategoriju viška embrija, za koje je *a posteriori* određeno da će biti korišteni radi istraživanja. Financiranje sredstvima iz federalnih izvora dopušteno je isključivo ukoliko je su embriji donirani u istraživačke svrhe. Ipak, time nije određen pravni status istog. Nepobitno je da se embriji koji se koriste u svrhu istraživanja tretiraju kao stvari.

# 4. Europsko patentno pravo – je li Europski sud otišao predaleko?

## 4.1. Postavljanje problema

S obzirom na prepoznat veliki industrijski potencijal istraživanja i patenata na području biotehnologije,[[203]](#footnote-204) jedan od temeljnih ciljeva kojeg su tvorci Biodirektive htjeli postići bila je harmonizacija nacionalnih patentnih sustava na tom području[[204]](#footnote-205) čija je raznolikost prepoznata kao prepreka slobodnoj trgovini na unutarnjem tržištu Europske unije.[[205]](#footnote-206) Povijest donošenja direktive pokazuje kako u početku procesa njenog donošenja nije bilo govora o moralnim i sličnim kriterijima kao prepreci patentiranju određenih izuma. Tek u kasnijoj fazi, na zahtjev pojedinih članova parlamenta, došlo je uvažavanja zahtjeva morala pri odlučivanju o odobravanju patenata. Rezultat parlamentarnih rasprava jesu odredbe Biodirektive koje – s jedne strane – uvažavajući interese morala i javnog poretka, granice patentibilnosti svih biopatenata čine ovisnima o tim interesima (isključujuća klauzula) te – s druge strane – uvažavajući zahtjeve zaštite ljudskog dostojanstva i integriteta, određuju granice patentiranja onih biopatenata koji uključuju korištenje ljudskog tijela ili njegovih dijelova.

Takve odredbe naišle su na oprečna stajališta u doktrini i praksi. Protivnici isključujuće klauzule ističu nepodobnost patentnog sustava da riješi pitanja etike i morala, lošu edukaciju i sposobnost osoba u patentnim uredima da odluče o takvim pitanjima, neodređenost morala te da klauzula u konačnici priječi razvoj znanosti. Zagovornici, s druge strane, smatraju patentno pravo podobnim sredstvom za vaganje interesa te ističu dužnost država da zaštiti javni interes.[[206]](#footnote-207)

Bilo kako bilo, u Biodirektivi države članice određuju koja se eksploatacija može smatrati suprotnom moralu, odnosno javnom poretku.[[207]](#footnote-208) Ipak, ta je diskrecija djelomično ograničena jer Biodirektiva u samom tekstu izražava koje su se eksploatacije u trenutku njenog donošenja smatrale suprotnima javnom poretku i moralu u svim državama članicama. Između ostalog, neupitno je zabranjena, na razini čitave EU, komercijalna ili industrijska eksploatacija ljudskih embrija.[[208]](#footnote-209) Kronološki, zaštita ljudskih embrija u procesu donošenja Biodirektive, pokušala se postići odredbom kako ljudsko tijelo, ni u kojem stupnju razvoja, ne može predstavljati objekt prava na patent.[[209]](#footnote-210) Konačni tekst zadržao je oba rješenja pridavši ljudskom tijelu i dostojanstvu apsolutnu vrijednost i nepovredivo značenje. [[210]](#footnote-211) S druge strane, elementi koji su izolirani iz ljudskog tijela ili na drugi način proizvedeni kroz tehnički proces, kao npr. slijed gena, učinjeni su patentibilnima[[211]](#footnote-212) čime je otvoren put nastanku i zaštiti nekih vrlo važnih izuma.[[212]](#footnote-213)

Upravo ove odredbe Biodirektive interpretirao je Europski sud u predmetu *Brüstle v. Greenpeace*. U tom predmetu, Sud je pošao od postavke je ljudsko dostojanstvo maksimalno zaštićeno Biodirektivom. Pritom je uporište našao u samim ciljevima direktive. Sud je – s jedne strane – maksimizirajući vrijednost ljudskog dostojanstva, povredu embrija proglasio povredom ljudskog dostojanstva te – s druge strane – upravo radi dostojanstva embrija, zabranio patentiranje postupaka koji podrazumijevaju korištenje embrionalnih matičnih stanica. Sud je medicinska istraživanja podveo pod pojam komercijalnog i industrijskog iskorištavanja embrija,[[213]](#footnote-214) a embrij je tumačio ekstenzivnom metodom. Za svrhu tumačenja Biodirektive, embrijem je proglasio svaku oplođenu jajnu stanicu, ali i neoplođenu jajnu stanicu u koju je transplantirana jezgra odrasle ljudske stanice te neoplođenu jajnu stanicu čiji daljnji razvoj bude potencirano partenogenezom. Takvo je stajalište u skladu s mišljenjem nezavisnog odvjetnika koji je istaknuo kako pojam ljudskog embrija mora obuhvaćati ljudski embrij u svakoj fazi razvoja.[[214]](#footnote-215) Sud je na taj način svaki postupak koji podrazumijeva uništenje ljudskog embrija automatski proglasio nemoralnim i suprotnim javnom poretku, ne ulazeći uopće u pitanje opsega i sadržaja tih pojmova.

S obzirom da se javni poredak i moral kao kriterij nepatentibilnosti čine nedovoljno jasnima, ostaje i pitanje opsega i sadržaja tog pojma. Samo ispravnim tumačenjem njegove širine i značenja moguće je ispravno ocijeniti supstancijalnu ispravnost odluke u predmetu *Brüstle v. Greenpeace*. Važnost nije samo normativna, već i praktična: ovisno o tome smatra li se pojam javnog poretka nacionalnim ili pak nadnacionalnim (internacionalnim i transnacionalnim) pojmom, Europski sud potencijalno bi mogao doći do različitog rezultata jer je utjecaj država članica na tumačenje pojma različit. Također, sadržaj tih različitih tipova javnih poredaka se može razlikovati. Stoga je potrebno razriješiti taj problem.

## 4.2. Određenje pojmova

Javni poredak (*ordre public*) predstavlja sustav pravnih pravila i temeljnih načela određenog pravnog poretka.[[215]](#footnote-216) Načelno se radi o pojmu međunarodnog privatnog prava koje posebno dolazi do izražaja u postupcima priznanja i izvršenja stranih sudskih i arbitražnih odluka i ne treba ga miješati s drugim pojmovima javnopravnog karaktera (*public order*).[[216]](#footnote-217) Unatoč takvom porijeklu, u slučaju Biodirektive, ne radi se o kolizijskim pravilima, već javnopravnim pravilima, no sadržaj i opseg tih pravila i u jednoj i drugoj grani prava svejedno se preklapaju.[[217]](#footnote-218) Ovisno o dosegu tih pravila, javni poredak može biti određen kao nacionalni i nadnacionalni. Nacionalni javni poredak obuhvaća temeljna ustavna načela i vrijednosti određene države koje ona može opravdano štititi.[[218]](#footnote-219) Nadnacionalni javni poredak obuhvaća univerzalne vrijednosti, a može se javiti u oblicima internacionalnog i transnacionalnog javnog poretka. Dok je u slučaju internacionalnog javnog poretka riječ o temeljnim načelima koja su zajednička većini civiliziranih zemalja i koja izviru iz domaćih pravnih sustava,[[219]](#footnote-220) transnacionalni ili čisti internacionalni javni poredak čine opća načela prihvaćena od civiziranih naroda.[[220]](#footnote-221) Ona ne ovise o nacionalnim pravnim sustavima, već postoje neovisno od njih kao norme međunarodnog javnog prava i moraju se, radi svojeg apsolutnog karaktera, bezuvjetno poštivati.[[221]](#footnote-222)

Nasuprot javnom poretku stoje pravila morala. Iako je moral jedan od najodređenijih pojmova u pravnoj znanosti, u pravnom se smislu može definirati kao skup društvenih normi na temelju kojih pojedinac i društvo vrednuje svoje i tuđe ponašanje.[[222]](#footnote-223) Kao što je to dobro vidljivo iz zadanih definicija, i javni poredak i moral obuhvaćaju vrijednosti koje pravni sustav zaštićuje. Međutim, i doktrina i praksa razdvajaju ta dva pojma. Doktrina razdvaja javni poredak kao skup pravnih i moral kao skup društvenih normi. Tako je to slučaj s pozitivističkim pravnim teoretičarima.[[223]](#footnote-224) Škola prirodnog prava, s druge strane, pravo vidi kao odraz morala.[[224]](#footnote-225) U novije vrijeme, *Dworkin[[225]](#footnote-226)* je pokušao pomiriti ta dva stajališta iako neki teoretičari taj pokušaj smatraju neuspješnim.[[226]](#footnote-227)

U svakom slučaju, radi se o dva sustava koja su u najmanju ruku koordinirana i paralelna, a prema tvorcima Biodirektive, ravnopravno služe kao kriteriji isključenja patentibilnosti bioizuma. To potvrđuje i praksa Europskog patentnog ureda (dalje: EPO).[[227]](#footnote-228) EPO u vlastitim smjernicama na temelju vlastite prakse autonomno definira ta dva pojma. Prema smjernicama EPO-a, isključenju patentibilnosti na temelju morala ima mjesta samo ako bi šira javnost izum smatrala tako gnjusnim da bi pod takvim uvjetima registracija patenta postala nezamisliva. S druge strane, isključenje na temelju javnog poretka veže se uz vjerojatnost da će doći do kršenja javnog reda i mira ili društvenog poretka (npr. kroz dijela terorizma) ili ozbiljno narušiti ljudski okoliš.[[228]](#footnote-229) Što će se u konkretnom slučaju smatrati povredom jednog ili drugog sustava normi, ovisit će o svakom pojedinačnom slučaju.[[229]](#footnote-230)

## 4.3. Isključujuća klauzula u praksi: prikaz najpoznatijih predmeta

Vrlo je važno uočiti kako Biodirektiva nije usamljena u svijetu međunarodnih – univerzalnih i regionalnih – akata koji sadrže isključujuću klauzulu. Među mnogostranim međunarodnim ugovorima svakako treba spomenuti Sporazum Svjetske trgovinske organizacije o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (WTO – TRIPS Sporazum),[[230]](#footnote-231) prema kojem članice „mogu od patentiranja izuzeti izume, za koje je unutar njihovog teritorija sprječavanje komercijalnog iskorištavanja neophodno radi zaštite javnog poretka ili morala.“[[231]](#footnote-232) Od regionalnih, svakako treba spomenuti Europsku patentnu konvenciju (EPC)[[232]](#footnote-233) na temelju koje EPO može od patentibilnosti isključiti svaki izum „čija se komercijalna eksploatacija protivi javnom poretku i moralu.“[[233]](#footnote-234) Stoga je praksa u vezi s tumačenjem tih propisa od iznimne važnosti za tumačenje isključujuće klauzule u Biodirektivi.

U praksi EPO-a, u vezi s primjenom isključenja patentibilnosti na temelju javnog poretka i morala, svakom pojedinačnom slučaju pristupalo se s obzirom na njegove specifičnosti.[[234]](#footnote-235) Razvile su se dvije metode na temelju kojih se odlučuje o opravdanosti isključenja.[[235]](#footnote-236) Prva metoda je utilitarni test. Primjenom te metode, valja vagati interese znanosti i medicine s jedne strane te interese javnog poretka i morala s druge.[[236]](#footnote-237) Druga metoda jest test javnosti.[[237]](#footnote-238) Primjenom te metode, valja uzeti u obzir mišljenje široko javnosti; u slučaju da široka javnost određeni izum smatra nesnošljivim, izum se ne može smatrati patentibilnim. Ove metode najbolje se mogu demonstrirati na poznatim biopatentnim slučajevima pred EPO-om: Harvardskom onkomišu, Plant Genetic Systems i WARF-u. Zanimljivo je uspoređivati razvoj argumentacije EPO-a kroz dulji vremenski period jer se ona, od liberalnog pristupa, razvila u restriktivni.[[238]](#footnote-239) Presuda u predmetu Brüstle v. Greenpeace također odražava taj razvoj.

U predmetu *Harvardski onkomiš*, znanstvenici s Medicinskog fakulteta na Harvardu podnijeli su zahtjev za patentiranje onkomiša – genetski modificiranog miša u kojeg je unesen onkogen koji ga je činio iznimno osjetljivim na rak i tako pogodnim za istraživanja lijekova i drugih medicinskih sredstava za liječenje raka.[[239]](#footnote-240) Iako uz značajne otpore i uz dugo preispitivanje,[[240]](#footnote-241) patent je odobren.[[241]](#footnote-242) EPO je, nakon utvrđenja kako miš sam po sebi ne čini životinjsku vrstu koja ne može biti predmetom patentne zaštite, primijenio utilitarni test te došao do zaključka kako “korisnost onkomiša u produbljenju istraživanja raka... prevaže nad moralnim problemima u vezi s patnjom prouzrokovanom životinjama.“ S druge strane, u predmetu *Leland Stanford*,miš koji je genetski modificiran kako bi gubio dlaku i tako pomogao znanstvenicima u pronalaženju lijeka za ćelavost, nije prošao utilitarni test jer je korisnost za čovječanstvo u odnosu na patnju nesrazmjerna. To je ujedno prvi predmet u kojemu je EPO primijenio smjernice i isključio određeni izum iz patentibilnosti na temelju povrede javnog poretka i morala.[[242]](#footnote-243) Takvo rješenje, međutim, nije univerzalno u ostatku svijeta. Vrhovni sud u Kanadi odbio je odobriti patent jer je predmet prijave bio višestanični organizam.[[243]](#footnote-244)

U predmetu *Plant Genetic Systems*,[[244]](#footnote-245) patentna prijava išla je za patentiranjem genetski modificirane biljke. U postupku po prigovoru, Greenpeace je podnio anketu da bi dokazao kako se takav patent protivi javnom poretku i moralu jer. EPO je prvo odbacio anketu[[245]](#footnote-246) i rekao da je irelevantna, a potom odbio prigovor s obrazloženjem da se takvo korištenje biljaka ne protivi standardima ponašanja karakterističnim za europsku kulturu i okruženje.[[246]](#footnote-247)

Svojevrstan zaokret u praksi EPO-a dogodio se u predmetu *WARF*.[[247]](#footnote-248) U tom predmetu, Istraživačka fundacija WARF pokušala je pred EPO-om patentirati izolirani slijed embrionalnih matičnih stanica. U prvom stupnju, patent je naišao na odobrenje EPO-a.[[248]](#footnote-249) Međutim, odluka Proširenog odbora za žalbe napravila je svojevrstan zaokret u praksi EPO-a u vezi s odobravanjem biopatenata. Naime, Prošireni odbor odlučio je da korištenje embrionalnih matičnih stanica za daljnja istraživanja čini komercijalnu ili industrijsku upotrebu embrija u smislu EPC-a te na taj način potpada pod doseg isključujuće klauzule.[[249]](#footnote-250) EPO je pri rješavanju ove pravne stvari tumačio i Biodirektivu, no nije uputio pitanje Europskom sudu jer je ispravno zaključio kako za to nema uporišta u pravu EU.[[250]](#footnote-251) Upravo radi propisa koje je primjenjivao, taj je predmet bio najbolja najava onog što je uslijedilo u predmetu Brüstle v. Greenpeace. EPO je zaključio kako su tvorci Biodirektive, ali i EPC-a htjeli isključiti estrahiranje embrionalnih matičnih stanica te svaku daljnju raspravu o javnom poretku i moralu proglasio suvišnom.[[251]](#footnote-252) Europski sud također je preuzeo takvo stajalište te zaključio kako je bilo dovoljno medicinska istraživanja supsumirati pod pojam „iskorištavanje embrija“. Međutim, opseg i sadržaj pojmova javnog poretka i morala i njihova uloga po Biodirektivi govori kako je i pojam iskorištavanja valjalo tumačiti u svjetlu tih pojmova.

## 4.4. Opseg isključujuće klauzule

Moralni vrijednosni stav izražen od strane Europskog suda,[[252]](#footnote-253) valja preispitati. Postoje stajališta da Europski sud nije mogao donijeti ovakvu odluku jer je stvorio vlastiti moral koji je nametnut svim državama članicama, neovisno o tome slažu li se one s takvim tumačenjem ili ne.[[253]](#footnote-254) To za sobom povlači dva povezana pitanja. Prvo od njih je pitanje je li Sud mogao odlučivati što čini sadržaj morala i javnog poretka. Čak i da na to pitanje odgovorimo potvrdno, ostaje pitanje opsega tih pojmova. Potonje je pitanje od iznimne važnosti za ispitivanje supstancijalne ispravnosti presude jer će se u konačnici moći prosuditi je li Sud pojmove iz Biodirektive tumačio suviše ekstenzivno.[[254]](#footnote-255)

### 4.4.1. Je li Sud bio ovlašten stvoriti vlastito shvaćanje morala i javnog poretka?

Uloga Europskog suda u primjeni i tumačenju europskog prava duboko je etablirana i izražena u Osnivačkim ugovorima, ali i u drugim izvorima europskog prava. Europski sud nadležan je za tumačenje svih propisa EU, a do takvog tumačenja dolazi povodom prethodnih pitanja upućenih mu od strane nacionalnih sudova.[[255]](#footnote-256) Na temelju takvog općeg ovlaštenja, Europski sud je, razvijajući svoju praksu, konkretizirao odredbe o svojoj nadležnosti kroz postavljanje vrlo važnih načela europskog prava, kao što je načelo nadređenosti[[256]](#footnote-257) te načelo izravnog učinka europskih normi.[[257]](#footnote-258)

Europski sud djeluje samo unutar granica nadležnosti Europske unije. Europska unija u određenim područjima ima isključivu nadležnost,[[258]](#footnote-259) što znači da države članice ne mogu donositi propise kojima bi nadomjestile europske propise u istom području.[[259]](#footnote-260) Pored isključive, EU ima još i podijeljenu te komplementarnu nadležnost. Podijeljena nadležnost pretpostavlja nadležnost EU, jednom kad je propis donesen i u granicama polja primjene donesenog propisa, da u potpunosti riješi određeno pitanje.[[260]](#footnote-261) U području komplementarnih ovlasti, države članice imaju primarnu nadležnost, dok EU podržava, koordinira i dopunjava njihove aktivnosti na tim područjima.[[261]](#footnote-262) Stoga je pri analizi ovlaštenja Europskog suda u svakom pojedinom slučaju potrebno odrediti predmet i cilj svakog pojedinog propisa.

Predmet Biodirektive jest reguliranje unutarnjeg tržišta na području patentnog prava. Kao takvo, ono je predmet podijeljene nadležnosti EU i država članica.[[262]](#footnote-263) Iz toga proizlazi i načelna mogućnost Europskog suda da odredi sadržaj pojma javnog poretka i morala. Međutim, da bi se ustanovila takva preempcija regulatorne nadležnosti država članica,[[263]](#footnote-264) potrebno je da i sama Biodirektiva predvidi takvo ovlaštenje za Europski sud. Upravo to se i dogodilo. Preambula Biodirektive jasno je dala do znanja da sama namjerava primjerično navesti slučajeve izuma čije se iskorištavanje protivi javnom poretku i moralu kako bi na taj način nacionalnim sudovima i patentnim uredima dala smjernice za tumačenje tog pojma.[[264]](#footnote-265) Egzemplifikativna narav odredbe[[265]](#footnote-266) temelj je da Europski sud svojim tumačenjem određenoj eksploataciji prida etiketu nedopuštenog izuma. Imajući to u vidu, pitanje može li Sud odlučivati o tome što obuhvaćaju pojmovi javnog poretka i morala – na apstraktnoj se razini – mora odgovoriti potvrdno. Međutim, to ne rješava pitanje načina na koji način Sud treba tumačiti određeno pravilo. To ovisi o tome promatra li se on u domaćem ili međunarodnom kontekstu.

### 4.4.2. Nacionalno ili nadnacionalno shvaćanje isključujuće klauzule?

Biodirektiva samo spominje javni poredak i moral kao razloge isključenja patentibilnosti, no ne izjašnjava se o njihovom opsegu. Na više mjesta u preambuli jasno se daje do znanja da su države članice te koje ocjenjuju je li određeni izum suprotan javnom poretku i moralu. Tako se, pri inkorporaciji WTO Trips Sporazuma,[[266]](#footnote-267) spominje mogućnost države članice da unutar svojeg teritorija isključuju od patentiranja komercijalne eksploatacije koje bi bile suprotne javnom poretku i moralu.[[267]](#footnote-268) Iako su države članice nedvojbeno te koje odlučuju, unutar svojih teritorija, o tumačenju pojmova javnog poretka i morala, to ne znači nužno da je javni poredak nacionalni pravni pojam koji se tumači u skladu s nacionalnim propisima.

Načelno su moguća dva rješenja. Prema prvom, riječ je o normama nacionalnog javnog poretka i morala. U tom opsegu, isključujuća klauzula zaštićuje temeljne vrijednosti nacionalnog pravnog poretka i ima prvenstveno funkciju negativnog karaktera.[[268]](#footnote-269) Prema drugom rješenju, riječ je o normama nadnacionalnog karaktera koje štite univerzalne temeljne vrijednosti zajedničke većem broju nacionalnih sustava.

Kako bi se ispravno protumačio opseg isključujuće klauzule u Biodirektivi, potrebno ju je tumačiti u skladu sa svrhom propisa čiji je sastavni dio.[[269]](#footnote-270) Kao što je to ranije rečeno, glavni cilj direktive jest harmonizacija pravno različitih patentnopravnih sustava. Važan instrument u postizanju harmonizacije disparatnih pravnih sustava država članica EU jest autonomno tumačenje od strane Europskog suda.[[270]](#footnote-271) Stoga se u slučaju tumačenja isključujuće klauzule nameće kao nužnost njezino tumačenje u anacionalnom kontekstu. U suprotnom, svaka bi država članica samostalno određivala patentibilnost određenog izuma, bez mogućnosti sudske kontrole od strane Europskog suda.

S druge stane, problem razgraničenja internacionalnog od transnacionalnog javnog poretka dotaknuo je i Sud u predmetu *Brüstle v. Greenpeace*.Sud je iskazao zabrinutost oko potencijalnog ugrožavanja ostvarenja temeljnog cilja Biodirektive kad je rekao kako „kontekst i cilj direktive pokazuje kako je zakonodavstvo EU htjelo isključiti bilo kakvu mogućnost patentiranja gdje bi ljudsko dostojanstvo moglo biti ugroženo.“ Međutim, sud je pri autonomnom tumačenju embrija, koje je bilo sasvim opravdano,[[271]](#footnote-272) posredno dirnuo u pitanje javnog poretka i morala. Tome je tako jer je zaštitu ljudskog embrija u članku 6. stavku 2. Biodirektive ispravno stavio u odnos sa zaštitom ljudskog dostojanstva. Kao što je ranije rečeno, na to je prema europskim propisima svih rangova, Sud imao pravo. Međutim, time je dirnuo u pravo država članica da prema svojoj diskreciji odrede sadržaj javnog poretka i morala. Iako na to ovlašten, morao je poštivati granice koje postavlja Biodirektiva.

Prema preambuli Biodirektive, javni poredak i moral odnose se na „određena etička i moralna načela prepoznata u državi članici, a čije poštivanje je od presudne važnosti za područje biotehnologije“.[[272]](#footnote-273) Sama činjenica da etička i moralna načela moraju biti prepoznata u državi članici, isključuju transnacionalni karakter tih pojmova. Naime, kao što je to rečeno ranije, transnacionalni javni poredak obuhvaća temeljna načela koja postoje neovisno o nacionalnim pravnim sustavima. Pritom primjerično nabrajanje slučajeva nedopuštenih izuma[[273]](#footnote-274) ne znači da postoji supranacionalni javni poredak, već samo da je na razini država članica EU prepoznato kako određene vrijednosti imaju apsolutni karakter te zaslužuju zaštitu i u sklopu patentnog postupka. Naime, cilj egzemplifikativnog navođenja jest dvojak: s jedne strane, htjelo se osigurati zaštitu ljudskog dostojanstva[[274]](#footnote-275) te, s druge strane, kodificirati postojeće zabrane koje proizlaze ili iz međunarodnog javnog prava[[275]](#footnote-276) ili nacionalnih sustava diljem EU.[[276]](#footnote-277)

Iz svega navedenog proizlazi kako su Europski parlament i Vijeće ministara pri krojenju teksta Biodirektive na umu imali pravila internacionalne naravi. Takav je i generalan stavu doktrini. Tako se govori o „pravu i moralu zajedničkom svim državama članicama.“ [[277]](#footnote-278) Kao takav, on daje svakoj državi diskreciju da njena tijela, prvenstveno sudovi, tumače koja pravila i načela se mogu smatrati dijelom javnog poretka i morala. Međutim, nacionalni sudac mora taj pojam tumačiti u širem, međunarodnom pogledu. Zato će on redovito obuhvaćati osnovna načela koja „uređuju primjenu načela pravednosti u toj zemlji i esencijalna su za moralni, politički i ekonomski poredak takve države.“[[278]](#footnote-279)

Kad se sve naprijed rečeno primijeni na predmet *Brüstle v. Greenpeace*, dolazimo na zaključak kako se pojam komercijalne eksploatacije embrija mora tumačiti tako da odražava postojeće zabrane i tumačenja. To znači da Sud nije bio ovlašten stvoriti vlastiti javni poredak i moral, nego utvrditi postojeći. Stoga valja istražiti sadržaj isključujuće klauzule. Ukoliko u sklopu internacionalnog javnog poretka i morala ne bi bilo opće zabrane korištenja embrionalnih matičnih stanica, presuda u tom predmetu ne bi se mogla smatrati valjanom.

## 4.5. Sadržaj isključujuće klauzule

Povelja ljudskih prava EU pravno je obvezujući dokument. Dok su ranije tu pravnu snagu Povelji pridale same države članice,[[279]](#footnote-280) u današnje vrijeme ona je priznata u samim Osnivačkim ugovorima[[280]](#footnote-281) te je tako dignuta na rang primarnih izvora prava EU.[[281]](#footnote-282) Prema članku 1. Povelje, ljudsko dostojanstvo[[282]](#footnote-283) je „nepovredivo i mora se poštovati i štititi“.[[283]](#footnote-284) Iz toga bi slijedila neograničena obveza Europskog suda da štiti ljudsko dostojanstvo.

EPO je rekao: „Europa se nikad nije složila oko jedinstvene definicije morala ni javnog poretka prepoznatih od strane tvoraca EPC-a.“[[284]](#footnote-285) Ipak, zahtijevao je postojanje morala zajedničkog europskoj kulturi. Pitanje je može li se reći da postoji konsenzus svih država članica da su rezultati istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama koja nužno uključuju uništenje ljudskih embrija, nemoralna i suprotna javnom poretku.

Velika Britanija na ovo pitanje odgovorila je negativno. Naime, ona je kao *amicus curiae* u predmetu *WARF*, zabrani terapeutskog kloniranja i korištenja ljudskih embrionalnih matičnih stanica zanijekala karakter internacionalnog javnog poretka i opće moralne zabrane, radi ogromnih potencijalnih znanstvenih i medicinskih koristi takvih postupaka koji, prema njihovom stajalištu, cijeli postupak čine u potpunosti moralno opravdanim.[[285]](#footnote-286) Kako je to rekao britanski patentni ured: „Iako postoje neslaganja u Velikoj Britaniji oko istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama, veći broj izvješća iz utjecajnih britanskih političkih, medicinskih i znanstvenih krugova posljednjih godina istaknuli su enormni potencijal takvih istraživanja... To indicira ravnotežu komercijalnoj eksploataciji izuma vezanih uz embrionalne pluripotentne matične stanice koja se u Velikoj Britaniji ne bi smatrala suprotnom javnom poretku i moralu.“[[286]](#footnote-287)

Uistinu, kao što je to Velika Britanija primijetila, postoji konsenzus država o određenim pitanjima vezanim uz upotrebu ljudskih embrija. Radi se o zabrani kloniranja,[[287]](#footnote-288) zabrani izmjene genoma ljudi, životinja i biljaka te zabrani stvaranja himera. Te su zabrane, kroz donošenje međunarodnih konvencija, ali i kroz praksu postale dio međunarodnog običajnog prava.[[288]](#footnote-289) Među njima svakako valja spomenuti Deklaraciju UNESCO-a o ljudskom genomu i ljudskim pravima,[[289]](#footnote-290) Deklaraciju UN-a o ljudskom kloniranju,[[290]](#footnote-291) Europsku konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini[[291]](#footnote-292) te njezin pripadajući Protokol o zabrani kloniranja.[[292]](#footnote-293) Zabrana dosiže toliku razinu unutar nacionalnog prava da se povreda takvih vrijednosti smatra kaznenim djelom.[[293]](#footnote-294) Kad je riječ o embrionalnim matičnim stanicama, do sada su kao pravila međunarodnog običajnog prava utvrđena samo pravila o informiranom pristanku darivatelja jajnih stanica te zabrani biomedicinskih istraživanja na embrijima starijim od četrnaest dana.[[294]](#footnote-295)

Na razini EU, *a limine* su odbačeni izumi koji su protivni gore navedenim normama međunarodnog običajnog prava. Velika Britanija dokaz je da o zabrani korištenja embrionalnih matičnih stanica nema suglasja.[[295]](#footnote-296) Široko financiranje, unatoč ograničenjima,[[296]](#footnote-297) na području EU također ukazuje na to da ne postoji odlučna politička volja da se zabrani takav oblik biomedicinskih istraživanja. To je zamijetio i EPO u predmetu WARF.[[297]](#footnote-298) On je na više načina naglasio kako: „Zabranjena eksploatacija mora biti nešto što se protivi osnovnim pravnim načelima svih država članica.“[[298]](#footnote-299)

Ni kad se uzme u obzir moral, ne može se govoriti o moralnoj zabrani medicinskih istraživanja.[[299]](#footnote-300) Osim već spomenutog primjera Velike Britanije koja se jasno izjasnilo o tom pitanju, valja spomenuti i mišljenje ESLJP o pitanjima univerzalnosti morala u Europi. U ranije citiranom predmetu *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* ESLJP je rekao: „Nacionalna tijela uživaju široku marginu diskrecije u pitanjima morala, osobito u vezi s vrijednosnim stavovima o prirodi ljudskog života... Nije moguće naći u pravnom i društvenom poretku država članica europsku koncepciju morala. Međutim, ta diskrecija nije neograničena. Na Sudu je da nadzire jesu li takve zabrane u skladu s Konvencijom.“ Uzmu li se te dvije činjenice zajedno u obzir, dolazimo na zaključak kako nema univerzalnog pravila morala koje je zaštićeno u Biodirektivi, a da zabranjuje upotrebu embrionalnih matičnih stanica.

Ovo je ključno naglasiti: dokle god istraživanja nisu zabranjena i dok se njihovo provođenje široko financira, teško je govoriti o internacionalnom javnom poretku i moralu koji bi zahtijevali isključenje patentibilnosti u ovakvim situacijama.[[300]](#footnote-301) Upravo ovakve kontradikcije razlog su zašto neki autori patentno pravo smatraju apsolutno nepodobnim za razrješavanje ovakvih pravno-etičkih dilema.[[301]](#footnote-302) Presuda u predmetu *Brüstle v. Greenpeace* opravdana je utoliko što ide za zaštitom ljudskog dostojanstva, ali je preuranjena i ne slijedi razvoj prava. Europski sud nije imao pravo stvoriti vlastiti supranacionalni javni poredak i moral, već je, u skladu s duhom Biodirektive, trebao utvrditi sadržaj javnog poretka i morala zajedničkog svim državama članicama. To je i u skladu sa stajalištem Europskog suda u predmetu *Grogan*,[[302]](#footnote-303) ali djelomično i mišljenjem EPO-a u predmetu *WARF*.[[303]](#footnote-304)

# 5. Zaključak

Između dviju krajnosti koje su se očitovale u sudskoj praksi, ali i legislativnoj djelatnosti pojedinih država, jedne, prema kojoj je embrij čovjek, odnosno subjekt prava, te druge koja embrij tretira kao objekt stvar, odnosno objekt prava, niz je interimnih rješenja kojima se pokušava pomiriti navedena ekstremna stajališta. Iz takvih rješenja proizlazi zaključak kako status embrija nije intrizičan, nego instrumentalan – determiniran je kontekstom u kojem se javlja i pravim posljedicama koje bi imao po druge. Jedno od središnjih bioetičkih pitanja, ono početka ljudskog života, Vrhovni sud SAD-a jedva da je i dotaknuo. Ne samo da je isto smatrao irelevantnim za meritorno odlučivanje, već je iskazao stav kako sloboda pojedinca podrazumijeva i pravo čovjeka da se sam opredijeli glede tako fundamentalnog pitanja. Svaka interferencije vlasti djelovala bi opstruktivno po tu slobodu. I na pitanje pravnog statusa zametka dao je tek odgovor u opsegu koji je nužan za presuđivanje, odredivši ga u predmetu *Roe* negativno – zametak se ne može smatrati osobom u smislu Ustava. Od tog stajališta najviši sud nikad nije odstupio.

U predmetu *Doe v. Obama*, pozivajući se na utvrđenje Vrhovnog suda u predmetu *Roe* da se embrij ne može smatrati osobom u smislu Ustava,[[304]](#footnote-305) odbačena je tužba zbog nedostatka *ius standi in iudicio.*[[305]](#footnote-306) Teško je oteti se dojmu kako su tužitelji u navedenom predmetu nastojali otvoriti barem mogućnost da Vrhovni sud odstupi od svog stajališta o pravnom statusu embrija. U zahtjevu za izdavanje *writ of certiorari* podnesenog Vrhovnom sudu SAD-a, Mary Sue Doe tražila je ispitivanje je li sud pogriješio zauzevši stajalište kako ona, te svi ostali smrznuti embriji u istom položaju, nisu osobe ovlaštene na prava i zaštitu XIV. amandmana Ustava.[[306]](#footnote-307) Podnositelj zahtjeva je upozorio kako će odlukom suda u ovom slučaju biti utvrđena ustavnost presude u predmetu *Roe* te svake druge presude kojom je sud zanijekao pravni status osobe svakome *in utero*, zajedno s pravima i zaštitom Ustava, uključujući i *ius standi in iudicio* („*standing*“).[[307]](#footnote-308) Imajući u vidu kako Vrhovni Sud SAD-a odbio zahtjev za izdavanjem *writ of certiorari* te meritorno odlučivati u slučaju, do preispitivanja pravnog statusa embrija ipak nije došlo.[[308]](#footnote-309)

Neovisno o takvom pravnom statusu embrija u SAD-u, patentno pravo u Europi razvija svoj neovisni put. Europski sud u tom smislu jasno je zauzeo stav. Prema stajalištu Suda, unutar granica Europske unije nema mjesta patentiranju rezultata biomedicinskog istraživanja koje bi rezultiralo u uništenju ljudskog embrija. Nezavisni odvjetnik Bot, važnost metode u patentiranju određenog izuma istaknuo je usporedivši uništenje embrija s krađom organa za medicinska istraživanja u predmetima koji se trenutno nalaze pred Haaškim sudom za ratne zločine počinjene na području bivše Jugoslavije.[[309]](#footnote-310) Argumentiranje je postavio hipotetski: da se kojim slučajem došlo do iznimno važnog otkrića u takvim istraživanjima, ona ne bi bila ništa manje nemoralna. Za razliku od nezavisnog odvjetnika, Sud nije ulazio u pitanja morala, već se zadržao na tumačenju pojma embrija i komercijalne eksploatacije, ne bi li na taj način, korištenjem svojih suverenih prava spriječio države članice da nametnu svoje shvaćanje javnog poretka i morala. To je obrazloženo voljom zakonodavca, kao što je to učinio i EPO u predmetu *WARF*.

Međutim, takvo „lako“ rješenje ovog pravno-etičkog pitanja nije u duhu Biodirektive. Iz njezinog teksta proizlazi da je državama članicama dana diskrecija u pogledu tumačenja javnog poretka i morala koja je pak ograničena svojim internacionalnim kontekstom. Iz toga proizlazi sljedeće: svatko tko tumači isključujuću klauzulu treba je tumačiti na način koji će biti zajednički svim državama članicama. To se odnosi i na Europski sud koji svako ograničenje, pa i ono koje je Biodirektivom izuzeto iz diskrecije država članica, tumačiti u takvom kontekstu. To *a fortiori* vrijedi stoga što su takva supranacionalna ograničenja kodifikacija postojećih zabrana. Takve zabrane, na univerzalnoj europskoj razini, ne obuhvaćaju biomedicinska istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama. To jasno pokazuje primjer širokog financiranja od pojedinih zemalja, ali i eksplicitan stav Velike Britanije.

Ovaj predmet kao posljedicu ima i problem usklađenosti s drugim propisima koji sadrže slična pravila. Tako nije jasno kako će se ova presuda odraziti na odgovornost država primjerice prema WTO-u.[[310]](#footnote-311) Ne treba smetnuti s uma ni opasnost od odlijeva mozgova u pravne sustave poput američkog koji liberalnije pristupa problematici. Sve to ukazuje na neuravnoteženost koju je donijela presuda u predmetu *Brüstle v. Greenpeace*. Anketa provedena u sklopu ovog istraživanja također pokazuje ta neslaganja. Ona pokazuje i važnost kontekstualizacije pri izražavanju vrijednosnih stavova jer se naizgled čvrst stav relativizira kad se apstraktno načelo stavi u konkretan kontekst. U svakom slučaju, čini se da ovakva oprečna stajališta žude za kompromisnim rješenjem.

Kao rješenje nameću se druge metoda za dobivanje pluripotentnih stanica. One se mogu, s istim stupnjem efikasnosti, estahirati i na druge znanstvenicima poznate načine. U tom smislu valja spomenuti američki i japanski tim znanstvenika s Harvarda i *Japan's Institute for Frontier Medical Science*[[311]](#footnote-312) koji je 2005. godine od odraslih stanica kombinacijom određenih kemijskih supstanci uspio dobiti pluripotentne stanice, s istim svojstvima kao što su to embrionalne matične stanice.[[312]](#footnote-313) Ta je metoda, doduše, još u povojima s obzirom na prijavljene negativne nuspojave.[[313]](#footnote-314) Međutim, sveučilišta Wake Forest i Harvard 2007. godine razvili su i drugu metodu pomoću koje se pluripotentne stanice ekstrahiraju iz plodne vode, bez štete po embrio.[[314]](#footnote-315) Znanstvenici su razvili još neke metode, od kojih nijedna ne podrazumijeva uništenje ljudskog embrija.[[315]](#footnote-316) Na takav način dobivene pluripotentne stanice bile bi patentibilne i u europskom pravu, s obzirom da ono dopušta patentiranje dijelova ljudskog tijela uz ljudski doprinos.[[316]](#footnote-317)

Rezultat ovakvih metoda bili bi zadovoljeni znanstveni, medicinski, ekonomski i etički interesi. Na posljetku – ono što je i najvažnije – pacijenti poput gđe Freeman dobili bi novu priliku u svojem životu, a pravo ne bi služilo kao kočnica znanstvenom napretku i pronalasku prijeko potrebnih sredstava liječenja.

# 6. Zahvale

Zahvaljujemo doc. dr. sc. Ani Borovečki s Medicinskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu koja nas je upoznala s konceptom biomedicinskih istraživanja.

Zahvaljujemo i gospodinu Šimi Jerčiću koji nam je osigurao pristup literaturi iz područja patentnog prava te gospođi Nadi Puclin iz INCENTIV-a koja je ljubazno uputila na najvažnije naslove.

Zahvaljujemo i prof. dr. sc. Boži Krušlinu i kolegici Krešimiri Krušlin koji su nam omogućili provođenje ankete među studentima Medicinskog i Farmaceutsko-biotehnološkog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

Na posljetku, zahvaljujemo mentorici mr. sc. Sunčani Roksandić Vidlička koja je, kao i uvijek, prepoznala aktualne probleme u području bioetike te brojnim savjetima inspirirala autore ovog rada pri njegovom pisanju.

# 7. Literatura

## 7.1. Knjige i znanstveni radovi

1. Austin, John. The Province of Jurisprudence Determined. 5th ed., London, Weidenfeld and Nicolson, 1954.
2. Bahadur, G., Morrison M., Patenting human pluripotent cells: balancing commercial, academic and ethical interests, Human Reproduction, Vol. 25 Br. 1, 2010.
3. Balint, John A., Ethical Issues in Stem Cell Research, Albany Law Review, Vol. 65, 2002.
4. Baxter, Hugh, Dworkin’s “One-System” Conception of Law and Morality, Boston University Law Review, Vol. 90, 2010.
5. Beauchamp, Tom. L, Childress, James, F., Principles of Biomedical Ethics, Peto izdanje, Oxford University Press, New York, 2001.
6. Bohlander, M., Principles of German Criminal Law, Studies in International and Comparative Criminal Law: Vol. 2, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008.
7. Cesaroni, John L., Designer Human Embryos: A Challenge for Patent Law and Regulation, Quinnipiac Law Review, Vol. 30, 2012.
8. Cheney, Kenneth C., Patentability of Stem Cell Research Under TRIPS: Can Morality-Based Exclusions Be Better Defined by Emerging Customary International Law?, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review Volume 29, 2007.
9. Colvin, C. M., Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan: Irish Abortion Law and the Free Movement of Services in the European Community, Fordham International Law Journal, Vol. 15, Iss. 2, 1991.
10. Conde e Silva, Gui, Transnational public policy in international arbitration, Doktorska disertacija, 2007 (disertacija dostupna na: <https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/handle/123456789/1717>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
11. Cowan, Chad A., Atienza, Jocelyn, Melton, Douglas A., Eggan, Kevin, Nuclear Reprogramming of Somatic Cells After Fusion with Human Embryonic Stem Cells*,* Science Magazine*,* Vol. 309 Br. 5739, 2005.
12. Crespi, R. S., The Human Embryo and Patent Law - A Major Challenge Ahead, European Intellectual Property Review, Vol. 28 Br. 11, 2006.
13. Ćapeta, Tamara, Rodin, Siniša, Osnove prava Europske unije, Narodne novine, Zagreb, 2010.
14. de Jong, Paulus T. V. M., Age-Related Macular Degeneration, New England Journal of Medicine, Vol. 355 Br. 14, 2006, str. 1474.
15. de Oliveira, Leonardo V.P, Miranda, Isabel, International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, Vol. 30 Br. 1, 2013.
16. Dolgin, Janet L., Embryonic Discourse: Abortion, Stem Cells, and Cloning. Florida State University Law Review, Vol. 31 Br. 1, 2003.
17. Donley Young, Cynthia, A Comparative Look at the U.S and British Approaches to Stem Cell Research, Albany Law Review, Vol. 65, 2002.
18. Donnelly, Stephen R., The Patentability of Human Embryonic Stem Cells: Is the Consistent Application of the European Union Biotechnology Directive's Moral Exclusion Clause Undermining Investor Confidence in Europe, Providing a Competitive Advantage to the United States?, Dalhousie Journal of Legal Studies, Vol. 20, 2011.
19. Dostalik, P. M., Embryo “Adoption”? The Rhetoric, the Law, and the Legal Consequences, New York Law School Law Review, Vol. 55, Iss. 3, 2010.
20. Dworkin, Ronald, Justice for Hedgehogs, Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
21. Erickson, T. M., Erickson, M. T., What Happens to Embryos When a Marriage Dissolves? Embryo Disposition and Divorce, William Mitchell Law Review, Vol. 35, No. 2, 2009
22. Erwin, C. G., Embryonic Stem Cell Research: One Small Step for Science or One Giant Leap Back for Mankind, University of Illinois Law Reviw, Vol. 2003, No. 1, 2003.
23. Fazzini, Anthony, Burkey, Billy, Munoz, Daniel,Yang, Raymond, The Economics of Embryonic Stem Cell Research in the United States, Focus, Vol. 37 Br. 1, 2007.
24. Forster, H., The legal and ethical debate surrounding the storage and destruction of frozen human embryos: a reaction to the mass disposal in Britain and the lack of law in the United States, Washington University Law Quarterly, Vol. 76 Br. 2, 1998.
25. Forster, H., The legal and ethical debate surrounding the storage and destruction of frozen human embryos: a reaction to the mass disposal in Britain and the lack of law in the United States, Washington University Law Quarterly, Vol. 76, No. 2, 1998.
26. Garner, B. A. (ed. in ch.), Black's Law Dictionary, 9th edition, West Publishing Co., St Paul, MN, 2009.
27. Garret, B. L., Habeas Corpus and Due Process, Cornell Law Review, Vol. 98, No. 1, 2012.
28. Gooden, K. R., King Solomon’s Solution To The Disposition Of Embryos: Recognizing A Property Interest And Using Equitable Division, University of La Verne Law Review, Vol. 30, No. 1, 2008.
29. Gorenc, Vilim (ur.), Rječnik trgovačkog prava, Zagreb, 1997, str. 154.
30. Gunsburg, S. A., Frozen Life's Dominion: Extending Reproductive Autonomy Rights to in Vitro Fertilization, Fordham Law Review, Vol. 65, Iss. 5, 1997.
31. Hart, H.L.A. The Concept of Law. Oxford, Clarendon Press, 1961.
32. Hyun-Jai Cho, Choon-Soo Lee, Yoo-Wook Kwon, Jae Seung Paek, Sun-Hee Lee, Jin Hur, Eun Ju, Lee, Tae-Young Roh, In-Sun Chu, Sun-Hee Leem, Youngsoo Kim, Hyun-Jae Kang, Young-Bae Park, Hyo-Soo Kim, Induction of pluripotent stem cells from adult somatic cells by protein-based reprogramming without genetic manipulation, Blood, Vol. 116 Br. 3, 2010.
33. Inch, Adam, The European Patent Convention: A Moral Roadblock to Biotechnological Innovation in Europe, Houston Journal of International Law,Vol. 30,2007.
34. Isasi, Rosario M. et al., Legal and Ethical Approaches to Stem Cell and Cloning Research: A Comparative Analysis of Policies in Latin America, Asia, and Africa, Journal of Law, Medicine and Ethics, Volume 32, 2004.
35. Jameson, Samantha A., A Comparison of the Patentability and Patent Scope of Biotechnological Inventions in the United States and the European Union, AIPLA Quarterly Journal, Vol. 35 Br. 2, 2007.
36. Jessup, Phillip C., Transnational Law (Storrs Lectures on Jurisprudence), Yale University Press, 1956.
37. Johnson Kukla, Heather, Embryonic Stem Cell Research – An Ethical Justification, The Georgetown Law Journal, Vol. 90, 2002.
38. Josipović, Ivo, Pravo i moral, Pravnik, Vol. 14 – 15, 1979.
39. Keane, R., Judges As Lawmakers: The Irish Experience, Judicial Studies Institute Journal, Vol. 4 (2), 2004.
40. Kim, Mikyung, U.S. &Korean Human Cloning Regulations, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 21 Br. 4, 2005.
41. Kramer, James M., Stemming the Tide: A Call for a Reinterpretation of Embryonic Rights in Light of Emerging Alternatives in Medical Research and Conflicting Areas of Law, Rutgers Law Journal, Vol. 39, 2007.
42. Kraßer, Rudolf, Patentrech: Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent – und Gebaruchsmustrecht, Europäischen und Internationalen Patenetrecht, 6. izdanje, C.H. Beck, München, 2009.
43. Kurtović, Š, Hrestomatija opće povijesti prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 297.
44. Laezer, Leslie, Brother Can You Spare a Cell?" The Ethical and Moral Minefield Surrounding Stem Cell Research on US and International Law, Currents International Trade Law Journal, Vol. 13, 2004.
45. Lalive, Pierre, Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, u: Sanders, Pieter (ed.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, Vol. 3, Kluwer Law International, 1987.
46. Lysaght, V. M. J. , Hazlehurst, A. B., Private Sector Development of Stem Cell Technology and Therapeutic Cloning," Tissue Engineering, Vol. 9 Br. 3, 2003.
47. Marques, Céline, The Implementation of the Biotechnology Directive (98/44/Ec) in France and in the UK: A Comparative Study which Shows Serious Disparities Despite Its Effort of Harmonisation, Magistarski rad, str. 26. ([www.kent.ac.uk/law/ip/resources/ip\_pg\_dissertations/Marques.doc](http://www.kent.ac.uk/law/ip/resources/ip_pg_dissertations/Marques.doc)). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
48. Marshall, Eliot, DuPont Ups Ante on Use of Harvard's OncoMouse, Science Magazine, Vol. 296 Br. 5571, 2002
49. McCoy, Andrew, Biotechnology and Embryonic Stem Cells: A Comparative Analysis of the Laws and Policies of the United States and Other Nations, Loyola Law and Technology Annual, Vol. 8, 2009, str. 73.
50. McCrudden, Christopher, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, The European Journal of International Law, Vol. 19 Br. 4, 2008.
51. McGonagle, Tarlach, Safeguarding Human Dignity in the European Audiovisual Sector, IRIS Plus, 2007.
52. Medenwald, J. L., A „Frozen Exception“ for the Frozen Embryo: The Davis „Reasonable Alternative Exception“, Indiana Law Journal, Vol. 76 Br. 2
53. Melullis, Klaus-Jürgen, Ausnahmen von der Patentierbarkeit, u: Dobrucki, Barbara et. al., Benkard Europäisches Patentübereinkommen: EPÜ-Kommentar, Band 4a, Verlag C.H. Beck München, 2002, str. 391.
54. Murray, L. E., Davis v. Davis: The Embryonic Stages of Procreational Privacy, Pace Law Review, Vol. 14, Iss. 2, 1994.
55. Okita, Keisuke, Yamanaka, Shinya, Induced pluripotent stem cells: opportunities and challenges, Philosophical Transactions of The Royal Society B, Col. 366, 2011. .
56. Oklahoma Habitual Criminal Sterilization Act, Oklahoma Statutes, Title 57 §§ 171 (1935)
57. Omnibus Appropriations Act
58. O'Sullivan, Ella, Article 53(a) EPC and the patentability of animals: The effect of Rule 23d(d) on ordre public and morality evaluations in the European Patent Office (<http://www.atrip.org>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
59. Otto, Dirk, Elwan, Omaia,Article V(2), u: Kronke, Herbert, Nacimiento, Patricia et al. (ur.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Kluwer Law International, 2010.
60. Packer, Samuel, Embryonic Stem Cells, Intellectual Property and Patents: Ethical Concerns, Hofstra Law Review, Vol. 27, 2009.
61. Park, Alice, Early Success in a Human Embryonic Stem Cell Trial to Treat Blindness, članak od 24. siječnja 2012. dostupan u elektroničkom obliku na portalu Time (<http://healthland.time.com/2012/01/24/early-success-in-a-human-embryonic-stem-cell-trial-to-treat-blindness>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
62. Paterson, Gerald, The European Patent System, The Law and Practice of the European Patent Convention, Second Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001.
63. Payne, Catherine D., Stem Cell Research and Cloning for Human Reproduction: An Analysis of the Laws, the Direction in Which They May be Heading in Light of Recent Developments, and Potential Constitutional Issues, Mercer Law Review, Vol. 61, 2010.
64. Pens, G. E., Klasični slučajevi iz medicinske etike, Opis slučajeva koji su uobličili medicinsku etiku, sa njihovom filozofskom, pravnom i istorijskom pozadinom, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2007.
65. Pezo, V., (gl. ur.), Pravni leksikon, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007.
66. Popis država ugovnornica Konvencije Ujedinjenih naroda o pravima djeteta <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>.
67. Porter, Gerard, The Drafting History of the European Biotechnology Directive, u: Plomer, Aurora, Torremans, Paul, Embryonic Stem Cell Patents: European Law and Ethics, Oxford University Press, New York, 2009.
68. Rao, R., Coercion, Commercialization, and Commodification: The Ethics of Compensation for Egg Donor in Stem Cell Research, Berkley Technology Law Journal, Vol. 21 Br. 3, 2011.
69. Rao, R., Property, privacy and other legal constructions of human embryos, u: Nisker, J., Baylis, F., Karpin, I., McLeod, C., Mykitiuk, R. (eds.), The 'Healthy' Embryo: Social, Biomedical, Legal and Philosophical Perspectives, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
70. Rodin, S., Ćapeta, T., Goldner Lang, I., Izbor presuda Europskog suda, Gradivo za nastavu prava EU, Novi informator, Zagreb, 2009.
71. Rubenfeld, J., The Right of Privacy, Harvard Law Review, Vol. 102, 1989.
72. Salehi, S. I., Do Embryos Have Constitutional Rights?: Doe v. Obama, South Carolina Law Review, Vol. 63., 2012.
73. Salter, Brian, The Global Politics of Human Embryonic Stem Cell Science, Global Governance, Vol. 13, 2007.
74. Siew-Kuan, Elizabeth, Immoral Inventions: Interaction between Ethics and Biotechnology Patent Law, Singapore Academy of Law Journal, Vol. 22, 2010.
75. Singer, Margarete, Stauder, Dieter, European patent convention, A Commentary, Volume 1, Sweet and Maxwell, 2003.
76. Smerdel, B., u Smerdel, B., Sokol, S., Ustavno pravo, Narodne novine, Zagreb, 2009. , str. 65.
77. Smith, Michael, Morality and Law, u: Berry Gray, Christopher, The Philosophy of Law – An Encyclopedia, Volume II (K – Z), Garland Publishing, Inc., London & New York, 1999.
78. Starck, Christian, Embryonic Stem Cell Research according to German and European Law, German Law Journal, Vol. 7 Br. 7, 2005.
79. Sterckx, Sigrid, Cockbain, Julian, Assessing the Morality of the Commercial Exploitation of Inventions Concerning Uses of Human Embryos and the Relevance of Moral Complicity: Comments on the EPO’s Warf Decision, SCRIPTed, Vol. 7 Br. 1, 2010.
80. Sterckx, Sigrid, The European Patent Convention and the (non)patentability of Human Embryonic Stem Cells: the WARF Case, Intellectual Property Quarterly, Br. 4, Sweet & Maxwell, 2008.
81. Sterckx, Sigrid, The WARF/Stem Cells Case Before the EPO Enlarged Board of Appeal, European Intellectual Property Review, Vol. 30, 2008.
82. Sterling, A. M., E. W., The European Union and Abortion Tourism; Liberalizing Ireland’s Abortion Law, Boston College International & Comparative Law Review, Vol. 20, No. 2, str. 386.
83. Šercer, A. (gl. red.), Medicinska enciklopedija, vol. 1 (D-Glu), Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, 1967.
84. Škorić, Mirabell, Pravna regulacija reproduktivnog i terapeutskog kloniranja na međunarodnoj i nacionalnoj razini, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 28 Br. 2, 2007.
85. Volokh, E., Medical Self-Defence, Prohibited Experimental Therapies, and Payment for Organs, Harvard Law Review., Vol. 120, No. 7, 2007.
86. vom Wege Dovi, Julia, Speaking Words of Wisdom: Let it be. The Reexamination of the Human Embryonic Stem Cell Patents, Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 12 Br. 1, 2008.
87. Warnick Report, Department of Health & Social Security, Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilization and Embryology, Her Majesty's Stationery Office, London, 1988.
88. Williams, Sophia, Briistle v Greenpeace: The Court of Justice of the European Union Interprets the Term "Human Embryo" Widely, Restricting Member States' Discretion To Pass National Patent Legislation for Biotechnological Inventions, Tulane Journal of International and Law, Vol. 20, 2011.

## 7.2. Općenormativni akti

1. Abortion Act 1967 (1967 c. 87 )
2. DeklaracijaUN-a o ljudskom kloniranju (<http://www.c-fam.org/docLib/20080625_Declaration_on_Human_Cloning.pdf>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
3. Deklaracija UNESCO-a o ljudskom genomu i ljudskim pravima (<http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/human-genome-and-human-rights/>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
4. Direktiva 98/44/EC o pravnoj zaštiti biotehnoloških izuma od 6. srpnja 1998. godine (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:213:0013:0021:EN:PDF>. Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
5. Dodatni protokol o zabrani kolniranja uz Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini (<http://hidra.srce.hr/webpac-hidra-murh2-pregled/?rm=results&show_full=1&f=IDbib&v=MU003188&filter=hidra-murh>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
6. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija) (Narodne novine, MU, br. 6/99)
7. Europska konvencija o ljudskim pravima i biomedicini (<http://hidra.srce.hr/webpac-hidra-murh2-pregled/?rm=results&show_full=1&f=IDbib&v=MU003188&filter=hidra-murh>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
8. Executive Order 13435, Expanding Approved Stem Cell Lines in Ethically Responsible Ways, 72 Fed. Reg. 120, 34591 (June 20, 2007) (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2007-06-22/pdf/07-3112.pdf>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
9. Executive Order 13505, Removing Barriers to Responsible Scientific Research Involving Human Stem Cells, 74 Fed. Reg. 46, 10667 (March 11, 2009) (dosupno na: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2009-03-11/pdf/E9-5441.pdf>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
10. Florida Statutes § 742.17 (2007)
11. Guidelines for Human Stem Cell Research (Fed. Reg. 32170)
12. Kazneni zakon (Narodne novine, br. 125/11 i 144/12)
13. Kazneni zakon Republike Irske
14. Konvencija o priznavanju europskih patenata (Europska patnenta konvencija)<http://www.dziv.hr/files/File/zakonodavstvo/medjunarodni/EPC_2000_temp.pdf>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
15. Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima djeteta (UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, United Nations, Treaty Series, vol. 1577)
16. Louisiana Revised Statutes (<http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?folder=75>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
17. Missouri Revised Statutes (<http://www.moga.mo.gov/statutes/statutes.htm>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
18. Offences against the Person Act 1861 (24 & 25 Vict c 100)
19. Parliamentary Assembly Resolution 1607 (2008), Access to safe and legal abortion in Europe, (<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta08/eres1607.htm>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
20. Regulation of Information (Services Outside the State For Termination of Pregnancies) Act (Irish Statute Act, No. 5, 1995.)
21. Rimski ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice
22. Smjernice EPO-a za ispitivanje patenata (<http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
23. Sporazum Svjetske trgovinske organizacije o trgovinskim aspektima prava intelektualnog vlasništva (<http://www.dziv.hr/files/File/zakonodavstvo/medjunarodni/WTO_TRIPS.pdf>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
24. Tennessee Wrongful Death Statute, Tenn. Code Ann. § 20-5-106
25. Ugovor o Europskoj Uniji (<http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski-prociscena.pdf>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
26. Ugovor o funkcioniranju Europske unije
27. Uniform Anatomical Gift Act. T.C.A. § 39-15-208
28. Uredba o ljudskoj oplodnji i embriologiji (<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/188/contents/made>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
29. Ustav Republike Irske
30. Ustav Sjedinjenih Američkih Država
31. Zakon o medicinskoj oplodnji (Narodne novine, br. 86/12)
32. Zakon o patentu (Narodne novine, br. 173/03, 87/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11)
33. Zakon o zaštiti prava pacijenata (Narodne novine, br. 169/04, 37/08)

## 7.3. Odluke sudova i drugih tijela

1. Mišljenje britanskog patentnog ureda (UKPO) u predmetu G2/06 –Wisconsin Alumni Research Foundation, Amicus Curiae Submission Of The United Kingdom iz 2006. godine. (<http://www.ipo.gov.uk/warf.pdf>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
2. Mišljenje nezavisnog odvjetnika u predmetu Brüstle v. Greenpeace od 10. ožujka 2011. (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81836&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=451656>).  Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
3. Mišljenje nezavisnog odvjetnika van Gervena o 11. lipnja 1991. u predmetu C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children v. Grogan [1990] E.C.R. I-4703., I-4732.
4. Predmet Flaminio Costa v. E.N.E.L. (6/64).
5. Predmet A, B and C v. Ireland, 25579/05 [2010] ECHR 2032
6. Predmet Algemeine Transport – en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration (26/62).
7. Predmet Attorney General v. X, [1992] 1 IR 1
8. Predmet C-34/10, Briistle v. Greenpeace od 18. listopada 2011. ([http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j 6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j%206/)). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
9. Predmet City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983)
10. Predmet Davis v. Davis, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992)
11. Predmet Davis v. Davis, Case No E-14496 (Tenn. C.C., Blount Cty, Div. 1 1989)
12. Predmet Doe v. Obama, 670 F.Supp.2d 435 (2009)
13. Predmet Doe v. Obama, 631 F.3d 157 (4th Cir. 2011)
14. Predmet Doe v. Obama, 131 S. Ct. 2938 (2011).
15. Predmet Društvo za zaštitu nerođene djece (SPUC) v. Stephan Grogan i ostali, C-159/90 [1991] ECR I-4685
16. Predmet easyCar (C‑336/03)
17. Predmet Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438 (1972)
18. Predmet Ekro (327/82)
19. Predmet Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007
20. Predmet Griswold v. Connceticut, 381 U. S. 479 (1965)
21. Predmet Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (5/88) od 13. srpnja 1989.
22. Predmet Infopaq International (C‑5/08)
23. Predmet Kass v. Kass, 235 A.D.2d 150, 663 N.Y.S.2d 581 (1997)
24. Predmet Kass v. Kass, 673 N.Y.D.2d 350, 91 N.Y.2d 554, 69 N.E.2d 174 (NY Ct. App. 1998)
25. Predmet Linster (C-287/98
26. Predmet Litowitz v. Litowitz, 48 P.3d 261, 146. Wash.2d 514 (Wash. 2002)
27. Predmet Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, (14234/88) [1992] ECHR 68 (29 October 1992)
28. Predmet Padawan (C-467/08)
29. Predmet Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992)
30. Predmet Relaxin (OJ 1995, 388, Br. 6.2.1).
31. Predmet Rex v. Bourne [1939] 1 K. B. 687.
32. Predmet Roe v. Wade, 410 U. S. 113 (1973)
33. Predmet Skinner v. Oklahoma, 316 U. S. 535 (1942)
34. Predmet T 315/03 od 6. srpnja 2004. godine.
35. Predmet T 356/93
36. Predmet UGT-FSP (C‑151/09)
37. Predmet Wallentin-Hermann (C‑549/07)
38. Predmet Webster v. Reproductive Health Services, [492 U.S. 490](http://en.wikipedia.org/wiki/Case_citation) (1989)
39. Predmet York v. Jones, 717 F. Supp. 421 (E.D. Va. 1989)
40. Presuda Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 309.
41. Presuda Harvard College v. Canada, 4 S.C.R. 45, 2002 SCC od 21. svibnja 2002. godine.

## 7.4. Internetski izvori

1. Apel „On Human Embryos and Medical Research:An Appeal for Ethically Responsible Science and Public Policy“, Issues in Law and Medicine, Vol. 16, 2000.
2. Članak na web stranici organizacije Stem Cell Action: <http://www.stemcellaction.org/content/recent-advances-human-embryonic-stem-cell-research>. Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
3. Etički osvrt izvršnog odbora Bioetičke radne skupine Europske Ekumenske komisije za crkvu i zajednicu iz 1998. godine (<http://www.rewi.uni-jena.de/rewimedia/Downloads/LS_Ruffert/Ethical+Codes/Conference+of+European+Churches_Cloning+Animals+and+Humans.pdf>. Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
4. Izvješće Međunarodne bioetičke komisije u sklopu UNESCO-a o korištenju ljudskih embrionalnih matičnih stanica u istraživanjima (<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001322/132287e.pdf>). Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
5. Preliminarno izvješće o istraživanju (<http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/S0140673612600282.pdf>). Web stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
6. Web stranica američkog Nacionalnog instituta zdravlja (*National Institute of Health - NIH*): <http://stemcells.nih.gov/policy/pages/guidelines.aspx>. Stranica posljednji put posjećena 02. svibnja 2013. godine.
7. Doe v. Obama, Petition for a Writ of certiorari, No. 10 – 1206. (dostupno na: http://www.naapc.org/wp-content/uploads/2011/04/palmer-final.pdf ).

# 8. Sažetak

Uspješna primjena proizvoda koji koriste neki derivat embrionalnih matičnih stanica s jedne strane te moralne dvojbe koje proizlaze iz takve primjene s druge strana, rezultirale su u raspravi koja je utjecala na mnoga pravna područja. Jedno od njih je i patentno pravo. Takvi moralno izazovni proizvodi prouzrokovali su veliku zabrinutos u Sjedinjenim Američkim Državama i Europskoj uniji. Međutim, ta dva sustava na različite su načine riješila to moralno pitanje. Upravo su ta rješenja problem koji se rješava u sklopu ovog rada. Ona se promatraju iz aspekta američkih sudova koji se bavi pravnim statusom embija te Europskog suda koje se bavi s patentibilnosti embrionalnih matičnih stanica. Iako raspravljaju različita pitanja, njihova stajališta pokazuju različitost pogleda na embrije, etiku i pravo.

**Ključne riječi**: istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama, isključenje patentibilnosti, pravni status embrija

# 9. Summary

Succesful application of products which contain some derivation of human embryonic stem cells on one hand and moral doubts about such application on the other resulted in debate which affected a variety of fields of law. One of those fields is patent law. Such morally tainted products caused great concerns both in the United States and European Union. However, those two legal systems had a different idea about how such moral question should be dealt with. Such solutions are a matter discussed in this paper. They are observed from the point of view of the courts of the United States dealing with legal status of embryo and the European Court of Justice dealing with patentibility of the inventions involving embryonic stem cells. Although they discuss different matters, their opinions show the diversity of views about embryos, ethics and law.

**Keywords**: embryonic stem cell research, exclusion of patentibility,  
embryo legal status

1. Radi se o degeneraciji središnjeg dijela mrežnice (tzv. makule) koja rezultira u postupnom gubitku vida. Više v. de Jong, Paulus T. V. M., Age-Related Macular Degeneration, New England Journal of Medicine, Vol. 355 Br. 14, 2006, str. 1474. [↑](#footnote-ref-2)
2. Terapiju i klinička ispitivanja provodilo je američko sveučilište UCLA. Preliminarno izvješće o istraživanju dostupno je na web stranici: http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/S0140673612600282.pdf. [↑](#footnote-ref-3)
3. V. članak autorice Alice Park naslova „Early Success in a Human Embryonic Stem Cell Trial to Treat Blindness“ dostupan u elektroničkom obliku na portalu Time (http://healthland.time.com/2012/01/24/early-success-in-a-human-embryonic-stem-cell-trial-to-treat-blindness). [↑](#footnote-ref-4)
4. V. članak na web stranici organizacije Stem Cell Action: <http://www.stemcellaction.org/content/recent-advances-human-embryonic-stem-cell-research>. [↑](#footnote-ref-5)
5. V. Izvješće Međunarodne bioetičke komisije u sklopu UNESCO-a o korištenju ljudskih embrionalnih matičnih stanica u istraživanjima, str. 2 – 3 (http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001322/132287e.pdf). [↑](#footnote-ref-6)
6. Prve embrionalne matične stanice izdvojili su 1998. James Thomson (Sveučilište Wisconsin) i John Gearhart (Sveulište John Hopkins) u zajedničkom istraživačkom pothvatu (Salter, Brian, The Global Politics of Human Embryonic Stem Cell Science, Global Governance, Vol. 13, 2007., str. 279). [↑](#footnote-ref-7)
7. Starck, Christian, Embryonic Stem Cell Research according to German and European Law, German Law Journal, Vol. 7 Br. 7, 2005, str. 627. [↑](#footnote-ref-8)
8. V. primjerice etički osvrt izvršnog odbora Bioetičke radne skupine Europske Ekumenske komisije za crkvu i zajednicu iz 1998. godine. Osvrt dostupan na web stranici: <http://www.rewi.uni-jena.de/rewimedia/Downloads/LS_Ruffert/Ethical+Codes/Conference+of+European+Churches_Cloning+Animals+and+Humans.pdf>. Tako je papa Ivan Pavao II, u obraćanju članovima Pontifikalne akademije znanosti eksplicirao: „Najoštrije osuđujem, na najizričitiji i najformalniji mogući način, eksperimentalno manipuliranje ljudskim embrijima jer ljudski život, od začeća pa do smrti, ne smije biti eksploatiran ni u koju svrhu.“ Obraćanje pape Ivana Pavla II. članovima Pontifikalne akademije znanosti od 23. X. 1982. Prema O'Rourke, K. D., Boyle, P., Medical Ethics: Sources of Catholic Teaching, Georgetown University Press, Washington, D. C., 1999., str. 126. Također, u enciklici Evangelium Vitae, navodi: *„it must nonetheless be stated that the use of human embryos or fetuses as an object of experimentation constitutes a crime against their dignity as human beings who have a right to the same respect owed to a child once born, just as to every person. This moral condemnation also regards procedures that exploit living human embryos and fetuses-sometimes specifically "produced" for this purpose by in vitro fertilization-either to be used as "biological material" or as providers of organs or tissue for transplants in the treatment of certain diseases. The killing of innocent human creatures, even if carried out to help others, constitutes an absolutely unacceptable act.“* Ivan Pavao II, Enciklika Evangelium Vitae, 25. III. 1995., par. 63. V. i Forster, H., The legal and ethical debate surrounding the storage [↑](#footnote-ref-9)
9. V. apel potpisan od strane preko stotinu poznatih liječnika, znanstvenika, teologa, etičara, pravnika i grupacija, (On Human Embryos and Medical Research:An Appeal for Ethically Responsible Science and Public Policy, Issues in Law and Medicine, Vol. 16, 2000). [↑](#footnote-ref-10)
10. Istraživanja provedena tijekom 2005. godine pokazala su da u svijetu postoji ukupno 12 društava koja provode biomedicinska istaživanja na ljudskim embrija, od kojih 5 ima državnu pripadnost SAD-a, dok po jedno društvo imaju Njemačka, Australija, Švedska, Švicarska, Indija, Južna Koreja i Velika Britanija. Lysaght, V. M. J. , Hazlehurst, A. B., Private Sector Development of Stem Cell Technology and Therapeutic Cloning," Tissue Engineering, Vol. 9 Br. 3, 2003, cit. prema Salter, Brian, op. cit., str. 281. [↑](#footnote-ref-11)
11. Odrasle matične stanice mogu se razviti u samo jedan određen tip stanica, odnosno tkiva, dok se embrionalne mogu neograničeno dijeliti (Jameson, Samantha A., A Comparison of the Patentability and Patent Scope of Biotechnological Inventions in the United States and the European Union, AIPLA Quarterly Journal, Vol. 35 Br. 2, 2007, str. 233). [↑](#footnote-ref-12)
12. *Doe v. Obama*, 631 F.3d 157 (4th Cir. 2011). [↑](#footnote-ref-13)
13. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-14)
14. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-15)
15. Executive Order 13505, Removing Barriers to Responsible Scientific Research Involving Human Stem Cells, 74 Fed. Reg. 46, 10667 (March 11, 2009) (dosupno na: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2009-03-11/pdf/E9-5441.pdf>). [↑](#footnote-ref-16)
16. *Doe v. Obama*, 631 F.3d 157, str. 159. [↑](#footnote-ref-17)
17. Ibid. [↑](#footnote-ref-18)
18. V. npr. Garret, B. L., *Habeas Corpus and Due Process*, Cornell Law Review, Vol. 98, No. 1, 2012., str. 68. [↑](#footnote-ref-19)
19. 670 F.Supp.2d 435 (2009) [↑](#footnote-ref-20)
20. Predmet C-34/10, Briistle v. Greenpeace od 18. listopada 2011. ([http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j 6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j%206/)) [↑](#footnote-ref-21)
21. Njemački Zakon o patentu. [↑](#footnote-ref-22)
22. Direktiva 98/44/EC o pravnoj zaštiti biotehnoloških izuma od 6. srpnja 1998. godine. Tekst dostupan na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:213:0013:0021:EN:PDF>. [↑](#footnote-ref-23)
23. V. Williams, Sophia, Briistle v Greenpeace, The Court of Justice of the European Union Interprets the Term „Human Embryo“ Widely, Restricting Member States' Discretion To Pass National Patent Legislation for Biotechnological Inventions, Tulane Journal of International and Law, Vol. 20, 2011, str. 571. – 572 [↑](#footnote-ref-24)
24. Fazzini, Anthony, Burkey, Billy, Munoz, Daniel,Yang, Raymond, The Economics of Embryonic Stem Cell Research in the United States, Focus, Vol. 37 Br. 1, 2007, str. 4. [↑](#footnote-ref-25)
25. Patentno pravo štiti izum i inovaciju te njegovom ovlašteniku daje isključivo pravo ekonomskog iskorištavanja izuma. V. vom Wege Dovi, Julia, Speaking Words of Wisdom: Let it be. The Reexamination of the Human Embryonic Stem Cell Patents, Marquette Intellectual Property Law Review, Vol. 12 Br. 1, 2008, str. 121. [↑](#footnote-ref-26)
26. Donnelly, Stephen R., The Patentability of Human Embryonic Stem Cells: Is the Consistent Application of the European Union Biotechnology Directive's Moral Exclusion Clause Undermining Investor Confidence in Europe, Providing a Competitive Advantage to the United States?, Dalhousie Journal of Legal Studies, Vol. 20, 2011, str. 152. [↑](#footnote-ref-27)
27. Tako Kina, Indija, Japan, Južna Koreja, Singapur, Tajvan i Tajland nemaju gotovo nikakve propise na tom području ili pak daju veliku autonomiju medicinskoj struci (v. Isasi, Rosario M. et al., Legal and Ethical Approaches to Stem Cell and Cloning Research: A Comparative Analysis of Policies in Latin America, Asia, and Africa, Journal of Law, Medicine and Ethics, Volume 32, 2004., str. 627). [↑](#footnote-ref-28)
28. Cheney, Kenneth C., Patentability of Stem Cell Research Under TRIPS: Can Morality-Based Exclusions Be Better Defined by Emerging Customary International Law?, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review Volume 29, 2007., str. 512. [↑](#footnote-ref-29)
29. McCoy, Andrew, Biotechnology and Embryonic Stem Cells: A Comparative Analysis of the Laws and Policies of the United States and Other Nations, Loyola Law and Technology Annual, Vol. 8, 2009, str. 73. [↑](#footnote-ref-30)
30. Ibid. Tako primjerice Singapur zatijeva samo informirani pristanak donora stanica i da se radi o embriju čija starost ne prelazi četrnaest dana. [↑](#footnote-ref-31)
31. V. Laezer, Leslie, Brother Can You Spare a Cell?" The Ethical and Moral Minefield Surrounding Stem Cell Research on US and International Law, Currents International Trade Law Journal, Vol. 13, 2004., str. 48. Tada se i razvija niz stanica koji čine primitivni živčani sustav. Od tog trenutka više nije moguća dioba koji bi dovela do rođenja blizanaca i embrij postaje jedinstveni pojedinac (v. Balint, John A., Ethical Issues in Stem Cell Research, Albany Law Review, Vol. 65, 2002., str. 730.). [↑](#footnote-ref-32)
32. V. presudu u predmetu Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 309. U tom predmetu, Vrhovni sud SAD-a proglasio se nenadležnim za odlučivanje o moralnim pitanjima te takva pitanja pripisao djelokrugu političkih tijela. Doktrina također slijedi takvu argumentaciju. Tako npr. *Cesaroni* kaže da patentiranje ne bi trebalo odbiti radi puke činjenice da je predmet prijave kontroverzni izum, već izumitelju uvijek dati isključiva prava iskorištavanja svojeg izuma, a sve radi znanstvenog napretka (v. Cesaroni, John L., Designer Human Embryos: A Challenge for Patent Law and Regulation, Quinnipiac Law Review, Vol. 30, 2012., str. 768.). [↑](#footnote-ref-33)
33. Donley Young, Cynthia, A Comparative Look at the U.S and British Approaches to Stem Cell Research, Albany Law Review, Vol. 65, 2002., str. 842. Međutim, ono je *de facto* postojalo tijekom mandata predsjednika Busha (v. Kim, Mikyung, U.S. & Korean Human Cloning Regulations, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 21 Br. 4, 2005., str. 676.). [↑](#footnote-ref-34)
34. Porter, Gerard, The Drafting History of the European Biotechnology Directive, u: Plomer, Aurora, Torremans, Paul, Embryonic Stem Cell Patents: European Law and Ethics, Oxford University Press, New York, 2009. Takvog stava je i nezavisni odvjetnik koji je izdao svoje mišljenje povodom ovog predmeta pred Europskim sudom. Mišljenje nezavisnog odvjetnika od 10. ožujka 2011. godine dostupno na web stranici Europskog suda: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81836&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=451656>. [↑](#footnote-ref-35)
35. Donelly, Stephen R., op. cit., v. posebno str. 175 – 182. o američkom sustavu patentiranja u ekonomskoj i pravnoj usporedbi s europskim. [↑](#footnote-ref-36)
36. Republika Hrvatska u Zakonu o patentu (Narodne novine, br. 173/03, 87/05, 76/07, 30/09, 128/10, 49/11) preuzela je rješenja Biodirektive. Međutim, istraživanja na embrijima i embrionalnim matičnim stanicama nisu preispitivana unutar patentnih postupaka. Ta su istraživanja dotaknuta propisima drugih područja. Tako Zakon o zaštiti prava pacijenata (Narodne novine, br. 169/04, 37/08) propisuje pretpostavke koje moraju biti ispunjene da bi medicinska istraživanja bila dopuštena, a spominju se i istaživanja na ljudskom genomu koja su dopuštena za terapeutske svrhe. Važnije za područje ovog tipa biomedicinskih istraživanja je Zakon o medicinskoj oplodnji (86/12) jer on određuje broj stanica koji se može oploditi za potrebe postupka medicinske oplodnje. Upravo su tako dobiveni embriji važan izvor za biomedicinska istraživanja. Starije ograničenje po kojem su mogle biti oplođene samo tri jajne stanice u značajnoj je mjeri onemogućavalo istraživanja jer nije bilo materijala za takva istaživanja. Takvo ograničenje u najmanju je ruku jednakog učinka kao i zabrana javnog financiranja. [↑](#footnote-ref-37)
37. Iako već sada u Republici Hrvatskoj postoji zaštita europskim patentom, a i Republika Hrvatska usklađuje svoje propise s pravnom stečevinom EU, ona još uvijek ne može biti sankcionirana *stricto sensu* u skladu s normama europskog prava. Jednom kad Republika Hrvatska postane državom članicom EU, njeni će propisi postati podređeni europskima. Tumačenje europskih patentnopravnih propisa ovisit će o tumačenjima Europskog suda. U tom smislu je ova presuda od iznimnog značaja za hrvatsko patentno pravo. [↑](#footnote-ref-38)
38. Korištene su metode analize stručne literature, analize statističkih podataka te anketnog ispitivanja. Anketa je provedena na ukupno 259 ispitanika. Provođena je putem online obrasca među studentima Pravnog, Medicinskog, Farmaceutsko-biotehonološkog fakulteta i drugih fakulteta te među diplomiranima s istih područja. Ispitanicima je postavljeno ukupno petnaest pitanja putem kojih su, davajući jednostavan odgovor (točno/netočno), izrazili svoje vrijednosne stavove o bioetičkim pitanjima usko vezanim uz istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama. [↑](#footnote-ref-39)
39. U tom kontekstu v. Yi-Chen Su, Albert Wai-Kit Chan, Mary Doe's destiny: How the U.S. has banned human embryonic research in the absence of a direct prohibition. Richmond Journal of Law & Technology, Vol. 14, No. 4, 2008., str. 2. – 3. i 30. [↑](#footnote-ref-40)
40. Određene savezne države su eksplciite zabranile korištenje embrija u istraživačke svrhe. Tako npr. Louisiana zabranjuje stvaranje embrija *in vitro* fertilizacijom u istraživačke ili bilo koje druge svrhe, osim implantacije. Također, izričito je zabranjeno i prodaja jajne stanice, oplođene jajne stanice, odnosno ljudskog embrija. V. LA-RS 9 §122. [↑](#footnote-ref-41)
41. Omnibus Appropriations Act, 2009, Pub. L. No. 111-8, Division F, Title V, Section 509 (a), 123 Stat. 524, 803 (2009).: „(a) None of the funds made available in this Act may be used for--

    (1) the creation of a human embryo or embryos for research purposes; or

    (2) research in which a human embryo or embryos are destroyed, discarded, or knowingly subjected to risk of injury or death greater than that allowed for research on fetuses in utero under 45 CFR 46.208(a)(2) and Section 498(b) of the Public Health Service Act (42 U.S.C. 289g(b)) (Title 42, Section 289g(b), United States Code).“ [↑](#footnote-ref-42)
42. Ibid. [↑](#footnote-ref-43)
43. V. npr. Pens, G. E., Klasični slučajevi iz medicinske etike, Opis slučajeva koji su uobličili medicinsku etiku, sa njihovom filozofskom, pravnom i istorijskom pozadinom, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2007., str. 330. – 31. [↑](#footnote-ref-44)
44. Executive Ordr 13435, Expanding Approved Stem Cell Lines in Ethically Responsible Ways, 72 Fed. Reg. 120, 34591, (June 20, 2007) (dostupno na: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2007-06-22/pdf/07-3112.pdf>). Laezer, Leslie, op. cit., str. 38. Inicijativa je došla od strane Nacionalnog bioetičkog savjetodavnog vijeća već 1999. godine koji je preporučio ukidanje financiranja istraživanja koja uključuju pluripotentne ljudske stanice (v. Kramer, James M., Stemming the Tide: A Call for a Reinterpretation of Embryonic Rights in Light of Emerging Alternatives in Medical Research and Conflicting Areas of Law, Rutgers Law Journal, Vol. 39, 2007, str. 703.). O smjernicama na ovom području od 1999. godine do danas v. web stranicu američkog Nacionalnog instituta zdravlja (*National Institute of Health - NIH*): <http://stemcells.nih.gov/policy/pages/guidelines.aspx>. [↑](#footnote-ref-45)
45. V. Stem Cell Research Enhancement Act of 2005, H. R. 810, 109th Congress (veto uložen 19. VII. 2006). i Stem Cell Research Enhancement Act of 2007, S. 5, 110th Congress (veto uložen 20. VI. 2007). V. u Hicks, K. M., Embryonic Stem Cell Research and the Theory of Medical Self-Defense, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 21, No. 2, 2008., str. 549. bilj. 8. [↑](#footnote-ref-46)
46. Tijekom 2001. godine provedeno je više anketa, a u svima je većina u slučaju izbora između uništenja viška oplođenih stanica i istraživanja na njima bezuvjetno izabralo potonje (v. Johnson Kukla, Heather, Embryonic Stem Cell Research – An Ethical Justification, The Georgetown Law Journal, Vol. 90, 2002., str. 512. – 513.). Ta se brojka i povećala 2008. godine u ponovljenoj anketi (v. Packer, Samuel, Embryonic Stem Cells, Intellectual Property and Patents: Ethical Concerns, Hofstra Law Review, Vol. 27, 2009., str. 490.). [↑](#footnote-ref-47)
47. 74 Fed. Reg. 32170. [↑](#footnote-ref-48)
48. V. Salehi, S. I., Do Embryos Have Constitutional Rights?: Doe v. Obama, South Carolina Law Review, Vol. 63., str. 1091. [↑](#footnote-ref-49)
49. Tekst konvencije na hrvatskom jeziku dostupan je na web stranici Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo: <http://www.dziv.hr/files/File/zakonodavstvo/medjunarodni/EPC_2000_temp.pdf>. Prema članku 53(1)(a) EPC, europski patenti ne priznaju se za izume „čije bi gospodarsko iskorištavanje bilo protivno javnom poretku ili moralu“. Konvencija je, doduše, predvidjela dodatan kriterij prema kojem puka činjenica da je takvo iskorištavanje zabranjeno zakonom ili drugim propisom u nekim ili u svim državama ugovornicama ne čini izum nemoralnim i suprotnim javnom poretku. [↑](#footnote-ref-50)
50. Iako Europska unija nije ugovornica te konvencije, europski patentni ured pokazao se spremnim uvažiti u njoj izražena načela, s obzirom da su sve članice EU bile ujedno i stanke EPC-a. [↑](#footnote-ref-51)
51. Članak 6. stakak 2. podstavak c Direktive. V. i Jameson, Samantha A., op. cit., str. [↑](#footnote-ref-52)
52. Donelly, Stephen R., op. cit., str. 169. [↑](#footnote-ref-53)
53. Članak 6. stavak 1. Direktive. [↑](#footnote-ref-54)
54. Predmet C-34/10, Briistle v. Greenpeace od 18. listopada 2011. ([http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j 6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j%206/)). [↑](#footnote-ref-55)
55. V. u Šercer, A. (gl. red.), Medicinska enciklopedija, vol. 1 (D-Glu), Jugoslavenski leksikografski zavvod, Zagreb, 1967., str. 14. [↑](#footnote-ref-56)
56. Četiri su osnovne alternative u pogledu raspolaganja s viškom emrbija nastalih *in vitro* oplodnjom: 1) doniranje embrija radi provođenja znanstvenih istraživanja nad njima; 2) uništenje emrbija; 3) nastavak krioprezervacije emrbija; 4) doniranje embrija drugom paru. V. više Forster, H., The legal and ethical debate surrounding the storage and destruction of frozen human embryos: a reaction to the mass disposal in Britain and the lack of law in the United States, Washington University Law Quarterly, Vol. 76, No. 2, 1998., str. 760. U odsutstvu zakonskih ograničenja, kakva postoje npr. u saveznoj državi Louisiani, koja bi izbor suzila na potonju ili potonje dvije alternative, davatelji gameta su načelno slobodni opredjeliti se za jednu od navedenih opcija. Ipak, nerijetko se davatelji gameta, kao što je to bio slučaj u odnosnom predmetu, odlučuju za različite od ponuđenih alternativa. Insuficijentna normiranost u većini saveznih država SAD-a dovela je do uspostave kriterija za rješavanje kolizije interesa davatelja gameta od strane sudova [↑](#footnote-ref-57)
57. Rao, R., Coercion, Commercialization, and Commodification: The Ethics of Compensation for Egg Donor in Stem Cell Research, Berkley Technology Law Journal, Vol. 21, No. 3, str. 1055. [↑](#footnote-ref-58)
58. *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) (dalje: *Roe*). [↑](#footnote-ref-59)
59. *Roe*, str. 159. [↑](#footnote-ref-60)
60. The Constitution of the United States, Amandment XIV. [1868], Section 1.: „*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*.“, v. u Garner, B. A. (ed. in ch.), *Black's Law Dictionary*, 9th edition, West Publishing Co., St Paul, MN, 2009., str. 1889. [↑](#footnote-ref-61)
61. *Roe*, str. 158. [↑](#footnote-ref-62)
62. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (dalje: Casey). [↑](#footnote-ref-63)
63. *Casey*, str. 851. [↑](#footnote-ref-64)
64. Smerdel, B., u Smerdel, B., Sokol, S., *Ustavno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2009., str. 65. [↑](#footnote-ref-65)
65. Article 1191. Abortion: *"If any person shall designedly administer to a pregnant woman or knowingly procure to be administered with her consent any drug or medicine, or shall use towards her any violence or means whatever externally or internally applied, and thereby procure an abortion, he shall be confined in the penitentiary not less than two nor more than five years; if it be done without her consent, the punishment shall be doubled. By 'abortion' is meant that the life of the fetus or embryo shall be destroyed in the woman's womb or that a premature birth thereof be caused."* Nadalje, dovedena je u pitanje i ustavnost članka 1192, koji je predviđao da će se i samo pribavljanje sredstava za izazivanje pobačaja, znajući za svrhu u koju će biti upotrebljena, kažnjavati kao sudioništvo, članka 1193 koji je inkriminirao pokušaj pobačaja, članka 1194 koji je predviđao da će se prouzročenje smrti trudnice za vrijeme izvšenja ili pokušaja pobačaja smatrati ubojstvom, te članka 1196 istog zakona koji je propisivao isključenje primjene navedenih odredbi u slučajevima da je pobačaj izvršen ili pokušan radi zaštite života majke. *Roe*, str. 167. [↑](#footnote-ref-66)
66. Uz *Due Process Clause* u citiranom XIV. amandmanu koja se odnosi na savezne države, Ustav SAD-a sadrži *Due Process Clause* i u V. amandmanu koji se odnosi na saveznu vladu, iako se ista, prema doktrini inkorporacije, primjenjuje i na savezne države. Garner, B. A. (ed. in ch.), *Black's Law Dictionary*, *op. cit*., str. 575. Ova klauzula vuče svoje korijene iz čl. 39 Velike povelje sloboda (lat. *Magna Carta Libertarum*) Ivana bez zemlje iz 1215. V. npr. Garret, B. L., *Habeas Corpus and Due Process*, Cornell Law Review, Vol. 98, No. 1, 2012., str. 60. Navedena odredba Velike povelje glasi: *„Nijedan slobodni čovjek neće biti ubijen ili zatvoren, ili lišen svojih prava ili imovine, ili stavljen izvan zakona ili prognan, ili na bilo koji drugi način lišen svog položaja, niti ćemo mi protiv njega upotrijebiti silu, ili uputiti druge da to učine, osim na osnovi zakonite presude njemu jadnakih i/ili prava zemlje.“* Prema Kurtović, Š, Hrestomatija opće povijesti prava i države, I. knjiga, Stari i srednji vijek, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2005., str. 297. [↑](#footnote-ref-67)
67. *Roe*, str. 164 [↑](#footnote-ref-68)
68. *Griswold v. Connceticut*, 381 U. S. 479 (1965) (dalje: *Griswold*). Vrhovni sud SAD-a je, nakon što je prvi put eksplicite utvrdio kako Ustav štiti pravo na privatnost, utvrdio kako su odredbe §§ 53-32 (*"Any person who uses any drug, medicinal article or instrument for the purpose of preventing conception shall be fined not less than fifty dollars or imprisoned not less than sixty days nor more than one year or be both fined and imprisoned."*) i 54-196 (*"Any person who assists, abets, counsels, causes, hires or commands another to commit any offense may be prosecuted and punished as if he were the principal offender."*) *General Statutes of Connecticut*, protivne pravu na privatnost i kao takve neustavne. (*Griswold*, str. 485. – 486.). Sporne odredbe, kojima je javna vlast bez legitimnog razloga normirala intimne odnose bračnih drugova, koji svakako ulaze u Ustavom zaštićenu sferu privatnosti,*“seeks to achieve its goals by means having a maximum destructive impact upon that relationship.”* (*Griswold*, str. 485.) [↑](#footnote-ref-69)
69. V. više Rubenfeld, J., *The Right of Privacy*, Harvard Law Review, Vol. 102, 1989., str. 737 – 807. [↑](#footnote-ref-70)
70. *Griswold*, str. 479. [↑](#footnote-ref-71)
71. *Roe*. str. 114. [↑](#footnote-ref-72)
72. *Roe*, str. 153. Ipak, *Rubenfeld* upozorava da bi bilo pogrešno, iako ne i rijetko u sudskoj praksi i literaturi, zaključiti kako je ovom presudom proklamirano pravo pojedinca činiti s vlastitim tijelom što ga je volja. Također, autor ističe da se pravo žene na privatnost utvrđeno u *Roe* nipošto ne može reducitati samo na donošenje odluke hoće li se podrvgnuti određenom medicinskom zahvatu. V. Rubenfeld, J., *The Right of Privacy*, *op. cit*., str. 789. – 90. [↑](#footnote-ref-73)
73. *Roe*, str. 154. [↑](#footnote-ref-74)
74. *Griswold*, str. 504. [↑](#footnote-ref-75)
75. *Roe*, str. 162. – 164. [↑](#footnote-ref-76)
76. *Roe*, str. 163. [↑](#footnote-ref-77)
77. Roe, str. 163. Sud je postavio slijedeće kriterije za vaganje prava (*Roe*, str. 164), poznate kao tromjesečna shema:

    *„(a) For the stage prior to approximately the end of the first trimester, the abortion decision and its effectuation must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician.*

    *(b) For the stage subsequent to approximately the end of the first trimester, the State, in promoting its interest in the health of the mother, may, if it chooses, regulate the abortion procedure in ways that are reasonably related to maternal health.*

    *(c) For the stage subsequent to viability, the State in promoting its interest in the potentiality of human life“*

    Valja napomenuti kako je Vrhovni sud, iako ostavši pri stajalištu kako pravo na privatnost obuhvaća i ženino pravo na donošenje odluke o prekidu trudnoće i kriteriju sposobnosti za život izvan maternice kao ključnom, odbacio navedenu shemu presudom u predmetu *Casey*. Naime, savezna država je ovlaštena normativnom regulacijom pobačaja nametati ograničenja, sve dok takva ograničenja ne nameću *„neopravdano opterećenje“* (*„undue burden“*) ženi u ostvarenju njezina prava na privatnost. *Casey*, str. 874. [↑](#footnote-ref-78)
78. U literaturi je za pobačaj izvršen s ciljem zaštite života ili zdravlja majke uvriježen termim „*terapeutski pobačaj*“. V. Pezo, V., (gl. ur.), *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, Zagreb, 2007., str. 1078. – 79. . *Volokh* za terapeutski pobačaj koristi termin *“abortion-as-self-defense“*, razlikujući ga od *“abortion-as-choice“*. V. Volokh, E., *Medical Self-Defence, Prohibited Experimental Therapies, and Payment for Organs*, Harvard Law Review., Vol. 120, No. 7, 2007., str. 1824. *et seq*. Autor uvodi termin “*medical self-defense”* kao *genus proximum* za pobačaj iz samoobrane, korištenje neodobrenih eksperimentalnih terapija za terminalno bolesne, te pribavljanje organa za novčanu naknadu u slučaju opasnosti po život recipijenta. Imajući u vidu da je Vrhovni sud SAD-a, u predmetima *Roe* i *Casey*, afirmirao samo pravo na pobačaj iz samoobrane kao vrstu medicinske samoobrane, *Volokh* poziva na ekstenzivni pristup pravu na medicinsku samoobranu – ovo pravo bi trebalo obuvaćati i pravo na korištenje eksperimentalnih terapija i kupovanje organa: *“You may kill those who are threatening your life negligently or through an unfortunate nonnegligent accident. You may kill attackers who are insane and thus not morally culpable. You may use self-defense against animals, which are inherently not morally culpable, even when such actions would otherwise violate endangered species law, gun law, animal cruelty law, or property law. […] If I may kill a human or an animal to protect my life, why shouldn’t I be presumptively free to protect my life using medical procedures that don’t involve killing, such as com- pensated organ transplants or the use of experimental drugs?”* *Ibid*., 1817. – 18.). Ipak, ukoliko se i prihvati ova analogija, primjerenije bi bilo u kontekstu hrvatskog kaznenog zakonodavstva govoriti o krajnjoj nuždi, jer nužna obrana podrazumijeva protupravni napad, a samom se postojanju embrija ili fetusa ne može pridati atribut protupravnosti. U tom kontekstu spomenimo presudu u tzv. *„slučaju abortus”* njemačkog Vrhovnog suda (*Reichsgericht*) iz 1927., kojom je dopušten prekid trudnoće u slučaju znatne opasnoti po život i zdravlje majke. Sud se pozvao na tzv. *ubergesetzlicher Notstand*, odnosno supralegalnu krajnju nuždu koja proizlazi iz prirodne pravde, imajući u vidu kako je institute krajnje nužde, odnosno stanja nužde, bio nepoznat tadašnjem njemačkom kaznenom zakonodavstvu. Upravo je navedena presuda bila temelj normativne regulacije instituta krajnje nužde u njemačkom kaznenom pravu. Prema Bohlander, M., *Principles of German Criminal Law, Studies in International and Comparative Criminal Law*: Vol. 2, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008., str. 13. a. [↑](#footnote-ref-79)
79. Više od tri desetljeća nakon presude u predmetu Roe, Vrhovni je sud utvrdio i prostornu granicu ženina prava na privatnost u predmetu *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007) kojim je potvrdio ustavnost *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003*, 18 USC § 1531. Jedno od utvrđenja kongresa izraženo zakonom je slijedeće: *“...prominent medical association has recognized that partial-birth abortions are 'ethically different from other destructive abortion techniques because the fetus, normally twenty weeks or longer in gestation, is* ***killed outside of the womb****'. According to this medical association, the 'partial birth' gives the fetus an autonomy which separates it from the right of the woman to choose treatments for her own body“* (14(I)). Potvrdivši ustavnost zakona koji zabranjuje vršenje pobačaja metodom dilacije i ekstrakcije koja je podrazumijevala da je fetus ili njegov dio izvan maternice majke, Vrhovni sud je ispravno utvrdio kako je pravo na privatnost žene, osim vremenski – razvojnim stadijem ploda, ograničeno i prostorno – granicama tijela žene. V. Rao, R., *Property, privacy and other legal constructions of human embryos*, u: Nisker, J., Baylis, F., Karpin, I., McLeod, C., Mykitiuk, R. (eds.), *The 'Healthy' Embryo: Social, Biomedical, Legal and Philosophical Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009., str. 38. [↑](#footnote-ref-80)
80. *Louisiana Revised Statutes* (dalje: LA-RS), 9 §121 - 9 § 133. [↑](#footnote-ref-81)
81. LA-RS 9 §124: „***[a]s a juridical person****, the* in vitro *fertilized human ovum...*“; LA-RS 9 §125: „*[a]n* in vitro *fertilized human ovum* ***as a juridical person*** *is recognized as a separate entity..*.“. [↑](#footnote-ref-82)
82. LA-RS 9 §121. [↑](#footnote-ref-83)
83. LA-RS 9 §129. [↑](#footnote-ref-84)
84. LA-RS 9 §122. Stvaranje embrija *in vitro* fertilizacijom u istraživačke ili bilo koje druge svrhe, osim implantacije, izričito je zabranjeno, kao i prodaja jajne stanice, oplođene jajne stanice, odnosno ljudskog embrija. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-85)
85. LA-RS 9 §126: *“[a]n in vitro fertilized human ovum* (*i. e.* ljudski embrij; prema LA-RS 9 §121, ljudskim embrijem se smatra svaka *in vitro* oplođena ljudska jajna stanica, *op. a*) *is a biological human being which is not the property of the physician which acts as an agent of fertilization, or the facility which employs him or the donors of the sperm and ovum.”*, LA-RS 9 §130: „*[a]n in vitro fertilized human ovum is a juridical person which cannot be owned by the in vitro fertilization patients who owe it a high duty of care and prudent administration.“* Nadalje, prema LA-RS 9 §126, ukoliko davatelji gameta izraze svoj identitet, na njih se primjenjuju odredbe *Louisiana Civil Code* koje reguliraju odnose roditelja i djece. U suprotnom, liječnik se smatra privremenim skrbnikom sve dok se ne ostvari adoptivna implantacija. Na prijedlog davatelja spermija i jajne stanice, njihovih nasljednika ili liječnika, sud mjesno nadležan prema mjestu gdje se nalazi oplođena jajna stanica može imenovati skrbnika koji će štititi prava oplođene jajne stanice. [↑](#footnote-ref-86)
86. V. *Missouri Revised Statutes* § 1.205.1(1): *„****[t]he life of each human being begins at conception****“*, § 1.205.1(2): *„****[u]nborn children have protectable interests in life, health, and well-being****“* , 1.205.2: *„[e]ffective January 1, 1988, the laws of this state shall be interpreted and construed to acknowledge on behalf of the* ***unborn child at every stage of development, all the rights, privileges, and immunities available to other persons, citizens, and residents of this state****, subject only to the Constitution of the United States, and decisional interpretations thereof by the United States Supreme Court and specific provisions to the contrary in the statutes and constitution of this state.“* [↑](#footnote-ref-87)
87. Tako i Dostalik, P. M., *Embryo “Adoption”? The Rhetoric, the Law, and the Legal Consequences*, New York Law School Law Review, Vol. 55, Iss. 3, 2010., str. 876. [↑](#footnote-ref-88)
88. *Webster v. Reproductive Health Services*, [492 U.S. 490](http://en.wikipedia.org/wiki/Case_citation) (1989) (dalje: *Webster*). [↑](#footnote-ref-89)
89. *Webster*, str. 491. Sudac Stevens je, pak, našao neuvjereljivom argumentaciju države Missouri kako su navedene odredbe preambule zakona koji regulira prekid trudniće zapravo amandman na odštetno, imovinsko i kazneno pravo države. *Stevens, concurring in part and dissenting in part, Webster*, str. 570. [↑](#footnote-ref-90)
90. *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983) (dalje: *Akron*). [↑](#footnote-ref-91)
91. *Akron*, str. 444. [↑](#footnote-ref-92)
92. *Webster*, str. 490. – 491. [↑](#footnote-ref-93)
93. Odredba je unesena u Ustav VIII. amandmanom iz 1983. V. Constitution of Ireland (*irski*, Bunreacht na hÉirean), Fundamental Rights, Personal Rights, Article 40.3.3o, prva rečenica. [↑](#footnote-ref-94)
94. V. npr. Keane, R., *Judges As Lawmakers: The Irish Experience*, Judicial Studies Institute Journal, Vol. 4 (2), str. 14. [↑](#footnote-ref-95)
95. Inkriminacija abortusa u Republici Irskoj sadržana je odredbama zakona tadašnjeg Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Irske iz 1861., *Offences against the Person Ac*t 1861 (24 & 25 Vict c 100), koji je i danas na snazi u Republici Irskoj. Prema *Section 58* navedenog zakona, nakon izmjena i dopuna iz 1892. i 1893 te promjene kaznenog zakonodavstva Republike Irske iz 1997. (*Criminal Law Act*, Irish Statute Book, No. 14, 1997); *„[e]very Woman, being with Child, who, with Intent to procure her own Miscarriage, shall unlawfully administer to herself any Poison or other noxious Thing, or shall unlawfully use any Instrument or other Means whatsoever with the like Intent, and whosoever, with Intent to procure the Miscarriage of any Woman, whether she be or be not with Child, shall unlawfully administer to her or cause to be taken by her any Poison or other noxious Thing, or shall unlawfully use any Instrument or other Means whatsoever with the like Intent, shall be guilty of an offence, and being convicted thereof shall be liable to imprisonment for Life.“*, dok Section 59 predviđa da *„[w]hosoever shall unlawfully supply or procure any Poison or other noxious Thing, or any Instrument or Thing whatsoever, knowing that the same is intended to be unlawfully used or employed with Intent to procure the Miscarriage of any Woman, whether she be or be not with Child, shall be guilty of an offence, and being convicted thereof shall be liable, to imprisonment for a term not exceeding five years.“*

    Odredbe navedenog zakona i danas čine pozitivno pravo Republike Irske, dok je u Ujedninjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske isključena primjena istih temeljem *Abortion Act 1967* (1967 c. 87 ), *Section 1 (1):* *„Subject to the provisions of this section,* ***a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion*** *(*prema Section 6 zakona, misli se na Section 58 i 59 citiranog Offences against the Person Act 1861, op. a.) *when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith —*

    *(a) that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or*

    *(b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or*

    *(c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or*

    *(d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.“*

    Ipak, u *Section 5* (2) predviđeno je kako se svaki čin poduzet s ciljem izazivanja pobačaja smatra protupravnim (protivnim *Offences against the Person Act*) ukoliko nisu ispunjene pretpostavke citiranog *Section 1.* [↑](#footnote-ref-96)
96. V. Sterling, A. M., E. W., The European Union and Abortion Tourism; Liberalizing Ireland’s Abortion Law, Boston College International & Comparative Law Review, Vol. 20, No. 2, str. 386. [↑](#footnote-ref-97)
97. *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, (14234/88) [1992] ECHR 68 (29 October 1992) (dalje: *Open Door*) [↑](#footnote-ref-98)
98. *Open Door*, par. 79. S druge strane, Parlamentarna skupština Vijeća Europe dovela je u pitanje taj režim pozvavši sve države članice, *inter alia*, na dekriminalizaciju pobačaja. V. Parliamentary Assembly Resolution 1607 (2008), Access to safe and legal abortion in Europe, 7.1.

    (dostupno na: http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta08/eres1607.htm). [↑](#footnote-ref-99)
99. Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje: Konvencija) (Narodne novine, MU, br. 6/99), čl. 10 st 1: *„Svatko ima pravo na slobodu izražavanja. To pravo obuhvaća slobodu mišljenja i slobodu primanja i širenja informacija i ideja bez miješanja javne vlasti i bez obzira na granice...“*. [↑](#footnote-ref-100)
100. Konvencija, čl. 10 st 2: *„Kako ostvarivanje tih sloboda obuhvaća dužnosti i odgovornosti, ono može biti podvrgnuto formalnostima, uvjetima,* ***ograničenjima*** *ili kaznama propisanim zakonom, koji su u demokratskom društvu nužni radi interesa državne sigurnosti, teritorijalne cjelovitosti ili javnog reda i mira, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi* ***zaštite zdravlja ili moral****a, radi zaštite ugleda ili prava drugih, radi sprečavanja odavanja povjerljivih informacija ili radi očuvanja autoriteta i nepristranosti sudbene vlasti.“* [↑](#footnote-ref-101)
101. *Open Door*., par. 66. [↑](#footnote-ref-102)
102. *Open Door*,par. 63. [↑](#footnote-ref-103)
103. Tužena država iznijela je tvrdnju kako je takva zabrana nužna u demokratskom društvu radi zaštite prava na život nerođenog djeteta, te da bi se čl. 10 Konvencije trebao tumačiti u svjetlu čl. 2 koji jamči pravo na život (*Open Door*, par. 65). Budući da tužitelji nisu tvrdili da je pravo na prekid trudnoće konvencijsko pravo, ESLJP niti je ispitivao jamči li Konvencija pravo na prekid trudnoće, niti je li fetus ovlaštenik konvencijskog prava na život (*Open Door*, par. 66). Ipak, ESPLJ je u predmetu *A, B and C v. Ireland*, 25579/05 [2010] ECHR 2032, par. 214., *expressis verbis* uvtrdio kako se čl. 8 Konvencije, koji jamči pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života, ne može interpretirati na način da obuhvaća pravo na pobačaj. [↑](#footnote-ref-104)
104. *Društvo za zaštitu nerođene djece (SPUC) v. Stephan Grogan i ostali*, C-159*/90 [1991] ECR I-4685 (dalje: Grogan).* Tekst presude citiran je prema Rodin, S., Ćapeta, T., Goldner Lang, I., Izbor presuda Europskog suda, Gradivo za nastavu prava EU, Novi informator, Zagreb, 2009., str. 279. – 285. [↑](#footnote-ref-105)
105. Treaty Establishing the European Economic Community, 25 March 1957, 298 U.N.T.S. 3. (dalje: Rimski ugovor). [↑](#footnote-ref-106)
106. *Grogan*, par. 21. Naime, prema primarnom zakonodavstvu EU, „uslugama se smatraju one usluge obuhvaćene Ugovorom, a koje se pružaju uz naplatu, ako na njih ne utječu odredbe koje se odnose na slobodu kretanja dobara, kapitala ili odoba“ (*Grogan*, par. 17), a pod definiciju usluge ulaze profesionalne djelatnosti (*Grogan*, par. 17). Kako je „prekid trudnoće, koji se zakonito obavlja u nekoliko država članica, medicinska djelatnost koja se pruža uz naplatu i može se obavljati kao dio profesionalne djeatnosti“, a imajući u vidu kako prema praksi Suda „medicinske usluge spadaju pod čl. 60 Ugovora.“, (*Grogan*, par. 18) ES je na pitanja Visokog suda u Irskoj odgovorio kako medicinski prekid trudnoće podrazumijeva uslugu. [↑](#footnote-ref-107)
107. *Grogan*, par. 9 [↑](#footnote-ref-108)
108. *Grogan*, par 32 [↑](#footnote-ref-109)
109. *Abortion Act 1967*, Section 7 (3), predviđa kako se njegove odredbe ne odnose na Sjevernu Irsku, gdje je i dalje na snazi načelna zabrana pobačaja iz *Offences against the Person Act*, *Section* 58 i 59, uslijed čega je Engleska vodeće odredište za vršenje pobačaja Irkinjama kojima je to uslijed normativnih restrikcija onemogućeno u Republici Irskoj. [↑](#footnote-ref-110)
110. Npr. da su studentske udruge kao pružatelji informacija bili u poslovnoj vezi s klinikama glede pružanja takvih informacija ili da su se klinike same reklamirale u Irskoj. Tako i Sterling, A. M., E. W., *The European Union and Abortion Tourism; Liberalizing Ireland’s Abortion Law*, op. cit., str. 386, bilj. 12. i str. 392. Također, u predmetu ES je u presudi naveo kako je veza između djelatnosti studentskih udruga i medicinskih prekida trudnoće preslaba da bi se zabrana informiranja o prekidima trudnoće mogla smatrati ograničenjem u smislu čl. 59 Rimskog ugovora (*Grogan*, par. 24). Razlika predmeta Grogan i predmeta *GB-INNO-BM*, u kojem je ES iznio *“da se zabrana distribucije reklama mogla smatrati preprekom slobodnom kretanju dobara”* je, prema rezoniranju ES-a, upravo u tome što studentske udruge nisu povezane s klinikama čije su adrese objavljivali (prema *Grogan*, par. 25). Da je takva veza postojala, za pretpostaviti je kako bi i presuda bila znatno drugačija. Iako su u predmetu *Grogan*, za razliku od predmeta *GB-INNO-BM*, radilo o slobodi kretanja usluga, a ne dobara, stajališta o kretanju dobara mogu se analogijom primjeniti i na predmete koji se tiču kretanja usluga. Tako i Colvin, C. M., *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan: Irish Abortion Law and the Free Movement of Services in the European Community*, Fordham International Law Journal, Vol. 15, Iss. 2, 1991., str. 483. [↑](#footnote-ref-111)
111. V. Sterling, A. M., E. W., *The European Union and Abortion Tourism; Liberalizing Ireland’s Abortion Law*, op. cit., str. 392. [↑](#footnote-ref-112)
112. Opinion of Mr. Advocate General van Gerven, June 11, 1991, Case C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children v. Grogan*, [1990] E.C.R. I-4703., I-4732.: *“The Treaty provisions with regard to the freedom to provide services do not prevent a Member State where the protection of unborn life is recognized in the Constitution and in its legislation as a fundamental principle from imposing a general prohibition, applying to everyone regardless of their nationality or place of establishment, on the provision of assistance to pregnant women, regardless of their nationality, with a view to the termination of their pregnancy, more specifically through the distribution of information as to the identity and location of and method of communication with clinics located in another Member State where abortions are carried out, even though the services of medical termination of pregnancy and the information relating thereto are provided in accordance with the law in force in that second Member State.”* [↑](#footnote-ref-113)
113. Prema: Pročišćene inačice Ugovora o Europskoj Uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske Unije, 2010/C 83/C (dostupno na: <http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski-prociscena.pdf>). [↑](#footnote-ref-114)
114. *Attorney General v. X*, [1992] 1 IR 1 (dalje: *A. G. v. X*). [↑](#footnote-ref-115)
115. Prema Keane, R., Judges As Lawmakers: The Irish Experience, *op. cit.,* str. 14. – 15. [↑](#footnote-ref-116)
116. *A. G. v. X.*, str. 53. – 54. [↑](#footnote-ref-117)
117. *A. G. v. X*., str 55. [↑](#footnote-ref-118)
118. “IT IS ORDERED

     (a) that the defendants their servants or agents or anyone having knowledge of the order be restrained from interfering with the right to life of the unborn as contained in Article 40, s. 3, subs. 3 of the Constitution of Ireland;

     (b) that the first defendant be restrained from leaving the jurisdiction of this honourable Court or the second and third named defendants their servants or agents or anyone having knowledge of the said order from assisting the first defendant to leave the aforesaid jurisdiction for a period of nine months from the date hereof;

     (c) that the first defendant her servants or agents or anyone having knowledge of the said order be restrained from procuring or arranging a termination of pregnancy or abortion either within or without the jurisdiction of the Honourable Court. ” *A. G. v. X*., str. 42. [↑](#footnote-ref-119)
119. *A. G. v. X*., str. 55. [↑](#footnote-ref-120)
120. *Rex v. Bourne* [1939] 1 K. B. 687. Cit. prema *A. G. v. X*., str. 63. Radilo se u kaznenom postupku protiv liječnika koji je izvršio pobačaj nad silovanom petnaestogodišnjakinjom. Dok se pravo na život nerođenog djeteta u irskoj judikaturi i doktrini zadnjih desetljeća problematizira uglavnom s aspekta ustavnog i europskog javnog prava, i to u kontekstu izdavanja prohibitivnih naloga koji bi *a priori* spriječili trudnicu u ostvarenju namjere da prekine trudnoću, prije donošenja VIII. amandmana, zaštiti prava na život nerođenog djeteta pristupalo se primarno s kaznenopravnog aspekta, *ex post facto*, kada bi već došlo do prekida trudnoće koji je predstavljao činjenični supstrat koji je trebalo supsumirati pod s. 59 citiranog *Offences against the Person Act 1861.* [↑](#footnote-ref-121)
121. *A. G. v. X*., str. 63. [↑](#footnote-ref-122)
122. U svojem izdvojenom mišljenju, sudac *Hederman* ukazao je na neprihvatljivost činjenja tumačenja Ustava ovisnim o odredbama kaznenom zakona (dakle, hijerarhijski subordiniranog propisa), i to zakona donesenom gotovo stoljeće prije Ustava. *A. G. v. X*., str 75. [↑](#footnote-ref-123)
123. Constitution of Ireland, Fundamental Rights, Personal Rights, Article 40.3.3o, druga rečenica. Ovom je odredbom legaliziran tzv. *''abortion tourism''*. Ovaj, danas opće usvojeni termin, korišten je i pravnim aktima. V. *Resolution on abortion of the European Parliament*, O.J.. 1990 C 96/ 19): *„having regard to the 'abortion tourism' taking place on a large scale within and between various EC Member States, not only from Ireland, but also from Belgium, the FRG and Spain, because abortion is subject to fewer restrictions — De jure and de facto — in other countries“*. Europski parlament ovom je rezolucijom utvrdio kako irski suci, donoseći odluke o zabrani informiranja o mogućnosti ostvarenja prekida trudnoće u inozemstvu, krše europsko zakonodavstvo o slobodnom tržištu i onemogućuju slobodno kretanje dobara i usluga (1.(a)). [↑](#footnote-ref-124)
124. Constitution of Ireland, Fundamental Rights, Personal Rights, Article 40.3.3o, treća rečenica. [↑](#footnote-ref-125)
125. Naknadno donesenim zakonom koji regulira pružanje informacija o prekidu trudnoće, predviđeno je, *inter alia*, da nije protupravno objavljivanje niti činjenje dostupnim informacija glede samog postupka medicinskog prekida trudnoće, kao niti pružatelja usluga prekida trudnoće u drugim zemljama gdje je takvo pružanje usliga zakonito, sve dok su informacije objektivne, potpuno istinite, ne propagiraju pobačaj te sadrže sve alternative dostupne trudnici u pogledu neželjene trudnoće. *Regulation of Information (Services Outside the State For Termination of Pregnancies) Act* (Irish Statute Act, No. 5, 1995.), 3.– (1) (a). [↑](#footnote-ref-126)
126. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992). [↑](#footnote-ref-127)
127. *Ibid*., str. 589. [↑](#footnote-ref-128)
128. V. *supra* 3.1. [↑](#footnote-ref-129)
129. U vrijeme žalbenog postupka, gđa Davis više nije zahtjevala implantaciju embrija, već njihovu donaciju. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 590. O utjecaju ove činjenice na konačni ishod spora. [↑](#footnote-ref-130)
130. *Ibid*., str. 589. [↑](#footnote-ref-131)
131. *Ibid.*, str. 596. [↑](#footnote-ref-132)
132. V. *infra* 3.3.1.1. [↑](#footnote-ref-133)
133. V. ovaj rad 3.3.1.2. [↑](#footnote-ref-134)
134. V. ovaj rad 3.3.1.3. [↑](#footnote-ref-135)
135. *Davis v. Davis*, Case No E-14496 (Tenn. C.C., Blount Cty, Div. 1 1989), Judgement of the Court, str. 2. [↑](#footnote-ref-136)
136. Kako je već navedeno, za razliku od okružnog suda Tennesseja, Vrhovni sud SAD-a presuđujući u predmetu *Roe v. Wade* nije našao nužnim odgovoriti na pitanje kada ljudski život počinje. [↑](#footnote-ref-137)
137. *Davis v. Davis*, Case No E-14496, Issues of the Court, str. 4. Među ostalim pitanjima na koja se sud smatrao dužnim odgovoriti, našlo se i pitanje postoji li distinkcija između predembrija i embrija. Sud je utvrdio kako uporaba termin ''predembrij'', kojim su pojedini eksperti u postupku nazvali razvojni stadij ploda do 14 dana nakon oplodnje, (*Ibid*. str. 5.) stvara lažnu distinkciju, te kako su krioprezervirani entiteti, o čijem je disponiranju odlučivao, ljudski embriji (*Ibid*., str. 8). [↑](#footnote-ref-138)
138. *Ibid*., str. 1, (1). [↑](#footnote-ref-139)
139. *Ibid*., (2). [↑](#footnote-ref-140)
140. *Ibid*., (6). [↑](#footnote-ref-141)
141. *Ibid*., (7). Sud se prvenstveno oslonio na stajalište vještaka u postupku dr. Lejeunea prema kojem su krioprezervirani embriji ''maleni ljudi'', ''ljudska bića u ranom razvojnom stadiju'.' (*Ibid*., str. 5). Slično stajalište zauzeli ispitanici u anketi u sklopu ovog istraživanja. Naime, 55,60% ispitanika smatra da život počinje začećem. U skladu s time, čak 62, 93 ispitanika smatra da liječnik u slučaju izbora između pacijenta i zametka ima jednaku dužnost i prema zametku i pacijentu. Međutim, na pitanje je li zametak živi čovjek, samo 41,86% odgovorilo je potvrdno. Ta se nedosljednost očitovala i na pitanju je li pobačaj jednak ubojstvu, gdje je 32,56% ispitanika odgovorila potvrdno. Iz navedenog je vidljivo kako se načelan stav da život počinje začećem prilično relativizira kad se stavi u konkretan kontekst. [↑](#footnote-ref-142)
142. “parens patriae...*2. The state regarded as a sovereign; the state as it capacity as provider of protection to those unable to care for themselves*...“, Garner, B. A. (ed. in ch.), *Black's Law Dictionary*, str. 1221. Doktrina *parens patriae* podrazumijeva postupanja koje je u najboljem interesu djeteta (*Davis v. Davis*, Case No E-14496, str. 12), te je po svom sadržaju ekvivalentna načelu najboljeg interesa djeteta, utvrđenog čl. 3 Konvencije o pravima djeteta (UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3.). Valja naglasiti kako su Sjedinjene Američke Države, uz Južni Sudan i Somaliju, jedina članica Ujedinjenih Naroda koja nije ugovorinica Konvencije.

     Prema: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>. Na obvezu postupanja u skladu s najboljim interesom *„potencijalnog“* djeteta pozvao je i sudac Vrhovnog suda Washingtona u svojem izdvojenom mišljenju u predmetu *Litowitz v. Litowitz*, 48 P.3d 261, str. 274. [↑](#footnote-ref-143)
143. “*In the case at bar, the undisputed, uncontroverted testimony is that to allow the parties’ seven cryogenically preserved human embryos to remain so preserved for a period exceeding two years is tantamount to the destruction of these human beings. It was the clear intent of Mr. and Mrs. Davis to create a child or children to be known as their family. No one disputes the fact that* ***unless the human embryos, in vitro, are implanted, their lives will be lost;******they will die a passive death. Mr. Davis strenuously objects to the anonymous donation of the human embryos even for their survival;*** *Mrs. Davis wants to bring these children to term; the human embryos were not caused to come into being by Mr. and Mrs. Davis for any purpose other than the production of their family. Therefore, the Court finds and concludes that* ***it is to the manifest best interest of the children, in vitro, that they be made available for implantation to assure their opportunity for live birth; implantation is their sole and only hope for survival.*** *The Court respectfully finds and concludes that it further serves the best interest of these children for Mrs. Davis to be permitted the opportunity to bring these children to term through implantation*.” *Davis v. Davis*, Case No E-14496, str. 12. [↑](#footnote-ref-144)
144. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 600. Valja naglasiti kako je Vrhovni sud SAD-a u predmetu *Eisenstadt v. Baird,* kojim je zakon države Massachusetts koji je zabranjivao distribuciji kontracepcijskih sredstava sredstava neudanim i neoženjenim ljudima oglašen protivnim XIV. amandmanu na Ustav SAD-a (v. bilj. 60), utvrdio: *“If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child”*. V. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972), str. 453. [↑](#footnote-ref-145)
145. Prema Murray, L. E., *Davis v. Davis: The Embryonic Stages of Procreational Privacy*, Pace Law Review, Vol. 14, Iss. 2, 1994., str. 583 [↑](#footnote-ref-146)
146. V. npr. Rao, R., *Property, privacy and other legal constructions of human embryos*, *op. cit*., str. 38. [↑](#footnote-ref-147)
147. V. *Uniform Anatomical Gift Act*. T.C.A. § 39-15-208. Žalbeni je sud u citiranom zakonu, koji regulira, između ostalog, i ovlaštenike na raspolaganje ljudskim organima i tkivima, pronašao uporište za tvrdnju kako obje stranke u sporu imaju zajednički interes glede sedam embrija. *Tennessee Supreme Court* odbacio je ovakvu argumentaciju. V. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 596. [↑](#footnote-ref-148)
148. Autor se referira na predmet *York v. Jones*, 717 F. Supp. 421 (E.D. Va. 1989) (dalje: *York*), u kojem je *United States District Court* eksplicite tretirao krioprezervirani embrij kao objekt vlasništva. Supružnici York zahtjevali su interinstitucionalni transfer embrija nastalog od njihovih gameta, iz medicinskog instituta u Virginiji u kliniku u Californiji. Tuženi medicinski institut za reproduktivnu medicinu, iako priznajući pravo vlasništva tužitelja (*York*, str. 427.), odbio je predati embrij navodeći kako su njihova ovlaštenja u pogledu disponiranja objektom svog prava ograničena na ona taksativno navedena u ugovoru o krioprezervaciji: 1) doniranje drugom nepolodnom paru; 2) doniranje u svrhe istraživanja; 3) uništenje (*York*, str, 424.), dok interinstitucionalni transfer nije bio predviđen. Sud je utvrdio kako su embriji ugovorom ispravno tretirani kao stvar, te da tužitelji, kao davatelji gameta, imaju vlasnička prava potvrđena i ugovorom kojim su embriji dani u posjed medicinskom institut; primjenjujući norme vlasničkog prava, sud je naredio da se krioprezervirani embrij preda u posjed njegovim vlasnicima (*York*, str. 424. *et seq*). *Tennessee Supreme Court* našao je neprihvatljivim pozivanje na navedeni predmet na način na koji je to žalbeni sud učinio. Naime, propustivši specificirati kakav to interes gđa Davis ima nad embrijima, “*the Court of Appeals has left the implication that it is in the nature of a property interest.*” V. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 596. Ipak, *Tennessee Supreme Court* utvrdio je kako stranke imaju interes nad embrijima, ali daj taj interes nije imovinskopravne naravi. Više, ovaj rad 3.3.1.3. [↑](#footnote-ref-149)
149. V. ovaj rad 3.3.1.3. [↑](#footnote-ref-150)
150. Do ovog je zaključka, *inter alia*, žalbeni sud došao analizom *Tennessee Wrongful Death Statute*, Tenn. Code Ann. § 20-5-106. Naime, prema citiranom zakonu ne postoji odštetna odgovornost za prouzročenje smrti fetusa sposobnog za život izvan majčine utrobe (eng. *viable fetus*), ukoliko prvo nije rođen živ (eng*. born alive*). Kako se niti fetus, ukoliko nije došlo do porođaja živog djeteta, ne može smatrati čovjekom, *arg. a maiori ad minus*, ne može se niti embrij, kao niži razvojni stadij, smatrati čovjekom. [↑](#footnote-ref-151)
151. I dok je okružni sud distinkciju ‘’predembrija’’ i ‘’embrija’’ smatrao lažnom, Vrhovni sud Tenneesseja je, iako držeći ovu terminološku distinkciju neodlučnom za sam ishod slučaja, za osmostanični krioprezervirani entitet, koji je prvostupanjski sud nazvao ‘’djetetom *in vitro*’’ držao ispravnim naziv ‘’predembrij’’. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 594. [↑](#footnote-ref-152)
152. *Ibid*., str, 597. [↑](#footnote-ref-153)
153. Koncept potencijalne vrijednosti koji je izložio Vrhovni sud Tenneesseja nailazi na kritički prijem u bioetici. Tako npr. *Pence* drži kako potencijalna vrijednost nije vrijednost – naime, iako embriji zaista imaju potencijal postati osobe, taj je potencijal *per se* irelevantan te ne daje nikakvu moralnu vrijednost. “Materijal na stovarištu ima potencijal da se od njega izgrade desetine kuća”, nastavlja Pence, “ali kada se skladište zapali nećemo reći da je desetine kuća uništeno, niti osiguravajuća društva nadoknađuju štetu u tako velikom iznosu”. Pens, G. E., Klasični slučajevi iz medicinske etike, Opis slučajeva koji su uobličili medicinsku etiku, sa njihovom filozofskom, pravnom i istorijskom pozadinom, JP “Službeni glasnik”, Beograd, 2007., str. 334. Naime, prema Penceu, “[o]no što ljudskom embrionu daje vrednost jeste odluka žene da dozvoli upotrebu svoga tela u periodu od devet meseci gestacije, a ako do toga dođe, embrion može biri gestiran, rođen i postati beba s moralnom vrednošću. Ali embrioni sami po sebi nemaju veću moralnu vrednost od žira ili bilo kojeg drugog semena.” (*Ibid*., str. 333.). Kako je pozivanje na potencijal ljudskog embrija da postane osoba najjači i najčešće korišteni argument protivnika istraživanja na embrijima, Pence na primjeru kloniranja ukazuje kako svaka ljudska stanica može postati osoba stavljanjem nukleusa diferencirane stanice u jajašce. Dakle, embriji svakako nisu specifični po svom potencijalu da postanu osobe, jer kloniranjem svaka stanica ima taj potencijal. Pence dodaje kako možda upravo u tome valja tražiti uzroke žestokog protivljenja bilo kakvom obliku kloniranja čovjeka od strane protivnika istraživanja na embrijima, “jer znaju da je to smrtni udarac argumentu da embrione treba zaštiti zato što imaju potencijal da postanu osobe.” (*Ibid*., str. 335. – 336). [↑](#footnote-ref-154)
154. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 595. Sud se pozvao na već izloženo stajalište Vrhovnog suda SAD-a, izraženo u predmetu *Roe v. Wade*, prema kojem se fetus, pa *a fortiori* ni embrij, ne može smatrat čovjekom u smislu Ustava. Presuđujući u predmetu *Davis v. Davis*, Vrhovni je sud Tenneesseeja iznio kako to stajalište, u kontekstu američkog ustavnog prava, nikada nije niti bilo ozbiljnije dovedeno u pitanje. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-155)
155. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-156)
156. V. bilj. 148. [↑](#footnote-ref-157)
157. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 596. [↑](#footnote-ref-158)
158. Usp. Dolgin, Janet L., Embryonic Discourse: Abortion, Stem Cells, and Cloning. Florida State University Law Review, Vol. 31str. 156 Dolgin, Janet L., Embryonic Discourse: Abortion, Stem Cells, and Cloning. Florida State University Law Review, Vol. 31, No. 1, str. 156. Autorica u sklonosti sudova da primjenjuju ugovore o raspolaganju viškom embrija, bez obzira hoće li primjena tih ugovora dovesti do njihova uništenja, vidi odricanje embrijima moralnog statusa. [↑](#footnote-ref-159)
159. V. ovaj rad 3.3.1 [↑](#footnote-ref-160)
160. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 589. *et seq.* [↑](#footnote-ref-161)
161. *Skinner v. Oklahoma*, 316 U. S. 535 (1942) (dalje: *Skinner*). Vrhovni sud SAD-a je našao protivnim XIV. amandmanu na Ustav SAD-a (v. bilj. 60) i poništio *Oklahoma Habitual Criminal Sterilization Act*, Oklahoma Statutes, Title 57 §§ 171 (1935), zakon savezne države Oklahome koji je predviđao sterilizaciju kao kaznu za *“habitual criminals” –* osobe koje su, nakon što su dva ili više puta osuđene u bilo kojoj saveznoj državi za *“felonies involving moral turpitude”*, u Oklahomi osuđen na kaznu zatvora za takav zločin (*Skinner*, str. 536.) Sud je utvrdio kako *“Oklahoma deprives certain individuals of a right which is basic to the perpetuation of a race the right to have offspring”* (*Skinner*, str. 536.), da pravo na prokreaciju spada u *“basic civil rights of man”* (*Skinner*, str. 541.) te kako *“[m]arriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race.”* (*Skinner*, str. 541.). [↑](#footnote-ref-162)
162. V. bilj. 69. [↑](#footnote-ref-163)
163. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 601. [↑](#footnote-ref-164)
164. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 604. Test primjenom kojeg je je sud riješio slučaj našao je široku primjenu u praksi (v. predmet *Kass v Kass*, ovaj rad 3.3.2.2.), ali podvrgnut je i kritikama doktrinarne naravi. V. npr. Gunsburg, S. A., *Frozen Life's Dominion: Extending Reproductive Autonomy Rights to in Vitro Fertilization*, Fordham Law Review, Vol. 65, Iss. 5, 1997, str. 2215. – 2216. Autor, iako držeći kako je zaključak suda ispravan, ističe kako je sud bez ikakve teorijske podloge i ne objašnjavajući postupak kojim se vodio balansirajući prava stranaka, postavio kriterije za rješavanje izrazito osjetljivog pitanja disponiranja embrijima. [↑](#footnote-ref-165)
165. Zakonodavstvo savezne države Floride predviđa obvezu sklapanja sporazuma u pisanom obliku između para koji se podvrgava postupku *in vitro* oplodnje i njihova liječnika. *Florida Statutes* § 742.17 (2007): *„Disposition of eggs, sperm, or preembryos; rights of inheritance. — A commissioning couple and the treating physician shall enter into a written agreement that provides for the disposition of the commissioning couple’s eggs, sperm, and preembryos in the event of a divorce, the death of a spouse, or any other unforeseen circumstance. […] (2) Absent a written agreement, decisionmaking authority regarding the disposition of preembryos shall reside jointly with the commissioning couple. (3) Absent a written agreement, in the case of the death of one member of the commissioning couple, any eggs, sperm, or preembryos shall remain under the control of the surviving member of the commissioning couple. [...]“* Florida je jedna od tek nekoliko saveznih država koje su normirale disponiranje krioprezerviranim emrbijima, priklonivši se, prema stajalištu Gooden, tzv. ugovornom pristupu regulacije. V. Gooden, K. R., *King* Solomon’s Solution To The Disposition Of Embryos: Recognizing A Property Interest And Using Equitable Division, University of La Verne Law Review, Vol. 30, No. 1, 2008., str. 81. [↑](#footnote-ref-166)
166. Ova iznimka od načelnog davana prevage interesu roditelja koji želi izbjeći prokreaciju, odnosno podređenosti pozitivnog aspekta prokreacijske autonomije negativnom, u literaturi poznata i kao *„iznimka razumne alternative“* (eng. *„reasonable alternative exception“*), pokazuje se problematičnom. Tako je sudac Friedmann, pozivajući se u svom *concurring opinion* u predmetu *Kass v. Kass*, 235 A.D.2d 150, 663 N.Y.S.2d 581 (1997) (dalje: *Kass*), na test balansiranja pozitivnog i negativnog aspekta prokreacijske autonomija uspostavljenog u predmetu *Davis*, kako je zaista zanemariv broj situacija, ako uopće i postoji iti jedna, u kojima bi došlo do primjene *„reasonable alternative exception“*, odnosno u kojim *„burden upon the party forced to forfeit using particular pre-zygotes to acquire offspring will outweigh the burden upon the party who wishes to avoid reproduction but is compelled by court order to become a parent.“* (*Kass*., str. 166.) I u literaturi se ističe skepsa glede mogućnosti primjene ove iznimke, što je čini beskorisnom u rješavanju sporova o disponiranju krioprezerviranim ebrijima. Tako npr. Medenwald, J. L., *A „*Frozen Exception“ for the Frozen Embryo: The Davis „Reasonable Alternative Exception“, Indiana Law Journal, Vol. 76, Iss. 2, str. 520. Autorica, ističući kako gotovo da i ne postoji izniman slučaj na koji bi ova iznimka bila primjenjiva, navodi kako se istom samo stvara privid da sudovi zaista balansiraju pravo na prokreaciju s pravom izbjeći prokreaciju (*Ibid*., str. 523.). Stoga, drži autorica, *„[i]f the law is expected to keep in pace with the progress of science, particularly inthe area of IVF and cryopreservation, the reasonable alternatives exception must be abandoned or rewritten so that the exception, which is arguably a „frozen exception,“ can be transformed into a test that truly balances the right to procreate and the right to avoid procreation.“* (*Ibid*., str. 524.) Naime, kako razumnim alternativama sud smatra i ponovno podvrgavanje postupku in vitro fertilizacije, kao i posvajanje (*Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 604.), teško je i zamislivo kada bi moglo doći do primjene ove iznimke. [↑](#footnote-ref-167)
167. U konkretnom se slučaju radilo o potonjoj situaciji zbog čega je presuđeno kako je *Knoxville Fertility Clinic* ovlaštena postupati na način uobičajen za postupanje s viškom predembrija, sve dok takvo postupanje nije u koliziji s presudom. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 605. [↑](#footnote-ref-168)
168. *Ibid*, str. 597. Upravo zbog afirmacije ovog interesa, dio autora ističe kako je sud, iako izbjegao korištenje terminologije imovinskog prava, implicite zauzeo stajalište kako je embrij objket prava vlasništva. Tako npr. Rao, R., Property, privacy and other legal constructions of human embryos, *op. cit*., str. 38. [↑](#footnote-ref-169)
169. *Ibid*., str. 604. [↑](#footnote-ref-170)
170. *Ibid*. G. Davis se izjasnio kako bi se „borio“ za roditeljsku skrb nad djecom ukoliko bi embriji bili rođeni. Ukoliko bi došlo do porođaja, prema razlaganju suda, Davis bi dva puta bio oštećen – bio bi lišen svoje prokreacijske autonomije te bi mu odnos s potomcima bio zabranjen. Ipak, ishod je mogao biti drugačiji da gđa Davis za vrijeme drugostupanjskog postupka nije odustala od prvotne namjere da se ostvari transfer emrbija u nju, odlučivši se za doniranje. Naime, u tom bi slučaju, ali samo ukoliko ne bi mogla postati roditeljem na drugi razuman način (npr. da se ponovo podvrgne postupku in vitro oplodnje ili posvoji), načelno bila dopuštena implantacija embrija u nju. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-171)
171. *Kass v. Kass*, 235 A.D.2d 150, 663 N.Y.S.2d 581 (App. Div. 1997). *Court of Appeals of New York*, kao najviši sud savezne države New York, odlukom u predmetu *Kass v. Kass*, 673 N.Y.D.2d 350, 91 N.Y.2d 554, 69 N.E.2d 174 (NY Ct. App. 1998), potvrdio je citiranu odluku *Supreme Court of the State of New York, Appellate Division*, kao drugostupanjskog suda. [↑](#footnote-ref-172)
172. *Kass v. Kass*, 235 A.D.2d 150, str. 153. [↑](#footnote-ref-173)
173. *Ibid*., str. 152 [↑](#footnote-ref-174)
174. U ispravi kojom su izrazili informirani pristanak, stranke su navele slijedeće:

     *"We understand that it is IVF Program Policy to obtain our informed consent to the number of pre-zygotes which are to be cryopreserved and to the disposition of excess cryopreserved pre-zygotes. We are to indicate our choices by signing our initials where noted below.*

     *"1. We consent to cryopreservation of all pre-zygotes which are not transferred during this IVF cycle for possible use in [sic] by us in a future IVF cycle. \* \* \**

     *"2. In the event that we no longer wish to initiate a pregnancy or are unable to make a decision regarding the disposition of our stored, frozen pre-zygotes, we now indicate our desire for the disposition of our pre-zygotes and direct the IVF Program to \* \* \**

     *"(b) Our frozen pre-zygotes may be examined by the IVF Program for biological studies and be disposed of by the IVF Program for approved research investigation as determined by the IVF Program."* Citirano prema presudi *Kass v. Kass*, 235 A.D.2d 150, str. 152. [↑](#footnote-ref-175)
175. V. *Kass v. Kass*, 1995 WL 110368 (N. Y. Sup.) *\**2: *„The fact that zygotes are not persons from a legal standpoint does not establish they are property within the ordinary sense of that term. [...] Equating zygotes with washing machines and jewelry for purposes of a marital distribution borders on the absurd.“* [↑](#footnote-ref-176)
176. Dakako, sud savezne države New York nije vezan presedanima savezne države Tenneesse pa nije niti bio obvezan voditi se kriterijima koje je Vrhovni sud Tenneesseja postavio. [↑](#footnote-ref-177)
177. *Kass v. Kass*, 1995 WL 110368 (N. Y. Sup.) *\**2 – *\**3. [↑](#footnote-ref-178)
178. *Kass v. Kass*, 235 A.D.2d 150, str. 154. [↑](#footnote-ref-179)
179. *Ibid*., str. 163. [↑](#footnote-ref-180)
180. *Ibid*., str. 155. [↑](#footnote-ref-181)
181. *Ibid*. U predmetu *Davis* sud je, pak, ispravno ukazao na neprihvatljivost nekritičke primjene načela koja je iznjedrila američka judikatura o pravu na privatnost u kontekstu abortusa na slučajeve o disponiranju viškom embrija. Naime, sve dok ne dođe do trudnoće, kada interes žene ima prevagu, oba davatelja gameta u potpunosti su izjednačena te spor treba riješiti vaganjem interesa, a ne *a priori* dati primat interesu žene. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 601. [↑](#footnote-ref-182)
182. V. *Kass v. Kass*, 235 A.D.2d 150, str. 157.: *„We are in full agreement with the decision in Davis to the extent it requires that where a manifestation of mutual intent exists between the parties, that intent must be given effect by the court. Since we conclude, in accordance with the analysis employed in Davis, that the agreement of the parties is dispositive of the present controversy, no further discussion of the facts of that case is material or relevant.“* [↑](#footnote-ref-183)
183. *Ibid*., str. 158. [↑](#footnote-ref-184)
184. *Ibid*., str. 152. [↑](#footnote-ref-185)
185. Rješavanjem predmeta primjenom normi ugovornog prava implicira se da su embriji objekt imovinskih prava. V. osobito *Kass v. Kass*, 91 N.Y.2d 554 (NY Ct. App. 1998), str. 565. *Rao* ističe distinkciju između ugovora koji se odnose na imovinske interese, koji se mogu prisilno izvršiti i ugovora kojima se uređuje roditeljska skrb ili se dotiču prava na privatnost (poput onih o surogat majčinstvu koji bi zabranjivali surogat majci prekid trudnoće), koji se načelno neće izvršiti ukoliko jedna stranka ne pristaje više na njegove uvjete.Kako je sud naredio izvršenje ugovora Kassovih o disponiranju embrijima, bez obzira što se gđa Kass kasnije opredjelila za opciju doniranja embrija nepolodnom paru, a ne u svrhe istraživanja, sud je, tretirajući taj ugovor kao ugovor kojim se uređuju imovinski odnosi, a embrij kao objekt imovinskih prava, naredio njegove izvršenje. Rao, R., Property, privacy and other legal constructions of human embryos, *op. cit*., str. 38. – 39. [↑](#footnote-ref-186)
186. *Kass v. Kass*, 91 N.Y.2d 554 (NY Ct. App. 1998), str. 564. I ovdje se sud pozvao upravo na predmet *Roe v. Wade.*  [↑](#footnote-ref-187)
187. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-188)
188. *Davis v. Davis*, 842 S.W.2d 588, str. 594 [↑](#footnote-ref-189)
189. *Kass v. Kass*, 91 N.Y.2d 554 (NY Ct. App. 1998), str. 564. – 565. [↑](#footnote-ref-190)
190. Litowitz v. Litowitz, 48 P.3d 261, 146. Wash.2d 514 (Wash. 2002). [↑](#footnote-ref-191)
191. V. Gooden, K. R., King Solomon’s Solution To The Disposition Of Embryos: Recognizing A Property Interest And Using Equitable Division, *op. cit*., str. 76. – 81. [↑](#footnote-ref-192)
192. *Litowitz v. Litowitz*, 48 P.3d 261, str. 271. [↑](#footnote-ref-193)
193. *Ibid*., str. 269. [↑](#footnote-ref-194)
194. *Ibid*., str. 271. [↑](#footnote-ref-195)
195. *Ibid*., str. 269. Imajući u vidu kako niti gđa Litowitz niti g. Litowitz nisu htjeli uništenje embrija, već samo nisu uspjeli postići dogovor o disponiranju, opravdanom se čini kritika suca Sandersa koju je iznio u svom izdvojenom mišljenju: *„One thing the parties obviously did not intend was to destroy the whole object of the contract, the preembryos, simply because this litigation was prolonged beyond five years after the initial date of cryopreservation while the parties were patiently waiting for appropriate court "instructions concerning the appropriate disposition of [their] pre-embryos," nor has either party even argued for that unimagined result. But the majority's disposition apparently calls for the destruction of unborn human life even when, or if, both contracting parties agreed the preembryos should be brought to fruition as a living child reserving their disagreement over custody for judicial determination. Thus the majority denies these parties that option left by Solomon in lieu of chopping the baby in half. The wisdom of Solomon is nowhere to be found here“.* *Ibid*., 274. [↑](#footnote-ref-196)
196. Tako i Erwin, C. G., *Embryonic Stem Cell Research: One Small Step for Science or One Giant Leap Back for Mankind*, University of Illinois Law Reviw, Vol. 2003, No. 1, 2003., str. 228. [↑](#footnote-ref-197)
197. V. LA-RS 9 §131. [↑](#footnote-ref-198)
198. V. LA-RS 9 §129. [↑](#footnote-ref-199)
199. LA-RS 9 §122. [↑](#footnote-ref-200)
200. Slično Erickson, T. M., Erickson, M. T., *What Happens to Embryos When a Marriage Dissolves? Embryo Disposition and Divorce*, William Mitchell Law Review, Vol. 35, No. 2, 2009., str. 483. [↑](#footnote-ref-201)
201. Rao, R., Property, privacy and other legal constructions of human embryos, *op. cit*., str. 41. [↑](#footnote-ref-202)
202. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-203)
203. Točka 1. preambule Biodirektive. [↑](#footnote-ref-204)
204. Potreba za harmonizacijom bila je dvojaka. S jedne strane, valjalo je stvoriti jedinstveno tržište za potencijalne investitore u dotadašnjim konkurentnim državama. S druge strane, valjalo je izbjeći pravne različitosti među državama članicama koje narušavaju funkcioniranje unutarnjeg tržišta u EU. Za više v. Marques, Céline, The Implementation of the Biotechnology Directive (98/44/Ec) in France and in the UK: A Comparative Study which Shows Serious Disparities Despite Its Effort of Harmonisation, Magistarski rad, str. 26. (tekst rada dostupan na web stranici: [www.kent.ac.uk/law/ip/resources/ip\_pg\_dissertations/Marques.doc](http://www.kent.ac.uk/law/ip/resources/ip_pg_dissertations/Marques.doc)). [↑](#footnote-ref-205)
205. Točke 5. – 7. preambule Biodirektive. [↑](#footnote-ref-206)
206. Siew-Kuan, Elizabeth, Immoral Inventions: Interaction between Ethics and Biotechnology Patent Law, Singapore Academy of Law Journal, Vol. 22, 2010., str. 935 – 936. [↑](#footnote-ref-207)
207. Puka činjenica da je eksploatacija zabranjena propisima nije dovoljna da bi se eksploatacija smatrala suprotnom tim vrijednostima (članak 6. stavak 1. Biodirektive. V. i članak 53(1)(a) EPC). [↑](#footnote-ref-208)
208. Članak 6. stavak 2. Biodirektive. Ovo rješenje u potpunosti je preuzeto Zakonom o patentu koji u članku 7. sadrži identičnu odredbu. Osim komercijalne eksploatacije ljudskog embrija, na rang supranacionalnih vrijednosti podignuti su i postupci kloniranja ljudskog bića, postupci za modificiranje genetičkog identiteta ljudskog bića te postupci za modifikaciju genetičkog identiteta životinja uz njihovu patnju bez značajne medicinske koristi po živi svijet, kao i životinje dobivene tim postupcima. [↑](#footnote-ref-209)
209. Članak 5. stavak 1. Biodirektive. [↑](#footnote-ref-210)
210. Već preambuli, jasno se kaže kako je patentno pravo „dužno poštivati dostojanstvo i integritet osobe“ (točka 16. preambule Biodirektive). [↑](#footnote-ref-211)
211. Članak 5. stavak 2. Biodirektive. [↑](#footnote-ref-212)
212. V. *infra* predmet *Relaxin* o patentiranju DNK. [↑](#footnote-ref-213)
213. Članak 6. stavak 2. Biodirektive. [↑](#footnote-ref-214)
214. V. Mišljenje nezavisnog odvjetnika Yvesa Bota od 10. ožujka 2011 (dostupno na: <http://curia.europa.eu/>). [↑](#footnote-ref-215)
215. Gorenc, Vilim (ur.), Rječnik trgovačkog prava, Zagreb, 1997, str. 154. [↑](#footnote-ref-216)
216. U stranoj literaturi, najčešće se koristi francuski naziv *ordre public* ili pak engleski naziv *public policy*. Hrvatski izraz doslovan je prijevod njemačkog pojma *öffentliche Ordnung.* On se sadržajno ne poklapa s pojmom javnog reda (eng. *public order*) koji je karakterističan primjerice za kazneno pravo. [↑](#footnote-ref-217)
217. Melullis, Klaus-Jürgen, Ausnahmen von der Patentierbarkeit, u: Dobrucki, Barbara et. al., Benkard Europäisches Patentübereinkommen: EPÜ-Kommentar, Band 4a, Verlag C.H. Beck München, 2002, str. 391. [↑](#footnote-ref-218)
218. de Oliveira, Leonardo V.P, Miranda, Isabel, International Public Policy and Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Brazil, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, Vol. 30 Br. 1, 2013., str. 51. [↑](#footnote-ref-219)
219. Ibid., str. 52. [↑](#footnote-ref-220)
220. Lalive, Pierre, Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, u: Sanders, Pieter (ed.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series, Vol. 3, Kluwer Law International, 1987., str. 52 *et seq*. [↑](#footnote-ref-221)
221. Jessup, Phillip C., Transnational Law (Storrs Lectures on Jurisprudence), Yale University Press, 1956, str. 2. Za pojašnjenje transnacionalnog javnog poretka u kontekstu međunarodne trgovačke arbitraže koji se može analogno primijeniti na svaki transnacionalni javni poredak kao sustav pravila v. u Conde e Silva, Gui, Transnational public policy in international arbitration, Doktorska disertacija, 2007 (disertacija dostupna na: <https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/handle/123456789/1717>). [↑](#footnote-ref-222)
222. Sličnu, iako zastarjelu i pod značajnim utjecajem marksističke ideologije, definiciju daje i prof. Josipović u svojem ranom radu na temu prava i morala (Josipović, Ivo, Pravo i moral, Pravnik, Vol. 14 – 15, 1979, str. 132). Unatoč starosti, ona je i dalje aktualna (v. Beauchamp, Tom. L, Childress, James, F., Principles of Biomedical Ethics, Peto izdanje, Oxford University Press, New York, 2001., str. 2), a ostaje i najprikladnija jer se o moralu govori kao sustavu pravila, a upravo je takvo definiranje morala neophodno za uočavanje sličnosti s pravilima javnog poretka. Tog je stava i Europski patentni ured. V. odluku u predmetu T.356/93. Sve odluke EPO-a dostupne su na web stranici ureda: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals.html>. [↑](#footnote-ref-223)
223. V. Austin, John. The Province of Jurisprudence Determined. 5th ed., London, Weidenfeld and Nicolson, 1954. U današnje vrijeme, međutim, ima i blažih oblika pozitivizma koji pravu priznaju „unutarnji moral“ kao sastavni dio (v. Hart, H.L.A. The Concept of Law. Oxford, Clarendon Press, 1961.). [↑](#footnote-ref-224)
224. Smith, Michael, Morality and Law, u: Berry Gray, Christopher, The Philosophy of Law – An Encyclopedia, Volume II (K – Z), Garland Publishing, Inc., London & New York, 1999., str. 567. – 570. [↑](#footnote-ref-225)
225. Dworkin, Ronald, Justice for Hedgehogs, Belknap Press of Harvard University Press, 2011. [↑](#footnote-ref-226)
226. Baxter, Hugh, Dworkin’s “One-System” Conception of Law and Morality, Boston University Law Review, Vol. 90, 2010, str. 857. [↑](#footnote-ref-227)
227. Predmet T 356/93. [↑](#footnote-ref-228)
228. Ibid. [↑](#footnote-ref-229)
229. Ibid. [↑](#footnote-ref-230)
230. Tekst sporazuma dostupan na web stanici Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo: <http://www.dziv.hr/files/File/zakonodavstvo/medjunarodni/WTO_TRIPS.pdf>. Inače, Sporazum je uvjet za članstvo u WTO-u. [↑](#footnote-ref-231)
231. Članak 27. stavak 2. WTO – TRIPS Sporazuma. [↑](#footnote-ref-232)
232. Tekst EPC-a dostupan na web stanici Državnog zavoda za intelektualno vlasništvo: <http://www.dziv.hr/files/File/zakonodavstvo/medjunarodni/EPC_2000_temp.pdf>. [↑](#footnote-ref-233)
233. Članak 53. stavak (a) EPC-a. [↑](#footnote-ref-234)
234. Predmet T 356/93. [↑](#footnote-ref-235)
235. Smjernice EPO-a za ispitvanje patenata, C-IV, 3, 1. Tekst dostupan na: <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html>. [↑](#footnote-ref-236)
236. Ibid. Potrebu za vaganjem interesa osjećaju i ispitanici u sklopu ovog istraživanja. Čak 70,16% ispitanika smatra da cilj ponekad može opravdati sredstvo. To jasno ukazuje da postoje situacije kad cilj može biti dovoljno jak motiv sredstvu koje se u uobičajenoj situaciji i bez tog cilja ne bi smatralo opravdanim. Međutim, iako takav stav ima uporište u snažnoj potpori kolektivu, samo 22,09% ispitanika kolektivu daju prednost pred pojedincem. To potvrđuje i 55,60% ispitanika koja život jedne osobe smatra jednako vrijednim kao život više osoba. S druge strane, čak 27,91% ispitanika koji smatraju da je život čovjeka mala cijena za medicinski napredak koji može spasiti stotine života, ali zato 52,71% ispitanika na pitanje je li zarađivanje na lijekovima, dokle god ispunjavaju svoju svrhu, ispravno – odgovaraju negativno. Iako naočigled proturječno, ovakvo stajalište ne začuđuje s obzirom na percepciju zdravstvenog sustava u očima hrvatskih građana. [↑](#footnote-ref-237)
237. Predmet *Relaxin* (OJ 1995, 388, Br. 6.2.1). Predmet patentne prijave u tom predmetu bio je isječak ljudske DNA .V. i Singer, Margarete, Stauder, Dieter, European patent convention, A Commentary, Volume 1, Sweet and Maxwell, 2003, str. 87. [↑](#footnote-ref-238)
238. Upravo gore navedeni predmeti najbolje pokazuju taj razvoj. [↑](#footnote-ref-239)
239. Odluka EPO- a u predmetu T 315/03 od 6. srpnja 2004. godine. Tekst odluke dostupan na web stranici EPO-a: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t030315ex1.pdf>. Za komentar ranijih faza predmeta, v. Paterson, Gerald, The European Patent System, The Law and Practice of the European Patent Convention, Second Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001, str. 434. – 436. [↑](#footnote-ref-240)
240. O'Sullivan, Ella, op. cit., str. 7. [↑](#footnote-ref-241)
241. U SAD-u, nacionalni patentni ured odobrio je patent već 1988. godine bez većih poteškoća (v. Marshall, Eliot, DuPont Ups Ante on Use of Harvard's OncoMouse, Science Magazine, Vol. 296 Br. 5571, 2002.). [↑](#footnote-ref-242)
242. O'Sullivan, Ella, op. cit., str. 7. [↑](#footnote-ref-243)
243. Presuda *Harvard College v. Canada*, 4 S.C.R. 45, 2002 SCC od 21. svibnja 2002. godine. Takav stav dijeli većina ispitanika u anketi u sklopu ovog istraživanja. Očekivano, 66,67% ispitanika smatra ljudski život vrednijim od životinjskog. Isto tako očekivano, 74,42% ispitanika život viših organizama smatra vrednijim od života nižih, jednostaničnih organizama. [↑](#footnote-ref-244)
244. Odluka EPO-a u predmetu T 356/93 od 21. veljače 1995. godine. Tekst odluke dostupan na web stanici EPO-a: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t930356ex1.pdf>. [↑](#footnote-ref-245)
245. Anketa je provedena u Švicarskoj i Švedskoj. Ispitanici su iskazali protivljenje korištenju takvih biljaka. EPO je odbacio anketu kao irelevantnu. Ispitanici u anketi u sklopu ovog istraživanja dijele sličan stav. Na pitanje postoji li objektivni moral na razini nekog društva 32,95% ispitanika odgovorilo je potvrdno. To je vrlo vjerojatno razlog zašto je samo 27,13% na pitanje je li moralno ono što većina u društvu smatra moralnim odgovorilo potvrdno. Uistinu, moral kao objektivna kategorija obuhvaća određena opća načela koja radi svoje univerzalnosti ne ovise o pravnom poretku. Ona se ne mogu matematički odrediti određenim postotkom stanovništva koje dijeli određeno mišljenje. [↑](#footnote-ref-246)
246. Paterson, Gerald, op. cit., str. 637. [↑](#footnote-ref-247)
247. Odluka Proširenog odbora za žalbe EPO-a od 25. studenog 2008. godine (<http://archive.epo.org/epo/pubs/oj009/05_09/05_3069.pdf>). Za komentare te odluke v. Sterckx, Sigrid, The European Patent Convention and the (non)patentability of Human Embryonic Stem Cells: the WARF Case, Intellectual Property Quarterly, Br. 4, Sweet & Maxwell, 2008; Sterckx, Sigrid, The WARF/Stem Cells Case Before the EPO Enlarged Board of Appeal, European Intellectual Property Review, Vol. 30, 2008. te Sterckx, Sigrid, Cockbain, Julian, Assessing the Morality of the Commercial Exploitation of Inventions Concerning Uses of Human Embryos and the Relevance of Moral Complicity: Comments on the EPO’s Warf Decision, SCRIPTed, Vol. 7 Br. 1, 2010. [↑](#footnote-ref-248)
248. Cheney, Kenneth C., op. cit., str. 526. – 529. [↑](#footnote-ref-249)
249. Sterckx, Sigrid, Cockbain, Julian, op. cit., str. 92. [↑](#footnote-ref-250)
250. Kao što je to EPO i sam primjetio, prethodna pitanja Europskom sudu mogu postavljati samo nacionalni sudovi i tribunali. [↑](#footnote-ref-251)
251. EPO je rekao: „For the reasons given above, the Enlarged Board of Appeal comes to the conclusion that the legislators... wanted to exclude inventions such as the one underlying this referral from patentability and that in doing so, they have remained within the scope of Article 53(a) EPC and of the TRIPS Agreement. In view of this result, it is not necessary nor indeed appropriate to discuss further arguments and points of view put forward in these proceedings such as whether the standard of ordre public or morality should be a European one or not, whether it matters if research in certain European countries involving the destruction of human embryos to obtain stem cells is permitted, whether the benefits of the invention for humanity should be balanced against the prejudice to the embryo, or what the point in time is to assess ordre public or morality under Article 53a EPC.“ [↑](#footnote-ref-252)
252. Iako je Sud rekao kako želi izbjeći takvo vrednovanje, nije u tome uspio (Williams, Sophia, *op. cit*.). [↑](#footnote-ref-253)
253. *Ibid*., str. 581. [↑](#footnote-ref-254)
254. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-255)
255. Članak 267. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje: UFEU). Prema istom članku, nacionalni sudovi nižeg ranga mogu, dok najviši sudovi moraju postaviti prethodno pitanje kad je primjena europskih propisa nejasna. [↑](#footnote-ref-256)
256. Prema načelu nadređenosti, jedini način da EU ispuni svoj cilj jest da norme europskog prava imaju nadnacionalno značenje i prednost pred normama nacionalnog prava. Ovo je načelo prvi puta proklamirano u predmetu *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* (6/64). [↑](#footnote-ref-257)
257. Prema načelu izravnog učinka, norme europskog prava izravno se primjenjuju na građane država članica koji postaju nositelji subjektivnih prava. Ovo je načelo prvi puta proklamirano u predmetu *Algemeine Transport – en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration* (26/62). [↑](#footnote-ref-258)
258. Članak 3. UFEU. [↑](#footnote-ref-259)
259. Ova su područja posljedica primjene načela nadređenosti. Kad bi države članice mogle donositi vlastite nacionalne propise u istim područjima, osim nepotrebnog sukoba normi i troškova koji bi nastupili povodom takvog sukoba, ciljevi EU ne bi se mogli ostvariti. [↑](#footnote-ref-260)
260. Ćapeta, Tamara, Rodin, Siniša, Osnove prava Europske unije, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 22. [↑](#footnote-ref-261)
261. Ibid. V. i članak 6. UFEU. [↑](#footnote-ref-262)
262. Pitanja unutarnjeg tržišta te slobode, sigurnosti i pravde u Osnivačkim ugovorima definirana su kao dio podijeljene nadležnosti (članak 4. UFEU). [↑](#footnote-ref-263)
263. Ibid. [↑](#footnote-ref-264)
264. Točka 38. Preambule Biodirektive. [↑](#footnote-ref-265)
265. Ibid. Preambula jasno kaže kako se „lista ne može smatrati iscrpnom“. [↑](#footnote-ref-266)
266. Radi se o ranije spomenutoj odredbi članka 27. WTO – TRIPS Sporazuma. [↑](#footnote-ref-267)
267. Točka 36. preambule Biodirektive. [↑](#footnote-ref-268)
268. Negativan karakter očituje se u činjenici da isključuje primjenu određenog pravnog pravila kad bi njegova primjena ili samo pravilo (ovisno o nacionalnim pravilima) bili suprotni javnom poretku. V. Sajko, Krešimir, Međunarodno privatno pravo, Zagreb, 2009., str. 256. – 274. [↑](#footnote-ref-269)
269. V. odluke u predmetima *easyCar* (C‑336/03), *Wallentin-Hermann* (C‑549/07) te *UGT-FSP* (C‑151/09). [↑](#footnote-ref-270)
270. V. predmete *Ekro* (327/82), *Linster* (C-287/98), *Infopaq International* (C‑5/08) *Padawan* (C-467/08). [↑](#footnote-ref-271)
271. Embrij nije definiran Biodirektivom, iako je njegovo tumačenje potrebno kako bi se pravilno primijenila odredba članka 6. stavka 2. Biodirektive. Načelno je prihvaćeno, što i Sud sam primjećuje analizom postojeće prakse, da se polje primjene i tumačenje pojmova sekundarnog prava EU mora provoditi ujednačeno. Za učinak direktiva kao sekundarnog izvora prava EU, v. Ćapeta, Tamara, Rodin, Siniša, *op. cit.*, str. 47. – 82. [↑](#footnote-ref-272)
272. Toča 39. preambule Biodirektive. [↑](#footnote-ref-273)
273. Točke 38. – 40. preambule, u vezi s člankom 6. stavkom 2. Biodirektive. [↑](#footnote-ref-274)
274. U već citiranoj točki 38. Preambule Bioidrektive, postupci kojima se vrijeđa ljudsko dostojanstvo proglašavaju se „očigledno suprotnima“ javnom poretku i moralu. Time se zapravo određuje ratio odredbe članka 6. stavka 2. [↑](#footnote-ref-275)
275. Međunarodno javno pravo u posljednje vrijeme široko uređuje ovo područje (Škorić, Mirabell, op. cit.). [↑](#footnote-ref-276)
276. Posebice, moral odražava kulturu integriranu u europsko društvo i civilizaciju (v. Crespi, R. S., The Human Embryo and Patent Law - A Major Challenge Ahead, European Intellectual Property Review, Vol. 28 Br. 11 2006.). [↑](#footnote-ref-277)
277. V. Melullis, Klaus-Jürgen, op. cit., str. 391. V. i O'Sullivan, Ella, Article 53(a) EPC and the patentability of animals: The effect of Rule 23d(d) on ordre public and morality evaluations in the European Patent Office. Članak dostupan na web stranici Međunarodne organizacije za razvoj edukacije i istaživanja prava industrijskog vlasništva: <http://www.atrip.org>. [↑](#footnote-ref-278)
278. Otto, Dirk, Elwan, Omaia,Article V(2), u: Kronke, Herbert, Nacimiento, Patricia et al. (ur.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Kluwer Law International, 2010, str. 366. [↑](#footnote-ref-279)
279. V. predmet *Hubert Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (5/88) od 13. srpnja 1989. [↑](#footnote-ref-280)
280. Članak 6. UFEU. [↑](#footnote-ref-281)
281. Ćapeta, Tamara, Rodin, Siniša, op. cit. str. 18. [↑](#footnote-ref-282)
282. O povijesnom razvoju koncepta ljudskog dostojanstva, ali i njegovoj rasprostranjenosti u nacionalnim zakonodavstvima te univerzalnom i regionalnom međunarodnom pravu, v. McCrudden, Christopher, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, The European Journal of International Law, Vol. 19 Br. 4, 2008. [↑](#footnote-ref-283)
283. Zato je prepoznato u velikom broju međunarodnih dokumenata (v. McGonagle, Tarlach, Safeguarding Human Dignity in the European Audiovisual Sector, IRIS Plus, 2007.). Unatoč tome, samo 35,66% ispitanika dostojanstvu daje prednost pred ljudskim životom. Ovo jasno pokazuje kako teoretska i politička volja da se dostojanstvu dade apsolutni i primarni karakter nema nužno uporište u javnom mnijenju. Ipak, tome valja pripisati nedovoljno jasan sadržaj prava na dostojanstvo, kao i generalni karakter pitanja u anketi. [↑](#footnote-ref-284)
284. Inch, Adam, The European Patent Convention: A Moral Roadblock to Biotechnological Innovation in Europe, Houston Journal of International Law,Vol. 30,2007., str. 225. [↑](#footnote-ref-285)
285. Mišljenje britanskog patentnog ureda (UKPO) u predmetu G2/06 –Wisconsin Alumni Research Foundation, Amicus Curiae Submission Of The United Kingdom iz 2006. godine. Dostupno na web stranici: <http://www.ipo.gov.uk/warf.pdf>. Ovakvo stajalište ne dijele ispitanici u anketi u sklopu ovog istraživanja. Na pitanje trebaju li ljudi učiniti sve što je u njihovoj moći da bi našli lijek za neizlječive bolesti, 27,91% ispitanika izjasnilo se potvrdno. Ovo ukazuje kako [↑](#footnote-ref-286)
286. Bahadur, G., Morrison M., Patenting human pluripotent cells: balancing commercial, academic and ethical interests, Human Reproduction, Vol. 25 Br. 1, 2010., str. 17. [↑](#footnote-ref-287)
287. Terapeutsko kloniranje nije posve zabranjeno. To je u skladu sa stajalištem ispitanika u anketi u sklopu ovog istraživanja. Čak 47,67% smatra da kloniranje ljudi nije neopravdano baš u svakoj situaciji. [↑](#footnote-ref-288)
288. Cheney, Kenneth C.,op. cit., str. 534. Za popis međunarodnih dokumenata, ali i općenito o međunarodnoj i poredbenoj regulativi pitanja kloniranja, v. Škorić, Mirabell, Pravna regulacija reproduktivnog i terapeutskog kloniranja na međunarodnoj i nacionalnoj razini, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol. 28 Br. 2, 2007. [↑](#footnote-ref-289)
289. Tekst Deklaracije na engleskom jeziku dostupan je na web stranici UNESCO-a: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/human-genome-and-human-rights/>. [↑](#footnote-ref-290)
290. Vidi izvješće se 59. sjednice Opće skupštine UN-a na engleskom jeziku na kojoj je usvojena Deklaracija: <http://www.c-fam.org/docLib/20080625_Declaration_on_Human_Cloning.pdf> [↑](#footnote-ref-291)
291. Tekst Konvencije na hrvatskom jeziku dostupan je na web stranici HIDRA-e: <http://hidra.srce.hr/webpac-hidra-murh2-pregled/?rm=results&show_full=1&f=IDbib&v=MU003188&filter=hidra-murh> [↑](#footnote-ref-292)
292. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-293)
293. Primjer je i Republika Hrvatska. Novi Kazneni zakon (Narodne novine, br. 125/11 i 144/12) predviđa kazneno djelo kloniranja i promjena ljudskog genoma (članak 108.) te kazneno djelo zabrane miješanja ljudskih spolnih stanica sa životinjskim (članak 109.). [↑](#footnote-ref-294)
294. Cheney, Kenneth C.,op. cit., str. 534. Upravo je Velika Britanija dala ključan doprinos afirmaciji temporalne restrikcije od četrnaest dana. V. tzv. Warnick Report, Department of Health & Social Security, Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilization and Embryology, 1984, Her Majesty's Stationery Office, London, 1988, para. 11.30: *„[l]egislation should provide that research may be carried out on any embryo resulting from in vitro fertilisation, whatever its provenance, up to the end of the fourteenth day after fertilisation ...”*, par. 11.22: *“[i]t shall be a criminal offence to handle or to use as a research subject any live human embryo derived from in vitro fertilisation beyond that limit (ie fourteen days after fertilisation).”* [↑](#footnote-ref-295)
295. Prema članku 2. Uredbe o ljudskoj oplodni i embriologiji iz 2001. godine, dopuštena su medicinska istraživanja na embrijima za svrhe povećanja znanja o razvoju embrija, o liječenju teških bolesti te primjeni takvog znanja na liječenje teških bolesti. Tekst uredbe dostupan je na web stranici britanskog nacionalnog arhiva: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/188/contents/made>. S druge strane, Njemačka zabranjuje istraživanja na embrijima unutar svojeg područja iako dopušta uvoz embrionalnih matičnih stanica na temelju kojih bi se provodila istraživanja (v. Laezer, Leslie, op. cit., str. 43. – 44.) [↑](#footnote-ref-296)
296. Velika Britanija ulaže velika novčana sredstva u istraživanja ovakvog tipa svake godine (v. Donley Young, Cynthia, op. cit., str. 853. [↑](#footnote-ref-297)
297. As there is no constitutional tradition common to member states that a pre-14 day embryo should not be used for stem cell research (which itself is not contrary to such unitary values, nor outlawed by international treaty) there is no reason to forbid patenting of a use involving extracting some cells from a pre-embryo (that is one less than 14 days old in accordance with usage in the medical field) as suggested in the application. [↑](#footnote-ref-298)
298. Vidi bilj. 247. [↑](#footnote-ref-299)
299. Zanimljivo je promatrati moralnu raspravu između pobornika i protivnika biomedicinskih istraživanja na embrionalnim matičnim stanicama. Protivnici ističu kako se čovjek ni u kojoj fazi razvoja ne smije smatrati sredstvom, već ciljem. Oni, dakako, ljudski embrij izjednačavaju s čovjekom. Takva stajališta u skladu s doktrinom neškodljivosti (*primum non laedere*) koja prevladava u modernoj bioetici (v. Beauchamp, Tom. L, Childress, James, F., op. cit.). Pobornici, s druge strane, ističu javni interes da se pronađu lijekovi za opake bolesti i smatraju ga važnijim od pojedinačnog embrija te činjenicu da sudovi nisu skloni dodijeljivati prava embrijima. Suprotno uvaženom mišljenju, ovakvo stajalište podupiru i neke velike vjerske zajednice, npr. židovska i islamska (v. Balint, John A., op. cit., str. 737. – 738.). [↑](#footnote-ref-300)
300. Poticanjem, s jedne stane, te zabranom komercijalizacije rezultata, s druge strane, istraživače se značajno demotivira, što ima za posljedicu zastoj medicinskog napretka. [↑](#footnote-ref-301)
301. V. Siew-Kuan, Elizabeth, op. cit., str. 935. te Williams, Sophia, op. cit. str. 581. *et seq*. [↑](#footnote-ref-302)
302. Sud je rekao: „Although the scope of the concept of public policy 'cannot be determined unilaterally by each Member State without being subject to ontrol by the institutions of the Community', nevertheless, as 'the particular circumstances justifying recourse to the concept of public policy may vary from one country to another', it is necessary 'to allow the competent national authorities an area of discretion within the limits imposed by the Treaty and the provisions adopted for its implementation.“ Slično je stajalište zauzeo je i nezavisni odvjetnik u istom predmetu. [↑](#footnote-ref-303)
303. Relating to question 1: Rule 28(c) (formerly 23d(c)) EPC applies to pending European patent applications filed before its entry into force. It does not change the law, nor render immoral that which formerly was not, nor seek to define new classes of acts which are contrary to ordre public. [↑](#footnote-ref-304)
304. *Ibid*., str. 439. [↑](#footnote-ref-305)
305. *Doe v. Obama* , 670 F.Supp.2d 435 (2009), str. 442.Drugostupanjski sud potvrdio je presudu. V. *Doe v. Obama*, 631 F.3d 157, str. 164. [↑](#footnote-ref-306)
306. *Doe v. Obama*, Petition for a Writ of certiorari, No. 10 – 1206., (i) (dostupno na: http://www.naapc.org/wp-content/uploads/2011/04/palmer-final.pdf). [↑](#footnote-ref-307)
307. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-308)
308. *Doe v. Obama*, 131 S. Ct. 2938 (2011). [↑](#footnote-ref-309)
309. V. Mišljenje nezavisnog odvjetnika, *supra*. bilj. 214. [↑](#footnote-ref-310)
310. William, Sophia, op. cit. str. 581. [↑](#footnote-ref-311)
311. Kramer, James M., op. cit., str. 708. [↑](#footnote-ref-312)
312. V. Cowan, Chad A., Atienza, Jocelyn, Melton, Douglas A., Eggan, Kevin, Nuclear Reprogramming of Somatic Cells After Fusion with Human Embryonic Stem Cells*,* Science Magazine*,* Vol. 309 Br. 5739, 2005. te Okita, Keisuke, Yamanaka, Shinya, Induced pluripotent stem cells: opportunities and challenges, Philosophical Transactions of The Royal Society B, Col. 366, 2011. [↑](#footnote-ref-313)
313. Metoda se do sada pokazala nepouzdanom, jer povećava sklonost oboljenja od raka. V. Hyun-Jai Cho et al., Induction of pluripotent stem cells from adult somatic cells by protein-based reprogramming without genetic manipulation, Blood, Vol. 116 Br. 3, 2010., str. 386. [↑](#footnote-ref-314)
314. Na taj način razvijene su stanice brojnih tipova tkiva, poput moždanih stanica, stanica jetre i kostiju (v. Kramer, James M., op. cit., str. 708. – 709.). [↑](#footnote-ref-315)
315. Ibid. [↑](#footnote-ref-316)
316. Članak 5. stavak 2. Biodirektive. [↑](#footnote-ref-317)