

Виолета Беширевић¹

БОГОВИ СУ ПАЛИ НА ТЕМЕ: О УСТАВУ И БИОЕТИЦИ

Предмет ауторовог интересовања у овом чланку јесте однос устава и биоетике. Дефинишући биоетику као научну дисциплину која се бави проучавањем етичких питања у медицини, проузрокованих биотехнолошком револуцијом и јачањем свести о људским правима, аутор указује да се савремена друштва често опредељују да многе биоетичке дилеме реше позивањем на уставна права и слободе. У расправи о оправданости и донетима ове тенденције, аутор користи примере уставног регулисања абортуса, еутаназије и клонирања. У закључку се наводи да избор правне „стратегије“ у решавању биоетичких дилема зависи како од политичке, правне, културне и верске традиције датог друштва, тако и од временске дистанце у којој се тражи одговор права на технолошке и социолошке иновације.

Кључне речи: *Устав. – Биоетика. – Људска права. – Абортус. – Еутаназија. – Клонирање.*

Професор Мајкл Шапиро (Michael Schapiro), са Универзитета Лужне Калифорније, својевремено се послужио темом из филма „Богови су пали на теме“ да би објаснио да се иновације проузроковане технолошким и социолошким развојем најчешће не могу вредновати стандардним категоријама (укључујући и правне) у којима смо навикли да мислимо.² По мишљењу поменутог професора, као што је флаша кока-коле довела у питање искуствена сазнања Бушмана,

¹ За подршку у овом раду аутор се посебно захваљује Центру за право и етику у биомедицини Централно европског универзитета у Будимпешти. Сва изнета гледишта у овом раду су, међутим, представљена независно од могућих ставова Центра.

² Michael H. Shapiro, *Lawyers, Judges and Bioethics* (1997) 5 S. Cal. Interdisc. L. J. 113. Назив филма у оригиналу: *The Gods Must be Crazy* (C.A.T. Filmovi, 1984). Филм указује да је уврежени начин мишљења Калахари Бушмана био неадекватан за вредновање и употребу флаше кока-коле која је изненада пала на земљу.

становника пустиње Калахари, тако и технолошке и социолошке иновације стављају на тест многа традиционална сазнања и искуства чланова савремених заједница.³

Реаговање доброг дела грађана Србије на забрану клонирања људи у новом Уставу Србије, подсетило ме је на овај коментар професора Scharif-a. Усвајање Устава без претходно обављене јавне расправе, учинило је да забрана клонирања садржана у овом тексту изгледа као „пала с неба“, баш као и флаша кока-коле у поменутом филму. Одмах да разјасним: ово није чланак о демократској легитимацији новог Устава Републике Србије. Уставну забрану клонирања искористићу као повод за компаративни приказ односа Устава и биоетике: основно питање овог рада је – да ли Устав говори о биоетици? Циљ овог рада је да, користећи примере абортуса, еутаназije и клонирања, укаже да се све чешће дебате о контроверзним биоетичким дилемама решавају или њиховим експлицитним уношењем у устав или се одлукама о уставности искључују из свакодневног политичког процеса. При томе, основ за „уставну“ интервенцију су – људска права.

1. О ЗАДАЦИМА УСТАВА И РАЗЛОЗИМА КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ ПРАВА

На први поглед, сваки демократски устав у основи има задатак да ограничи власт. Устави, дакле, говоре о власти или прецизније, о ограниченој власти. На други поглед, задатак устава је не само да ограничи већ и да конституише власт, усмери је према друштвено пожељним циљевима, спречи хаос и насиље појединаца.⁴ Устав је, како то примећује Стивен Холмс (Stephen Holmes), мултифункционалан – спречава тиранију, корупцију, анархију, неспособност, неодговорност, нестабилност, али и незнање и глупост политичара.⁵ Коначно, „добар“ устав настоји да учврсти традиционалне вредности и праксе које заслужују посебан статус, али истовремено (а) оставља простор за њихову критику и елиминацију и (б) указује на правац значајних и мање значајних промена.⁶

Осим што уређује државну структуру и омогућава доношење и спровођење одлука власти, једна од најважнијих улога демократског

³ *Ibid.*, стр. 115.

⁴ Види, *Stephen Holmes, Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago, London: The University of Chicago Press, 1995) стр. 6.

⁵ *Ibid.*

⁶ Види, *Cass Sunstein, Designing Democracy: What Constitutions Do* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2001) стр. 240.

устава је гарантовање начела слободе.⁷ Слобода (од деспотске и аутократске владавине) обезбеђује се системом равнотеже између институција власти и њихове међусобне контроле, потчињавањем тих институција уставу и законима, али и гарантовањем људских и мањинских права. Како су од посебног интереса за овај рад уставне гаранције људских права, задржаћу се мало више на питању шта је то што мотивише грађане једног друштва да, доносећи нови устав, извесна права и слободе заштите од свакодневног политичког процеса.

Трагајући за одговором на ово питање, могуће је установити различите разлоге и идеје који стоје иза чињенице да су се одређена права нашла у неком уставном тексту. Тако, на пример, да би оправдали своје постојање, амерички и француски револуционари окренули су се природним правима и тако поставили темеље устава тих држава.⁸ Да би заштитили концепт човечности и спречили политичке и социјалне предрасуде, многи уставни, укључујући нпр. немачки, полазе од тога да је фундаментална вредност и извор свих других права људско достојанство.⁹ Док се нека права гарантују независно од концепта демократије, друга управо проистичу из тог концепта. На пример, право на приватну својину, право на неповредивост физичког интегритета, забрана тортуре или заштита од самооптуживања, јесу права и слободе конституционализоване независно од идеје демократије – ова права се гарантују без обзира на то какав је став већине према њима.¹⁰ Право на слободу говора или изборна права директно извиру из идеје демократије. Одређеним правима додељује се улога коректива друштвене неједнакости и као таква она постају део уставног аранжмана: Устав Јужне Африке, на пример, гарантује минимум економских права, право на храну и кров над главом, полазећи од става да се редовном политичком процесу не може поверити заштита интереса грађана који су на маргинама друштва.¹¹ Корени

7 Види, *András Sajó, Limiting Government*, (Budapest: CEU Press, 1999) стр. 245.

8 Уводна реченица америчке Декларације независности из 1776. године истиче: „сматрамо очигледним истинама да су сви људи створени једнаки, да им је Творац подарио нека неотуђива права, међу којима су право на живот, слободу и трагање за срећом; да би се обезбедила ова права образују се владе...“ Француска Декларација права човека и грађанина из 1789. године проглашава неотуђивим природним правима, која људима припадају од рођења, право на слободу, на својину, на сигурност и право на отпор репресији. Декларација још прокламује права политичке партиципације, процесне гаранције у кривичном поступку, као и слободу религије и изражавања.

9 Људско достојанство експлицитно је заштићено и у већини посткомунистичких устава, као и нпр. у уставима Јужне Африке, Финске и Португалије.

10 Види, *Sunstein, op. cit.*, стр. 97.

11 *Ibid.*, стр. 98.

социјално-економских права потичу из обавеза државе према угроженима. Међу првим уставима који су предвиђали такве обавезе били су мексички и Устав Вајмарске Републике. После Другог светског рата, Немачка се својим уставом обавезала на вођење одговорне социјалне политике, а свој прави процват социјална и економска права доживела су рађањем нових демократија најпре у Шпанији и Португалији, а затим и у земљама средње и источне Европе.¹² Нека права постају уставна и поред ризика што могу да угрозе демократске процесе у датом друштву – такво је, на пример, право на самоопредељење, путем којег нека друштва покушавају да уреде питање морала у политици.¹³ Најзад, нека уставна права директна су последица индустријског и технолошког развоја, укључујући, на пример, слободу изражавања, право на здраву животну средину, право на приватност, али и право на одбијање медицинског третмана којим се спасава, односно продужава живот.

У недостатку јавне расправе, могу само да нагађам разлоге због којих је забрана клонирања људи предвиђена новим Уставом Србије. Прво, могуће је да је ова забрана мотивисана непожељним медицинским импликацијама тзв. биотехнолошке, односно „генетске“ револуције и заштитом постојећих људских права. Друго, могуће је да је Србија овом забраном одговорила на позив садржан у неким инструментима међународног права којим се државе позивају да забране праксу клонирања људи (Декларација УН о клонирању људи, Конвенција Савета Европе о људским правима и биомедицини и Допунски Протокол уз ову конвенцију о забрани клонирања људских бића). Треће, није искључено да су на уношење ове забране у уставни текст утицали и представници цркве, одговарајући тако на недавне најаве терапеутског клонирања у Србији.

2. ШТА ЈЕ БИОЕТИКА?

Постоје веома различита схватања о појму и предмету биоетике. Онколог и биохемичар Ван Ренселер Потер (Van Rensselaer Potter) уводи први пут ову реч у службену употребу 1971. године, приликом оснивања Института за истраживање у области репродуктивне медицине.¹⁴ Од тада па до данас, овај појам попримио је раз-

¹² За више види, *Wiktor Osiatynski, Introduction*, садржано у *Re-thinking Socio-Economic Rights in an Insecure World*, ур. *Nsongurua Udombana* и Виолета Беширевић (*Budapest: CEU Center for Human Rights*, 2006) стр. 16–17.

¹³ Види, *Sunstein, op. cit.*, стр. 114.

¹⁴ Види, *Glasilo Hrvatskog društva medicinskih biokemičara*, (2005) Vol. 9, бр. 1–2, стр. 8–9.

личита значења, почевши од схватања биоетике као професионалне етике у медицини, до глобалне биоетике и биоетике као љубави према животу.¹⁵ По мом схватању, биоетика је научна дисциплина која се бави проучавањем етичких питања у медицини, делимично прузрокованих биотехнолошком револуцијом а делимично јачањем свести о људским правима. У суштини, то су питања која се, на овај или онај начин, односе на људски живот и то од његовог почетка па до самог краја, почевши, на пример, од вантелесне оплодње *in vitro* и абортуса, па до палијативне неге, еутаназије и трансплантације органа.

Питања и дилеме са којима се биоетика сусреће не само да доводе у питање традиционално схватање појма људске цивилизације, већ директно погађају бројне сегменте људског друштва – појединца, породицу, органе власти, медицинске установе, лекаре и др. Ово важи и за право и правнике који треба да одговоре на дилеме попут оних – чије је дете рођено у процесу „сурогат материнства“, да ли ембрион ужива правну заштиту или у ком тренутку људски живот престаје да ужива ову заштиту. Савремена биотехнологија генерише нове интересе појединца, породице, па чак и интересе нових организација, а ови нове сукобе – нпр. између особа које тврде да су само оне праве мајке или између оних који сматрају да живот престаје у тренутку мождане смрти и оних који заступају тезу према којој се живот гаси у тренутку срчане смрти.

Из досадашњег излагања могуће је наслутити да биоетичке дилеме доводе у питање или захтевају редефинисање фундаменталних вредности које су заштићене уставним правом укључујући како живот, људско достојанство, личну слободу, физички и ментални интегритет, здравље, приватност, једнакост, аутономију воље, образовање, породични живот, тако и научна истраживања и корист од научних истраживања. Одговори уставних система су различити, а зависе од правне, културне и религијске традиције сваке појединачне државе.

„Медикализација“ устава почела је одлуком Врховног суда САД да, проглашавајући уставно право на приватност, укине „неуобичајено неразуман закон“ који је брачним паровима забрањивао употребу контрацептивних средстава.¹⁶ У правној теорији вероватно су најпознатији одговори америчког Врховног суда и немачког Уставног суда на питања о дозвољености абортуса. И док је Врховни суд САД недвосмислено подржао право жене на абортус као један

15 За више види, нпр. *Tom L. Beauchamp and James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics*, 4. издање (Oxford, New York: Oxford University Press, 1994).

16 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

од аспеката њеног уставом гарантованог права на приватност,¹⁷ Уставни суд Немачке био је далеко мање одређенији. Упркос јакој реторичкој подршци фетусу, суд је признао да право на слободан развој личности, даје жени извештан степен контроле над њеним животом, оставивши могућност да се политичким процесом уреде услови под којим би абортус ипак био дозвољен.¹⁸ Тек је у својој наредној одлуци из 1993. године, Уставни суд Немачке изричито закључио да фетус ужива уставом гарантовано право на живот и да је држава дужна да га штити.¹⁹ Такав закључак суда пресудан је и за одговор немачког законодавства на неке друге биоетичке дилеме, укључујући, на пример, правни статус терапеутског клонирања.

У међувремену, и нека друга биоетичка питања поставила су се пред уставним судовима одређених земаља, укључујући на пример еутаназију. Споразум којим се успоставља устав за Европу (у даљем тексту: Устав ЕУ), иако није обавезујући текст, добар је показатељ биоетичких питања која би дефинитивно могла да постану део предуставног аранжмана, и да се као таква нађу у уставним текстовима који се пишу у времену у којем живимо. Сходно члану II-63 (2) овог текста, право на физички и ментални интегритет сваке особе захтева да се у области медицине и биологије нарочито поштује следеће: право пацијента на слободан пристанак и на обавештење, забрану еугенетских пракси, нарочито оних које су усмерене на селекцију људи, забрану коришћења људског тела или делова људског тела у комерцијалне сврхе и забрану клонирања људи у репродуктивне сврхе.

За разлику од одлука о абортусу, о којима се доста писало, у правној теорији нешто су мање познати одговори уставне јуриспруденције на неке друге биоетичке дилеме, као што су еутаназија или клонирање људи. Стога ћу даљу дискусију у овом раду базирати управо на одговорима уставног права на дилеме које су са собом донеле могућности вештачког продужетка живота, као и његовог стварања у лабораторији.

3. ЕУТАНАЗИЈА КАО ПРАВО НА СМРТ

И док је легализација абортуса била условљена пре свега јачањем свести о људским правима и променама у друштвеном положају жене, развој модерне медицинске технике шездесетих година XX века, главни је разлог за отварање још једне Пандорине кутије,

17 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

18 39 BVerfGE I (1975).

19 88 BVerfGE 203 (1993).

односно и данас актуелне расправе о еутаназији. Пре детаљнијег приказа релевантне уставне јуриспруденције, неопходно је позабавити се појмом еутаназије.

Сам термин еутаназија, грчког је порекла, а повезује се са „лаком“ или „добром“ смрти. Ту се, отприлике, завршава консензус оних који учествују у расправи о еутаназији јер не постоји опште-прихваћена дефиниција о томе шта подразумева овај поступак. Једни, у које сама спадам, залажу се за дефиницију која би у себи обухватала свако чињење или нечињење којим се скраћује живот како би се прекратиле патње и болови умирућег или неизлечиво оболелог пацијента. Већина, међутим, прави разлику између такозване активне еутаназије којом на захтев пацијента лекар директно или индиректно изазива његову смрт, односно пасивне еутаназије која подразумева нечињење и „допуштање“ пацијенту да на сопствени захтев умре. Став већине прихваћен је и у већини законодавстава и у судској пракси – пасивна еутаназија углавном је легализована уз помоћ правне фикције сходно којој (а) одбијање медицинског третмана којим се спасава или продужава живот није самоубиство и (б) лекар не изазива смрт пацијента већ исти умире „природном“ смрћу, односно смрт наступа као последица болести или повреде. Активна еутаназија – односно њени облици – убиство из милосрђа и помоћ лекара у самоубиству – забрањени су готово у свим земљама осим у Холандији, Белгији, америчкој држави Орегон, Колумбији, Швајцарској и Јапану.²⁰

Како је еутаназија постала уставно питање? Убрзо након почетне фасцинације медицинским технолошким достигнућима укључујући апарате за реанимацију, вештачка плућа и сонде за вештачку исхрану уз помоћ којих је могуће продужити живот до неслућених

20 До легализације није, међутим, дошло на исти начин и у истом обиму. Холандија је легализовала оба облика активне еутаназије уз помоћ доктринарних принципа кривичног права, сходно којима лекар не подлеже кривичној одговорности ако је активну еутаназију извршио под тачно одређеним условима. Белгија је донела закон којим не прецизира методе активне еутаназије, а којим овлашћује лакара да на захтев пацијента изврши овај третман уз услов да поштује прописану процедуру. Грађани Орегона референдумом су легализовали помоћ лекара у самоубиству, али не и убиство на захтев пацијента. Швајцарски Кривични закон, донет 1942. године, предвиђа кажњавање за помоћ у самоубиству само ако је помоћ пружена из користољубља, док сваки други мотив, па и саосећање са умирућим пацијентом, не чини дело криминогеним. Као и у Орегону, убиство на захтев пацијента инкриминисано је без обзира на мотиве учиниоца. У Колумбији је до легализације дошло одлуком Вишег суда, с тим што се одлуком изричито забрањује еутаназија пацијената оболелих од Алцхајмерове, Паркинсонове и Лоу Гехригове болести. Најзад, у Јапану постоји консензус нижих судова о дозвољености активне еутаназије (види нпр. случај *Tokunaga* и објашњење у *Danuta Mendelson i Timothy Stoltzfus Jost, A Comparative Study of the Law of Palliative Care and End-of-Life Treatment*, (2003) 31 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 130.

граница, постало је јасно да нова технологија не продужава само живот већ и болест, а самим тим и патње и болове. Студије из тога времена показале су да је континуирани опстанак у тзв. трајном вегетативном стању које је слично коми, могућ само уз основну негу – исхрану кроз сонду.²¹ Тако су, на пример, забележени случајеви у којима су пацијенти овако „живели“ 18 или 20 година, а забележен је по један случај пацијента који је „живео“ у оваквом стању 37, односно 40 година.²² Према томе, постало је неизбежно одлучити да ли уопште започињати третман оваквих пацијената, односно да ли га треба прекинути тамо где је већ започет. Поред медицинског, ова одлука укључује и правни аспект, јер се тиме, фактички, одлучује о праву на живот. Питање – ко контролише машине – доктор или пацијент – убрзо постаје уставно питање и то прво у САД, а потом у још неким државама.

Правни аспект новонасталог проблема најчешће се дефинише кроз став о постојању права на самоодлучивање које између осталог подразумева и постојање права на смрт или права на одбијање медицинског третмана који продужује живот. Како, међутим, ниједан од важећих устава не штити експлицитно ова права, рађају се нове дилеме: које уставно право је *Muttergrundrecht* праву на смрт, односно праву на одбијање медицинског третмана који продужава живот? Да ли је то право на неповредивост физичког интегритета, право на приватност, на слободу или право на људско достојанство? Да ли је наличје права на живот – право на смрт? Уколико није, да ли то значи да постоји обавеза на дужи живот? Модерна медицинска технологија наметнула је и расправу о концепту понижавајућег поступања садржаног у уставној забрани мучења. Тако, неки сматрају да је забрана понижавајућег поступања повређена ако се инсистира на медицинском третману којем се пацијент противи, без обзира на чињеницу да је реч о третману који одржава или продужава живот. Најзад, поставило се и питање уставне заштите пацијената који нису неизлечиво оболели, а који из религијских разлога одбију чак и обичан медицински третман као што је трансфузија крви. Дилема је следећа: имају ли такви пацијенти право да у складу са својим религиј-

21 За разлику од коме, пацијенти у таквом стању могу повремено да се пробуде, при чему нису свесни било чега и не реагују на стимулансе било које врсте. Пошто им možдане ћелије још функционишу, могући су неки рефлекси који их терају да се повремено загргну, кашљу или гутају, као и да праве некоординисане покрете или звукове. За више видети у *Roger S. Magnusson, The Sanctity Of Life and The Right To Die: Social and Jurisprudential Aspects of the Euthanasia Debate in Australia and the United States*, (1997) 6 *Pacific Rim Law and Policy Journal* 1.

22 Видети, *Bryan Jennet, Managing Patients in a Persistent Vegetative State since Airedale NHS Trust v. Bland*, у *Death, Dying and the Law*, ур. *Sheila A. M. McLean* (Hampshire: *Dartmouth Publishing Company Limited*, 1995) стр. 19–28.

ским убеђењем одбију третман који им спасава живот? Захтеви за легализацију пасивне еутаназије изазвали су реакцију оних који су сматрали да треба упоредо легализовати и активну еутаназију. Расправа о активnoj еутаназији није мотивисана технолошким развојем, већ инсистирањем на заштити људских права.²³ Погледајмо сада одговоре судова који су се суочили са неким од ових питања.

3.1. Успони и падови уставног права на еутаназију

Иако је право САД, у основи, већ крајем шездесетих година подржало право умирућег пацијента да одбије третман који му продужава или спасава живот, амерички судови дуго нису имали јединствен став о томе које је уставно право извор права на пасивну еутаназију. Почетни став био је базиран на обичајном праву: из обичајног права на самоодлучивање, на физички интегритет, као и права на обавештење и права на сагласност о предложеном медицинском третману, амерички судови развили су теорију о праву на несагласност, односно на одбијање медицинског третмана, чак и у случају када се њиме пацијенту спасава или одржава живот. На крилима „*due process*“ револуције, право на пасивну еутаназију прво се конституционализује као аспект права на приватност.

У случају *Quinlan*, Врховни суд државе Њу Џерси поставио је стандарде у односу на многе дилеме права о животу и смрти, али је за потребе овог рада битно истаћи закључак да је право на приватност, артикулисано у случају *Griswold*, довољно широко да обухвата и право на одбијање нежељеног медицинског третмана, исто онако као што обухвата и право жене да прекине трудноћу.²⁴ Закључак овог суда потврђен је бројним у случајевима решаваним током 1970-тих и 1980-тих година, али је истовремено поново поделио америчку јавност на оне који подржавају право на живот и оне који подржавају право на избор. Након што је оставио довољно времена да се правна пракса развије и да се сагледају сви аспекти овог медицинског поступка, о уставности пасивне еутаназије расправљао је и Врховни суд САД. Одлука у случају *Cruzan* из 1990, у којој овај суд говори о праву на пасивну еутаназију, није ни приближно онолико децидна, а ни помпезна као што је то претходно поменута одлука

23 За детаљнију уставну расправу о активnoj и пасивnoj еутаназији, види Виолета Беширевић, *Euthanasia: Legal Principles and Policy Choices* (Italy: European Press Academic Publishing, 2006).

24 *In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 41, 355 A 2d 647, стр. 651. Право на пасивну еутаназију није апсолутно већ је ограничено интересима државе која је у обавези да штити живот, интересе трећих лица, као и да афирмише политику спречавања самоубиства и етички интегритет медицинске професије. *Ibid.*, стр. 663–664.

овог суда у случају *Roe*, којом је седамнаест година раније проглашено право на абортус.²⁵ У случају *Cruzan* предмет судске расправе био је захтев родитеља да се из тела њихове двадесетпетогодишње кћерке, чије је стање дијагностиковано као трајно вегетативно, уклоне апарати за вештачко одржавање живота и да јој се на тај начин „дозволи“ да умре. Разматрајући овај захтев, Врховни суд САД, за овај случај претпоставио је (али не и децидно закључио) да пословно способна особа има уставом гарантовано право да одбије третман који је вештачки одржава у животу, али је истовремено, у одсуству јасног доказа пацијентове жеље у овом смислу, снажно подржао обавезу државе да штити и промовише живот.²⁶ За разлику од дугогодишње праксе и закључака нижих судова, амерички Врховни суд је нашао да ово претпостављено право проистиче из права на личну слободу гарантованог XIV амандманом на Устав САД.²⁷

Након пасивне, највиши суд у САД прихватио је и захтев да размотри уставност активне еутаназије, који је формулисан кроз став да (а) право на личну слободу гарантовано XIV амандманом на Устав САД укључује и право на самоубиство које имплицира и право на помоћ у самоубиству и да је (б) забраном активне еутаназије повређено право на једнакост, такође гарантовано наведеним амандманом, јер се тако с једне стране дозвољава пацијентима да одбију чак и онај третман који их одржава или којим им спасава живот, а с друге стране, забрањује лекарима да помогну неизлечиво оболелом пацијенту да оконча живот преписујући му одређене супстанце које изазивају смрт. Наглашавајући да је уставну заштиту права на одбијање било ког медицинског третмана, па и оног којим се живот спасава или продужује, претпоставио на основу традиционално заштићеног права појединца на самоодлучивање о свему што се тиче његовог здравља и тела, Врховни суд САД прогласио је праксу активне еутаназије неуставном, полазећи од проблематичног става да је традиција једини извор људских права која проистичу из права на личну слободу.²⁸ Овај суд је одбио и тврдњу да је разликом у правном статусу активне и пасивне еутаназије повређено уставно право на једнакост: свакоме ко је пословно способан, без обзира на физичке способности, дозвољено је, каже овај суд, да одбије нежељени медицински третман било које врсте, а никоме, истиче суд, није дозвољено да помаже другом у самоубиству.²⁹

25 *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 110 S.Ct. 2841 (1990).

26 *Ibid.*, стр. 277, 279 и 280.

27 *Ibid.*, стр. 278.

28 *Washington v. Glucksberg*, 117 S.Ct. 2258 (1997).

29 *Vacco v. Quill*, 117 S.Ct. 2293 (1997).

Пре него што представим одлуке уставних судова неких других држава о пасивној, односно активној еутаназiji, задржаћу се још мало на америчким примерима који биоетику повезују са уставним питањима. Наиме, у САД проблем еутаназije не само да је изазвао жустру полемику око садржаја и домета уставних права, већ је недавно довео до судских одлука везаних за један од основних уставних принципа – принцип поделе власти и то како на хоризонталном, тако и на вертикалном нивоу. Кренућу хронолошким редом.

Верујем да је читаоцу познато да је америчка држава Орегон једна од ретких јурисдикција у свету која је до извесне мере легализовала активну еутаназiju. Орегонски Закон о достојанственој смрти (*Death with Dignity Act*) усвојен је на иницијативу грађана путем референдума. Међутим, одмах након што је потврђен на референдуму, уставност овог закона бива оспорена од групе грађана који су сматрали да се њиме повређује федерално уставно право на једнакост, јер су пословно неспособна лица остављена без заштите.³⁰ У поступку пред жалбеним судом овај приговор бива одбачен због недостатка процесне легитимације тужиоца. Други уставни спор везан за овај закон тек је недавно окончан и то одлуком Врховног суда САД. Када је 1997. орегонски закон о којем је реч ступио на снагу, постало је очигледно да ће доктори у овој америчкој држави моћи да издају на рецепт лекове не само у сврху лечења, како то прописује федерални закон о контроли лекова, него и у сврху помоћи у самоубиству. Као што то обично у праву бива, појавила су се различита тумачења о усклађености орегонског закона о помоћи у самоубиству са федералним законом о контроли лекова, а спор је настао кад је јавни тужилац издао саопштење у којем је упозорио лекаре у Орегону да би могли изгубити право на издавање лекова прописано федералним законом, уколико лекове буду издавали с циљем помоћи пацијенту у самоубиству. Надлежни суд одмах се изјаснио: ово није спор о праву на еутаназiju већ о правима држава чланица америчке федерације да одлучују о питањима која су им уставом поверена.³¹ Суд је нашао да искључиво државе чланице имају право да одлучују о питањима из области здравства и да одлука Орегона да легализује лекареву помоћ у самоубиству има предност у односу на било који супротан став федералних органа, па и онај који се односи на одговарајућу употребу супстанци чија је употреба регулисана федералним законом. Врховни суд САД потврдио је овај закључак нижег суда.³²

30 *Lee v. Oregon*, 891 F Supp. 1429 (D Or. 1994).

31 *Gonzales, Attorney General, et. al., v. Oregon*, (2006) 126 S.Ct. 904.

32 *Ibid.*

Ипак, тешко да је у скорије време и једно питање, осим евентуално питања „утирања“ демократије у Ираку, толико испровоцирало америчку јавност и ставило на пробу основне уставне принципе ове земље као питање пасивне еутаназије у случају *Schiavo*. Да подсетим: лична трагедија Терезе Скијаво (Tereze Schiavo), која је 10 година била прикључена на апарате за вештачко одржавање живота, претворила се у породичну драму када су се Терезини родитељи успротивили захтеву њеног супруга да се апарати искључе. На захтев супруга који је покренуо спор, првостепени суд је утврдио да постоје јасни и убедљиви докази да би и сама Тереза одбила даљи третман вештачког одржавања живота да је била пословно способна.³³ Национална и уставна драма почиње након што је гувернер Флориде, и поред правноснажности судске одлуке, донео решење да се апарати поново прикључе и да се настави с вештачким одржавањем Терезиног живота. Прво је Врховни суд Флориде прогласио тај акт неуставним због незаконитог поверавања послова из надлежности законодавног органа извршном органу и повреде права на приватност, а затим је Врховни суд САД одбио да разматра случај. До кулминације је дошло када је, након што су га усвојила оба дома Конгреса, председник Буш потписао акт којим се овлашћују федерални судови да поново узму случај у разматрање. Пошто су правосудни органи потврдили све претходне судске одлуке, Терези Скиаво коначно је „допуштено“ да умре. Да је законодавац уз помоћ гувернера остварио оно што је покушао у случају *Schiavo*, не само да би судска власт постала подређена законодавној и извршној, већ би на милост и немилост била остављена и индивидуална права грађана укључујући и традиционално заштићено право на самоодлучивање. Онима који су забринуте због свакодневних потеза Бушове администрације, укључујући и аутора овог текста, остаје као утеха снага америчких правосудних органа да се одупру притисцима осталих грана власти.

Иако нису добиле размере прворазредног уставног питања, одлуке уставних судова неких других држава о еутаназији не само да су изазвале пажњу јавности унутар граница тих држава, већ су постале глобалне референце сваке судске расправе о овом медицинском третману. Тако је, на пример, одлука Врховног суда Канаде из 1993. године, којом је овај суд одбио захтев да прогласи неуставном одредбу Кривичног закона о забрани помоћи у самоубиству у мери у којој се она односи на праксу једног вида активне еутаназије, знатно утицала на став Европског суда за људска права, усвојеног готово 10 година доцније, да забрана активне еутаназије није супротна одред-

33 *Bush v. Schiavo*, 885, So 2d 321 (2004 Fla.)

бама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.³⁴ Реч је о одлуци којом је највиши суд Канаде разматрао став да апсолутна забрана помоћи у самоубиству повређује право на личну слободу и сигурност неизлечиво оболелих, али пословно способних пацијената, који не могу сами себи да одузму живот. Судија Сопинка, који је написао већинско мишљење, сложио се са ставом тужиоца да апсолутна забрана помоћи у самоубиству лишава особе неспособне да физички окончају свој живот права на самоодлучивање и проузрокује континуиране физичке и психичке патње, повређујући тако и уставом заштићено право на личну сигурност. У већинском мишљењу је, истовремено, наглашено да апсолутна забрана о којој је реч има за циљ да заштити лица којима је потребна посебна заштита, а која у тренуцима слабости могу лако бити наведена на самоубиство, што је разлог који оправдава њено постојање. Тако су умирући и неизлечиво оболели пацијенти, физички онеспособљени да изврше самоубиство, постали жртвени јарци државног интереса да обесхрабри овај чин који иначе већина земаља не инкриминише. Из истог разлога – политике спречавања самоубиства – Европски суд за људска права одбио је да помоћ лекара у самоубиству прогласи правом заштићеним чланом 8. Европске конвенције о људским правима који говори о праву на поштовање приватног живота.³⁵ Али, вратимо се реаговањима уставних судова на праксу еутаназије.

У Великој Британији, Дом Лордова је разматрао проблем пасивне еутаназије у односу на пословно неспособне пацијенте.³⁶ Чланови овог тела били су јединствени у ставу да обавеза државе да штити живот није апсолутна, али су се размимоишли око уставне гаранције права на пасивну еутаназију у случају умирућих пословно неспособних пацијената.³⁷ Већина је ипак заузела став да је у

34 *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, (1993) 3 S.C.R. 519. Повеља о правима и слободама је саставни део канадског Уставног закона из 1982. Сходно том акту, сви судови овлашћени су, слично као и амерички, да оцењују усклађеност других закона са Уставом, односно Повељом. За детаљнију расправу о уставним правима у овој земљи, види нпр. *Jonathan L. Black-Branch, Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Е.Н.Р.Л. 1998, 3, 312–331.

35 *Pretty v. the United Kingdom*, пресуда од 29.04.2002.

36 О томе да ли је требало да у овај преглед уставних одлука уврстим и одлуку британског суда, с обзиром на специфичност уставног система Велике Британије, наравно, може се дискутовати. У најкраћем, ова одлука нашла се овде с обзиром на то да се одлуке Дома Лордова, по свом значају, могу мерити са значајем одлука уставних судова других земаља.

37 Видети, *Airedale NHS Trust v. Bland* (1993) AC 789, 1 All ER 821.

најбољем интересу таквог пацијента да се његов живот вештачки не одржава. Лорд Mustill објаснио је то овако: „лекари су обавезни да поступају у најбољем интересу пацијената; и док окончање живота не мора бити у најбољем интересу пацијента, његов интерес да буде одржан у животу такође је престао да постоји, стога – с обзиром на то да пацијент нема никакве интересе и да је његова личност престала да постоји, дозвољено је и етички и правно окончати његов живот“.³⁸

Интересантан је и став Врховног суда Ирске.³⁹ Кад су у питању пословно способни пацијенти, овај суд заузео је становиште да је њихово право на пасивну еутаназiju заштићено уставним правом на приватност.⁴⁰ Међутим, у случају пословно неспособних пацијената, према мишљењу овог суда право на самоодлучивање, а самим тим и право на приватност, непримењиво је, па је другачији и уставни основ њихове заштите. Као извор права пословно неспособних пацијената на одбијање третмана који их вештачки одржава у животу, Врховни суд Ирске навео је право на „природну“ смрт које је наличје уставом гарантованог права на живот.

Немачки Уставни суд се о допуштености пасивне еутаназije изразио индиректно, разматрајући повреду верских права Јеховиних сведока.⁴¹ У делу одлуке који се третира као *obiter dictum*, Суд је заузео став да је право на одбијање сваке врсте медицинског третмана, па и оног којим се спасава живот, гарантовано уставним правом на слободан развој личности које укључује и слободу деловања. Суд, међутим, није изричито рекао да право на слободу религије штити право на одбијање медицинског третмана кад је оно мотивисано религијским разлозима. Далеко конкретнији били су амерички нижи судови који су разматрали допуштеност пасивне еутаназije у случају пацијента који третман одбија због својих верских убеђења. После почетног оклевања, већина америчких судова подржала је право Јеховиних сведока да одбију трансфузију крви из верских разлога, чак иако тиме угрозе сопствени живот.⁴² Симптоматично је, међутим, да су ово право углавном утемељили на праву на самоодлучивање или праву на приватност, а да су само у неколико случајева закључили да се оно базира на верским слободама гарантованим Првим амандманом на Устав САД.

38 *Ibid.*, стр. 897–899.

39 Врховни суд Ирске овлашћен је да као суд последње инстанце разматра питања уставности (види члан 34. Устава Ирске).

40 *Ward of Court, Re a*, (1995) IESC, (1996) 2 IR 73, (1995), 2 ILRM 401.

41 32 *BVerfGE* 98 (1971).

42 Види, нпр. *In re Brooks*, 32 Ill. 2d 361, N.E. 2d 345 (1965); *Winters v. Miller*, 446 F. 2d 65 (N.Y. 1971); *Guardianship of Dolores Phelps, County Court for Milwaukee County, Probate Divisions*, No. 459–207, (1972).

Парадоксално, Виши суд Колумбије легализовао је активну еутаназију разматрајући захтев којим су противници овог медицинског третмана тражили да се поштри закон о забрани еутаназије из 1980. године, који је предвиђао запрећену казну од 6 месеци до 3 године затвора онемо ко пружи другоме помоћ у самоубиству. У одлуци о захтеву истиче се да нема места кривичној одговорности уколико неко лиши живота умирућег пацијента на његов захтев.⁴³ Одлука је базирана на праву на самоодлучивање које по мишљењу овог суда у неким ситуацијама има јачу правну снагу него обавеза државе да штити живот.⁴⁴ На овај начин Колумбија је постала прва држава чији је суд изричито подржао праксу активне еутаназије.

И на крају, треба поменути и одлуку Уставног суда Мађарске о еутаназији, донету 2003. године, на коју је мађарска јавност чекала десет година.⁴⁵ Одлука је одраз тренутно преовлађујућег става: пасивна еутаназија или право на одбијање медицинског третмана којим се спасава или продужава живот, проистиче из права на самоодлучивање а ово – из уставом заштићеног права на људско достојанство. Насупрот томе, активна еутаназија не може се сматрати аспектом права на самоодлучивање, јер је узрок наступајуће смрти не само радња пацијента већ и радња другог лица и као таква остаје предмет кривично-правне забране.

Да закључим – уз помоћ идеје природне смрти и нечињења, пасивна еутаназија „продата“ је јавности као право пацијента на самоодређење које укључује право на одбијање медицинског третмана којим се живот спасава или продужава, а које је у неким земљама добило статус уставног права. За разлику од тога, стандардни уставни аргументи као што су људско достојанство, живот (у смислу одсуства обавезе на дужи живот), приватност, сигурност, лична слобода, забрана нечовечног и понижавајућег поступања и једнакост, за сада нису успели да доведу до легализације активне еутаназије, односно до признања уставног права на помоћ у окончању живота у условима неизлечиве и смртоносне болести. У неким земљама, као што је на пример Холандија, ово биоетичко питање „пацификовано“ је одсуством уставне расправе и његовим решавањем у парламенту, применом доктринарних принципа кривичног права.

43 Одлука је донета маја 1997.

44 За више видети, *Dorsen, N., Rosenfeld M., Sajó A., and Baer S., Comparative Constitutionalism, (Minnesota: West Group, 2003) стр. 568.*

45 Захтев за оцену уставности забране еутаназије поднет је 1993. године, након што је мајка неизлечиво оболеле једанаестогодишње девојчице проглашена кривом за убиство јер је своју кћерку удавила у кади. Уставни суд донео је одлуку 2003. године. Види одлуку бр. 22/2003 (IV 28).

4. КЛОНИРАЊЕ ЉУДИ: УСТАВОМ ПРОТИВ ЛАБОРАТОРИЈЕ

Члан 24 Устава Србије, изричито предвиђа: забрањено је клонирање људских бића. Формулација је очигледно преузета из члана 11 Повеље СЦГ о људским и мањинским правима и грађанским слободама.⁴⁶ Осим нашег Устава, на праксу клонирања осврнуо се и понуђени текст Устава ЕУ, а реаговао је и Врховни суд Костарике. Устав ЕУ је прецизнији од Устава Србије – овим текстом забрањено је клонирање људских бића у репродуктивне сврхе, док је одлуком Врховног суда Костарике проглашена неуставном владина Уредба о техникама вештачке оплодње, чиме је имплицитно забрањено и клонирање људи у терапеутске сврхе.⁴⁷

На основу досадашњег излагања није тешко утврдити међусобну повезаност устава и биоетичког питања какво је клонирање. Наиме, и клонирање, као и еутаназија и абортус, дубоко задире у питања уставних слобода и права грађана. Пре детаљнијег разматрања разлога ове забране, објаснићу на шта се односи поступак клонирања људи, с обзиром на то да се из уводних разматрања већ могу наслутити размимоилажења у односу на његово дефинисање.

4.1. Појмови и ризици дефинисања

У научним водама термин *клонирање* често се користи као скраћеница за производњу копије биолошке јединице – гена, ћелије или организма. У молекуларној биологији, тзв. молекуларно клонирање своди се на производњу ДНК, а резултати оваквог поступка су, на пример, инсулин и хормонска терапија.⁴⁸ Клонирање ћелија могуће је природним путем – једнојајчани близанци су клонови настали истовремено из исте јајне ћелије. Ипак, најчешће се овај термин односи на клонирање ћелија у лабораторији, нпр. тако што се ембрион дели вештачким путем, а из тих делова се онда развијају два генетички индентична организма или више њих.⁴⁹ Наведене употребе термина „клонирање“ нису спорне.

46 Сл. лист СЦГ, 1/2003.

47 Види, *Rosario M. Isasi, Bartha M. Knoppers, Peter A. Singer, Abdallah S. Daar, Legal and Ethical Approaches to Stem Cell and Cloning Research: A Comparative Analysis of Policies in Latin America, Asia, and Africa*, (2004) 32 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 626, стр. 630.

48 Види, *Bart Hansen, Embryonic Stem Cell Research: Terminological Ambiguity May Lead to Legal Obscurity*, (2004) 23 *MEDLAW* 19, 20–21.

49 Види, Дубравка Шимоновић и Ксенија Турковић, *Правна регулација клонирања у нас и у свијету*, (2005) Зборник ПФЗ, 55 (6) 1543–1574, 1544.

Проблеми, међутим, настају при дефинисању поступка клонирања људи, односно клонирања људских бића, што је термин коришћен у Уставу Србије. Прво, постоји репродуктивно и клонирање у терапеутске сврхе. Друго, оба појма везују се за клонирање људи. Треће, репродуктивно и терапеутско клонирање различито се третирају у стручној јавности и правном дискурсу. С једне стране, постоји консензус око тога да је репродуктивно клонирање правно и етички недопустиво. С друге стране, о етичкој допуштености терапеутског клонирања нема јединственог става међу научницима, а нема га ни међу државама у погледу његове правне забране. Због недостатка конзистентне научне терминологије, тешко је, међутим, утврдити прецизно значење ових појмова, као и линију разграничења. Понуђене дефиниције своде се на следеће:

Репродуктивно клонирање односи се на поступак вештачког стварања ембриона, генетске копије постојећег људског организма, да би се постигао крајњи циљ – стварање људског бића. Ово подразумева: (а) замену једра – у јајну ћелију одраслог организма, из које је извађено једро, убаци се једро ћелије неког одраслог организма, након чега се тако добијена ћелија подстакне на дељење док не достигне фазу бластоците; (б) уношење (трансфер) тако добијеног ембриона у материцу ради одржавања и развијања до порођаја.⁵⁰

Терапеутско клонирање подразумева поступак који је индентичан са поступком репродуктивног клонирања, с тим што се клон, тј. вештачки створен ембрион, не уноси у материцу, већ се неко време (14 дана), подстиче његов развој да би се добиле матичне ћелије, које се потом користе за проучавање узрока различитих болести или за стварање ткива или органа потребног за трансплантацију.⁵¹

Према томе, сличност између репродуктивног и терапеутског клонирања људи огледа се у техници замене једра (у науци позната по енглеској скраћеници SCNT – *somatic cell nuclear transfer*) а разлике – у крајњем резултату, временском периоду за постизање крајњег резултата, сврси и медицинским импликацијама.

Неки, међутим, инсистирају да су разлике небитне, да је битно то што је техника иста, а да је једино оно што их раздваја чињеница

50 За дефиницију репродуктивног клонирања, види нпр. *Marc Stauch and Kay Wheat with John Tingle, Text, Cases & Materials on Medical Law (New York: Routledge-Cavendish, 2006) стр. 368*; видети и веб страницу Светске здравствене организације: <http://www.who.int/ethics/topics/cloning/en/index.html>.

51 Види, *Stauch et. al, op. cit.*, стр. 365. Људске ембрионалне матичне ћелије први пут су изоловане 1998. године. Оне се данас могу добити или из вишка људских ембрионалних матичних ћелија које се користе за вантелесну оплодњу у гинеколошко-репродуктивним установама, или стварањем ембриона у истраживачке сврхе.

да репродуктивно клонирање људи има за циљ стварање људи, а терапевтско – стварање ембрионалних матичних ћелија.⁵² Присутан је и став да се, уколико се SCNT дозволи, клонирање људи у репродуктивне сврхе не може избећи.⁵³ Делимичном забраном, тј. допуштањем терапевтског клонирања, дозволило би се и стварање људских ембриона ради њиховог уништавања, што би довело до инструментализације људског живота.⁵⁴ Разлика између ове две врсте клонирања почиње да бледи и због наизменичне употребе ових појмова од стране оних који сматрају да терапевтско клонирање укључује и „поступак“ који се односи на један облик пренаталног дијагностицирања, познат у медицини као ПГД.⁵⁵ Постоји, наиме, једна врста генетске дијагнозе у пренаталној фази која укључује замену једра, а која се може користити у лечењу стерилитета, или да би се спречило рађање деце са урођеним генетским аномалијама.⁵⁶ Овај поступак доступан је у многим државама укључујући САД, Велику Британију, Белгију, Израел, али не и Немачку, због раније наведеног става немачког уставног права да је фетус уставом заштићена особа, што за собом повлачи забрану уништавања или одстрањивања ембриона. Интересантно је да се ПГД пракси оштро супротставио познати немачки и светски филозоф Јирген Хабермас, критикујући је као индикацију обнављања праксе расне хигијене, тј. еугенике.⁵⁷

Такав став немачког права враћа нас на питања о почетку људског живота и почетку његове правне заштите која су битна за одређивање према терапевтском клонирању. Одговори држава су различити, а нема јединственог става ни на нивоу међународног права. Тако, на пример, Допунски Протокол о забрани клонирања људских бића, донет у оквиру Савета Европе, оставља да се националним законодавствима дефинише појам „људско биће“.

О недоумицама које постоје чак и међу стручњацима, најбоље говори пример различитих реакција утицајних медицинских часопи-

52 Види, <http://www.who.int/ethics/topics/cloning/en/index.html>.

53 Види, А. М. Capron, *Placing a Moratorium on Research Cloning to Ensure Effective Control over Reproductive Cloning*, (2000) *Hastings Law Journal* 53, стр. 1057; S. Holm, *The Ethical Case Against Stem Cell Research*, (2003) *Cambridge Quarterly of Health Care Ethics* 12, стр. 372–383.

54 Види, Шимоновић и Турковић, *op. cit.*, стр. 1553.

55 Види, Hansen, *op. cit.*, стр. 23–24. Види такође и John A. Robertson, *Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*, (2004) 43 *Columbia Journal of Transnational Law* 189, стр. 221–225.

56 *Ibid.*

57 За више о питању пренаталног идентитета, види, David DeGrazia, *Human Identity and Bioethics*, (New York: Cambridge University Press, 2005).

са на усвајање холандског Закона о ембрионима 2002. године. Наиме, престижни британски медицински часопис *Lancet* известио је да холандски закон дозвољава истраживање на ембрионалним матичним ћелијама, али само на оним добијеним из прекобројних људских ембриона. Још један британски стручни часопис, *Британски медицински часопис* је, међутим, објавио да се овим законом дозвољава стварање ембриона како *in vitro* техником, тако и путем SCNT. Многи су се питали шта дозвољава а шта забрањује наведени холандски закон.

4.2. Уставни разлози забране клонирања људи

Осим непожељних медицинских импликација, заштита људских права најчешћи је разлог за забрану клонирања људи. Устав Србије ову забрану предвиђа у оквиру права на живот. Устав ЕУ забрањује клонирање људи у репродуктивне сврхе у оквиру права на физички и ментални интегритет. Међутим, дијапазон права угрожених овом праксом, далеко је шири него што је уобичајено схватање: осим права на људско достојанство и лични идентитет, која се најчешће наводе као основи забране, поступак клонирања људи у репродуктивне сврхе усмерен је према низу различитих права која би, у одсуству забране, била доведена у питање. Ако се изузму маштовите претпоставке из филмова научне фантастике, које клонирање повезују са стварањем армије робова посебно надарених за војне и друге задатке, могуће је тврдити да поступак репродуктивног клонирања угрожава следећа уставна права и слободе:

Право на људско достојанство и право на живот – ова два права третирају се као кључ забране клонирања људских бића. У националним законодавствима постоје различити концепти права на људско достојанство, који се могу свести на став да је свако људско биће вредност по себи која захтева поштовање и забрану нечовечног поступања. UNESCO-ова Декларација о људском геному и људским правима, наводи да људско достојанство с једне стране спречава да се природа људских бића праксом репродуктивног клонирања сведе на генетске карактеристике, а с друге стране, захтева поштовање јединствености и различитости сваког људског бића.

Око импликација клонирања на право на живот постоје различита мишљења. Неки сматрају да генетске манипулације имплицирају незаконито одузимање људског живота, до чега не долази у поступку репродуктивног клонирања људи јер се потоњи односи на стварање, а не на одузимање живота.⁵⁸ Други су, међутим, мишљења да сви људи имају право да без генетичких манипулација буду

⁵⁸ Види, *Stephen P. Marks, Tying Prometheus Down: The International Law of Human Genetic Manipulation*, (2002) 3 *Chicago Journal of International Law* 115, стр. 126.

зачети, развијани и рођени.⁵⁹ Ипак, најчешће се забрана клонирања у односу на право на живот помиње у контексту заштите генома и ембриона, који према неким схватањима једнако уживају право на живот као и људска бића која су рођена.

Могуће је замислити да се клонирањем људи повређује и *забрана тортуре*, односно свирепог, нечовечног или понижавајућег поступања. С једне стране, могућа је интерпретација која би физичке и психичке аномалије, настале као последице овог поступка, квалификовала као „сурово поступање“, а с друге стране, менталне и физичке особине самог клонираног бића утицале би да се његов живот окарактерише као „суров“.⁶⁰

У теорији постоје различита схватања о клонирању људи у контексту *права на здравље*. Иако нема јединственог става у погледу значења овог права, у расправи су присутне следеће претпоставке: (а) обавеза државе да поштује право на здравље огледа се у забрани финансирања праксе терапеутског клонирања од стране било којег владиног органа или агенције;⁶¹ (б) уколико би се дозволио поступак клонирања људи, право да одлучује о рађању пренело би се са жене на лекаре и биотехничаре, а појачали би се и захтеви упућени женама да рађују „савршене бебе“.⁶²

Осим права којима се штите физички и ментални интегритет, праксом клонирања људи у репродуктивне сврхе угрожавају се и права којима се штите идентитет, аутономија воље појединаца, породични односи и право на једнакост. Поред већ поменутог права на људско достојанство, често се истиче да се клонирањем људи повређује *право на лични идентитет, индивидуалност и јединственост*. Клонирањем се нарочито доводе у питање *породични односи* – клон би био и дете и рођак свога „родитеља“. Угрозило би се и *право на једнакост*: пошто би се генетско наслеђе клонираног бића могло утврдити, особе настале таквим путем могле би бити доведене у неједнак положај у односу на друге у процесу запошљавања или осигурања. Овакви спорови већ се воде у САД због поступка који укључује анализу гена.⁶³

59 Види, став америчке НВО – Савет за генетичку одговорност (*Council for Responsible Genetics*) који је изнет у члану 10 њиховог модела Закона о генетским правима (2000) 13 *GeneWatch* 3.

60 *Marks, op. cit.*, стр. 127.

61 Полазећи од исте обавезе, могућ је и супротан став који би налагао здравственим и другим државним органима да толеришу, промовишу и помажу праксу генетске манипулације. *Ibid.*, стр. 129.

62 *Marcy Darnovsky, Human Germline Engineering and Cloning as Women's Issues*, (2001) 14 *GeneWatch* 1.

63 *Marks, op. cit.*, стр. 124.

Овим приказом није исцрпљен попис права против којих је усмерен поступак клонирања људи у репродуктивне сврхе. Тим поступком радикално би се променило схватање о томе шта значи бити човек, шта је његова природа и улога у друштву, а самим тим и која су његова права. Неки су присталице мишљења да „клонирани човек“, сам по себи, не би био титулар људских права.

4.3. Домет уставне забране

Последње питање којим желим да се бавим у овом раду јесте питање домета забране клонирања људских бића садржане у члану 24 Устава Републике Србије. Претпоставимо да је, због могућих непожељних медицинских импликација и чињенице да се овим поступком вређа широк дијапазон људских права, уставописац желео да овој забрани да апсолутан карактер, дакле, да не дозволи изузетке, као што то нису дозволили сви савремени уставни, укључујући и наш, у односу на забрану тортуре. Ову намеру не сматрам спорном. Питање је, међутим, да ли је уставописац заиста рекао оно што је и желео. Указаћу на могућа тумачења.

Прво, имајући у виду чињеницу да се у теорији термин „клонирање људи“ односи како на процес стварања људи, тако и на процес стварања ткива или органа, наведена уставна забрана апсолутног је карактера и за собом повлачи забрану репродуктивног и терапеутског клонирања.

Друго, противници обе врсте клонирања људи могу у помоћ позвати одредбу члана 252 (2) Кривичног законика Републике Србије, која предвиђа казну за онога ко врши клонирање људи или врши експерименте с тим циљем, истичући да вршење експеримената ради клонирања људи задовољава појам терапеутског клонирања, па се, према томе, уставна одредба има тумачити као забрана било којег облика клонирања људи. А могућ је, опет позивањем на ту исту (непрецизну) одредбу Кривичног законика, и супротан став.

Треће, полазећи од тога да се у нашем праву појам људског бића односи на људско биће које је рођено⁶⁴ (односно чије је рађање отпочело), они који сматрају да се поступак клонирања људи не може никако поистоветити са поступком стварања ткива или органа, могу тврдити да наведена уставна одредба забрањује репродуктивно, али не и терапеутско клонирање.

Ипак, у недостатку јавне расправе о уставном тексту, не може се са сигурношћу тврдити да је намера уставописца била да забра-

⁶⁴ Види, Наташа Мрвић-Петровић, *Кривично право* (Београд: Факултет за пословно право, 2005), стр. 226.

ном обухвати само репродуктивно, али не и терапеутско клонирање. За утеху, остаје нам чињеница да је регулисање овог феномена и у другим државама и на нивоу међународног права још у фази ембриона и да су присутна многа лутања.⁶⁵ Ево неких недоумица из међународног права.

UNESCO-ова Декларација о људском геному и људским правима, донета 1997, изричито забрањује репродуктивно клонирање људских бића као праксу супротну људском достојанству. Међутим, заговорници забране сваког облика клонирања, често се позивају на контроверзни члан 18 Конвенције Савета Европе о људским правима и биомедицини, који говори о истраживањима на ембрионима *in vitro*, а чији текст предвиђа следеће: (1) уколико је истраживање на ембрионима *in vitro* правно допуштено, мора се обезбедити и адекватна правна заштита ембриона; (2) забрањено је стварање људских ембриона у сврхе истраживања. Допунски Протокол о забрани клонирања људских бића, усвојен 2001. године, надовезујући се на одредбе наведене Конвенције, покушао је да прецизније уреди ову област. Тако је чланом 1. установљена апсолутна забрана која се односи на „сваки поступак којим се жели створити људско биће генетски идентично другом људском бићу, било живом било мртвом“. Истим чланом објашњава се да фраза „људско биће генетски идентично другом људском бићу“ значи људско биће које с другим дели исто генско језгро. Забрана садржана у Протоколу, према образложењу које је уз њега дато, односи се на клонирање људских бића техником дељења ембриона или трансфером језгра. Међутим, како је, као што сам раније навела, овим актом остављено да се националним законодавствима дефинише појам „људско биће“, домет ове забране је ограничен. У земљама као што је Немачка, која подржава став да живот почиње зачећем, уништавање или одстрањивање ембриона је забрањено, а самим тим и терапеутско клонирање, док је у Холандији, на пример, клонирање у терапеутске сврхе дозвољено, али само из вишка ембриона који се користе за вантелесну оплодњу.

Дилеме не решава ни регулатива ЕУ. У Резолуцији из 1997. године, Парламент ЕУ је заузео став да клонирање људских бића у било које сврхе мора бити забрањено.⁶⁶ На клонирање се осврће и Директива ЕУ о правној заштити биотехнолошких открића која забрањује патентирање поступка клонирања људских бића, поступка мењања генетског идентитета човека и коришћење ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе.⁶⁷ При томе, сматра се да се

⁶⁵ Правна регулатива појединих држава о клонирању људи подложна је релативно честим променама. Подаци се редовно ажурирају на <http://www.glyphr.org/>

⁶⁶ Резолуција ЕР ОЈ С 115 од 12.03.1997.

⁶⁷ Директива 98/44/ЕЦ од 6. јула 1998. тач. 41.

појам људског бића односи на људско биће од тренутка зачећа, односно стварања ембриона.⁶⁸ Ипак, прича о терапеутском клонирању није овим завршена на нивоу ЕУ. Иако пре две године Савет министара није успео да донесе одлуку око тога да ли ЕУ треба да финансира истраживање над матичним ћелијама ембриона или не,⁶⁹ недавна открића везана за матичне ћелије и истраживања севернокоорејских научника, покренуле су ЕУ да поново оживи расправу о терапеутском клонирању на нивоу Уније.⁷⁰

Иако необавезујућа, Декларација УН о клонирању људи, усвојена 2005. године без консензуса, најбољи је одраз дубоких подела које данас постоје међу научницима и међу државама у погледу терапеутског клонирања.⁷¹ У тексту се истиче да су забрањени сви облици клонирања људи у мери у којој су неспојиви са људским достојанством и заштитом људског живота. Репродуктивно клонирање је тиме несумњиво забрањено, а фактички је остављено државама да одреде, у складу са својим националним законодавствима, да ли је терапеутско клонирање у супротности са људским достојанством и заштитом људског живота.

Враћајући се на постављено питање о домету забране клонирања људских бића у новом Уставу Србије, мишљења сам да би, у недостатку универзалног става, као и закона којима би се уредила питања репродуктивног клонирања, вантелесне оплодње, заштите људских ембриона, као и давања лиценци за коришћење прекобројних људских ембриона, уставну забрану требало тумачити као забрану у апсолутном смислу, јер су могућности злоупотреба неслућене.⁷² С друге стране, опрезан и још увек неизбалансиран став међународне заједнице указује нам да смо уставном забраном прерано закључили расправу о терапеутском клонирању, чиме се, како тврде стручњаци, могу постићи фасцинантни резултати како у лечењу не-

68 Видети меморандум Савета (министара) о јединственом ставу о Директиви која се односи на биопатенте, ОЈ С 110, 8.4.1998, стр. 30, тач. 35.

69 Видети, *Noëlle Lenoir, Biotechnology, Bioethics and Law: Europe's 21st Century Challenge*, (2006) 69 (1) *The Modern Law Review* 1, стр. 5. Усвајање компромисног решења којим би се у извесној мери подржало такво истраживање, блокирале су Немачка, Италија, Аустрија, Шпанија и Португалија. Види, *Robertson, op. cit.*, стр. 212–213.

70 Видети, тач. 5.2.2–5.2.3. Извештаја Комисије ЕУ о развоју и импликацијама патентног права на пољу биотехнологије и генетичког инжењеринга, од 7.10.2002. Видети такође и *Lenoir, op. cit.*, стр. 5.

71 За Декларацију бр. А/59/516/Add.1 – 84 државе гласале су за, 34 против а 37, међу којима и Србија и Црна Гора, биле су уздржане.

72 Постојеће сталешко право, које до извесне мере уређује ова питања, не може се сматрати ни довољном ни адекватном заштитом од злоупотреба.

ких озбиљних болести, тако и у регенеративној медицини. Али питање о томе да ли једна генерација има права да одлучује о питањима будућих генерација, питање је неке друге расправе.

5. ЗАКЉУЧАК

Када су се пре четрдесетак година појавиле прве биоетичке дилеме, многи су посумњали да кључ за њихово решавање могу бити стандарди и принципи уставног права. Показало се, међутим, да шифра за решавање многих проблема везаних за нове технолошке и социолошке фасцинације, тј. за право жене да одлучи о рађању, за еутанасију или клонирање – лежи у старим фасцинацијама сваког устава – људским правима. Тако су, позивањем на уставна права, абортус, еутанасија, па и клонирање, постале уставне категорије.

Ово свакако не значи да се биоетичка питања могу решити једино позивањем на уставни текст. Државе бирају „стратегију“ сходно својим политичким, правним, културним и религијским наслеђем. Оне у којима доминира „говор људских права“, као што су САД, или оне чији су држављани годинама били лишени тих права, као што су то грађани бивших комунистичких земаља, склоније ће бити да до компромиса око осетљивих биоетичких питања дођу уз помоћ уставних принципа. Друге, чији су грађани релативно неоптерећени бременом религије, генерално склони толеранцији и лако постизању договора у свакодневном политичком процесу, као што су то, на пример, грађани Холандије, изабраће тај процес за постизање компромиса.

Временска дистанца такође утиче на то која ће, и да ли ће уопште бити изабрана нека стратегија која води ка правном регулисању биоетичких проблема. На пример, Врховни суд САД пустио је да протекне двадесет и више година пре него што је прихватио да разматра питање уставности пасивне еутанасије. О најновијим изазовима биотехнологије – клонирању људи, истраживању на матичним ћелијама, вантелесној оплодњи и др., Американци, иначе томе склони, не воде уставну расправу. Уместо тога, председник Буш формирао је Савет за биоетику који треба да размотри сва морална питања у вези са овим поступцима, као и модалитете њиховог решавања. Савет је до сада издао четири извештаја која су предмет жучне јавне расправе.

Биоетичке дилеме не могу оставити равнодушним ни грађане Србије. Континуираних расправа о њима, међутим, нема с обзиром на општу усредсређеност друштва ка решавању углавном претполитичких питања. Отуда не изненађује чуђење многих због забране

клонирања људи у новом Уставу Србије. Овим радом желела сам да покажем да нисмо једино друштво које је изабрало да биоетичке контроверзе решава уставом. Да ли смо, међутим, постигли оно што смо хтели уставном забраном клонирања људи и да ли смо овим делимично затворили врата идеји прогреса, питања су за неке нове расправе.

Violeta Beširević

THE GODS MUST BE CRAZY: ON CONSTITUTION AND BIOETHICS

Summary

At one point, Professor Michael Shapiro had used the theme from a South African's movie, called *The Gods Must be Crazy*, to explain a technological or social innovation's apparent „lack of fit“ within standard ways of 'thinking and feeling' in law or elsewhere. The reactions of a considerable number of the Serbian citizens to the ban of human cloning in the new Constitution of the Republic of Serbia affirm Shapiro's comparison. In the absence of public deliberation on a draft Constitution, constitutional ban on human cloning, for many in Serbia, appeared as if „coming from the sky“, similar to the Coke bottle in the above mentioned movie.

Constitutional ban on human cloning motivated the author to analyze more thoroughly the relationship between a constitution and bioethics. She argues that the „bridge“ between the two are human rights and to illustrate the point, uses the examples of the constitutional adjudication of abortion and euthanasia and the constitutional regulation of human cloning.

Arguing that the notion of constitutional rights is a key to address biotical dilemmas, the author does not deny that other legal strategies may bring about the same result. Which of the legal strategies is going to be chosen, depends on political, legal, cultural and religious tradition of each particular state. However, the author emphasizes that the absence of constitutional adjudication does not mean that a bioethical problem is not constitutional. When constitution is silent on certain issue, it might mean that the issue is premature for constitutional adjudication and should, therefore, be left for future generations to address.

Key words: *Constitution. – Bioethics. – Human rights. – Abortion. – Euthanasia. – Cloning.*