

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

**XXI ВЕК – ВЕК УСЛУГА И УСЛУЖНОГ
ПРАВА**

Уредник
МИОДРАГ МИЋОВИЋ

Крагујевац
2011.

XXI ВЕК – ВЕК УСЛУГА И УСЛУЖНОГ ПРАВА

Књига I

Зборник реферата са Међународног научног скупа одржаног 5. маја 2011. године, на Правном факултету у Крагујевцу у организацији Института за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

ИЗДАВАЧ: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Институт за правне и друштвене науке
Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац
телефон: (034) 306 513, 306 504
телефакс: (034) 306 540
е-пошта: faculty@jura.kg.ac.rs
веб: <http://.jura.kg.ac.rs>

РЕЦЕНЗЕНТИ Проф. др Данче Манолева Митровска
Проф. др Миха Јухарт
Проф. др Хрвоје Качер

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Предраг Ч. Стојановић

УРЕДНИК: Проф. др Миодраг Мићовић

ШТАМПА: Кварк, Краљево

ТИРАЖ: 200 примерака

ISBN 978-86-7623-024-2

Штампање Зборника подржало Министарство просвете и науке
Републике Србије

Мр Вељко Влашковић, асистент
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 347.6:343.62

ЛЕКАРСКА И ФАРМАЦЕУТСКА УСЛУГА ПРЕКИДА ТРУДНОЋЕ И НАЧЕЛО НАЈБОЉЕГ ИНТЕРЕСА ДЕТЕТА*

Резиме

У бескрајном сплету друштвених односа које право уређује, тешко се може наћи питање са наглашенијом етичком и моралном димензијом од питања абортуса. Као мало где, у правној теорији постоје подељена мишљења и опречни ставови који се крећу између оних који подржавају право нерођеног детета на живот и оних који заговарају право жене на избор, односно самоодређење. У том светлу, разматраће се место и природа лекарских, односно фармацеутских услуга прекида трудноће и начело најбољег интереса детета као фундаментални правни принцип. Прекид трудноће као негативни вид права на слободно родитељство је од огромног значаја за нашу земљу имајући у виду чињеницу да се Србија бо броју абортуса по глави становника налази у европском, а по броју малолетничких абортуса у самом светском врху. Ово је трагична последица стихијског, несистематичног и хаотичног приступа нашег друштва овом проблему. Наше законодавство о прекиду трудноће, једно од најлибералнијих у Европи, захтева значајне корекције и усаглашавања. Најпре, развојем технологије, абортус престаје бити само лекарска, већ постаје у одређеном домену и фармацеутска услуга. Са друге стране, поставља се питање како помирити начело заштите „најбољег интереса детета“ са одговарајућим услугама прекида трудноће. При томе, поменути начелом се некада штите и супротстављени интереси, као у случају трудноће малолетнице, што проблем чини још сложенијим.

Кључне речи: *лекарска услуга, фармацеутска услуга, прекид трудноће, најбољи интерес детета.*

* Рад се објављује у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: „XXI век – век услуга и Услужног права“, бр. 179012, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1. Уводне напомене

Човек је одавно спознао начине да мења природу и њене неписане законе прилагођава сопственим потребама. Отуда се неповратно морао јавити одређени егоизам као пратилац људског рода. Лична срећа, задовољство и интереси постају циљеви који надмашују интересе колектива, групе и друштва у целини, а држава се лагано претвара у својеврстан сервис за пружање услуга човеку као појединцу, а не као делу ширег колектива, па звао се тај колектив и породица. Јачању индивидуализма умногоме је допринела афирмација идеје о људским правима на глобалном нивоу, што је био велики искорак након великих разарања и страха које је човечанство доживело у прошлом веку. Међутим, како интереси једног појединца не могу постојати и остваривати се у некаквом правном вакууму, неминовно су се увећали и антагонизми и конфликти између различитих појединачних права и интереса. Поменути конфликти су некада такви да се чини како је било какав компромис немогућ. Типичан пример представља проблем правног уређења абортуса.

У светлу супростављености и непомирљивости различитих интереса, тешко би се могао навести драстичнији пример од прекида трудноће или абортуса. На овом пољу сучељавају се права и интереси жене као труднице, neroђеног детета, мужа, односно мушкарца који се сматра оцем детета, али и друштва као целине.¹ Велика већина законодавстава превагу даје интересима жене и њеном праву на самоодређење, право neroђеног детета на живот остаје у другом плану, а лични интереси мушкарца који се сматра оцем детета непрепознатљиви. Због тога се процењује да се данас у свету око 22% трудноћа заврши абортусом у ужем смислу, односно намерно изазваним прекидом трудноће.² Нажалост, наша држава спада у ред земаља са изузетно високом стопом абортуса. Процењује се да сваке године у Србији обави близу 200.000 абортуса што је цифра која приближно одговара Енглеској и Велсу заједно, са близу осам пута бројнијом популацијом.³ Наведени раскорак није резултат либералнијег концепта нашег законодавства о прекиду трудноће, већ неорганизованог и стихијског приступа нашег друштва проблему абортуса. Ово постаје јасно ако се има у виду да према званичним подацима у периоду

¹ Поњавић, З., *Уговор о прекиду трудноће*, Правни живот, бр. 9/1996, стр. 265.

² Herring, J., *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2008, стр. 262.

³ У Србији годишње 200.000 абортуса: трудноћу најчешће прекидају жене које су у браку и већ имају децу, а приликом сексуалних односа не користе контрацептивна средства. Видети: <http://www.bebac.com/index.php?show=news&partdisplay&int=newsID=3168>, 18. јануар 2011. Упор. *Ibid.*

од 2003. до 2007. године, број абортуса у Србији није прелазео 30.000.⁴ Велика „тамна бројка“ узрокована је превасходно недостатком воље државе да врши одговарајући надзор над приватним гинеколошким ординацијама, где се ретко евидентирају извршени прекиди трудноће.⁵ Поменути раскорак између стварног и евидентираних броја абортуса, најбољи је показатељ како се наше друштво односи према проблему прекида трудноће. Узроци оваквог „приступа“ питању абортуса, знатно су дубљи и дотичу се готово свих сегмената нашег друштва, али би њихово разматрање превазилазило оквире овог рада.

Као што је већ речено, на абортус се у правном смислу гледа најчешће као на одраз женине слободе и права на самоодређење. Ипак, тешко би се могло говорити о неограниченом праву на прекид трудноће које припада жени као титулару. У том смислу се у правној теорији разликују слободан и допуштен абортус.⁶ Слободан абортус представља субјективно, лично и апсолутно право труднице и као такав зависи од њене воље. Лекарска услуга се махом своди на нужно помоћно средство за остваривање права труднице. Са друге стране, у случају допуштеног абортуса тежиште није на вољи трудне жене, већ на одлуци лекара, који прекид трудноће може извршити само под одређеним условима. Са аспекта нерођеног детета, могло би се рећи да се његови интереси почињу узимати у обзир тамо где престаје слободни, а почиње допуштени абортус. Ипак, у правној науци постоји дилема да ли је постојање слободног абортуса оправдано, нарочито ако се има у виду да је заштита „најбољег интереса детета“ данас фундаментални правни принцип. Тако, на пример, у хрватском праву, лекар може изјавити приговор савести и одбити извршење лекарске услуге слободног абортуса.⁷ Истовремено, најновија пракса Европског суда за људска права у Стразбуру само додатно подгрева спорења око оправданости слободног абортуса.⁸ Међутим, поменута дилема се не може разрешити без одговора на питање какав је правни статус нерођеног детета јер од тога зависи да ли се начело „најбољег интереса“

⁴ Рашевић, М., *Да ли је евидентирани број абортуса у Србији реалан?*, Становништво, Центар за демографска истраживања Института друштвених наука, Београд, бр 2/2008, стр. 10.

⁵ Рашевић, М., *нав. чланак*, стр. 17.

⁶ Петрушић, Н., *Остваривање права на абортус*, Социјална мисао, Београд, бр. 1-2/2002, стр. 156.

⁷ Треба, међутим, рећи да „приговор савести“ овде не значи примену начела „најбољег интереса детета“ на нерођено дете, већ заштиту права лекара на самоодређење. Видети: Мујовић-Зорнић, Х., *Репродуктивна права: актуелна питања касног побачаја*, Становништво, Центар за демографска истраживања Института друштвених наука, Београд, бр. 1/2009, стр. 55.

⁸ *ABC vs. Ireland* [25579/05] из 2010. године где се наводи како се право на поштовање породичног живота не може тумачити у светлу признавања права на прекид трудноће.

примењује и на нерођено дете. Право, за разлику од медицине допушта „плуралитет почетака људског живота“⁹ у зависности од односа које уређује, што додатно отежава ионако тешко нормирање друштвених односа који се тичу прекида трудноће. Оно што је сигурно јесте да начело „најбољег интереса детета“ мора имати своју примену у ситуацијама када се прекид трудноће односи на малолетну трудницу.

Са друге стране, развојем медицинске и фармацеутске технологије, увећавају се могућности за прекид трудноће. Право мора исплатити наведене промене одговарајућом регулативом. Због тога ће се у раду најпре говорити о појму и врстама лекарских, односно фармацеутских услуга прекида трудноће. Тек након тога, биће речи о месту и улози принципа „најбољег интереса детета“ у правним односима који се тичу прекида трудноће.

2. Лекарске и фармацеутске услуге прекида трудноће

2.1. Појам и правна природа лекарских и фармацеутских услуга прекида трудноће

Прекид трудноће данас, по правилу, представља лекарску или фармацеутску услугу којом се остварује негативни вид права жене на слободно родитељство на основу уговора закљученог са лекаром, фармацеутом или здравственом установом. Лекарска услуга прекида трудноће свој основ има у неименованом уговору између лекара специјалисте гинекологије и акушерства или здравствене установе и труднице. У нашем правној теорији заступа се становиште како поменути уговор има правну природу уговора о делу, при чему се лекар обавезује на одређени резултат, а не одређени рад.¹⁰ Међутим, може се поставити питање колико је етички оправдано уподобљавати уговор о прекиду трудноће са уговором о делу, с обзиром на специфичност посла који лекар обавља. Лекарска услуга прекида трудноће, чини се, има елементе основне обавезе налогопримца на основу уговора о налогу са трудницом.¹¹ Ипак, однос између лекара и трудне жене подразумева много већи степен зависности, него када се ради о типичном односу између налогопримца и налогодавца. У том смислу, могућност труднице као налогодавца да даје лекару одговарајућа упутства у погледу извођења посла била би крајње сужена и сводила би се на основни захтев прекида трудноће. Такође, реч је о послу који налогодавац не може ни под којим условима извршити

⁹ Водинелић, В., *Модерни оквир права на живот*, Правни живот, бр. 9/1995, стр. 14.

¹⁰ Радишић, Ј., *Лекар и пацијент као уговорни партнери*, Правни живот, бр. 11-12/1993, стр. 2031.

¹¹ Овакав је став швајцарског права. *Ibid.*

самостално, те је нужно да затражи услугу стручног лица. Због тога би се можда могло рећи како уговор о прекиду трудноће представља уговор о налогу *sui generis*, са израженом слободом налогопримца у обављању налога и умањеном могућности налогодавца да врши надзор над обављањем посла. Овакву правна природа може се приписати, пре свега, лекарској услузи вршења слободног, медицински неиндикованог прекида трудноће. Пошто се код овог вида абортуса не ради о медицински индикованом лечећем захвату, одговорност лекара се цени строжије, а његова обавеза обавештавања пацијента о ризицима интервенције је наглашенија.¹² И док би се слободан абортус увек могао означити као медицински неиндикован захват, код допуштеног прекида трудноће, то може, али и не мора бити случај. Наиме, ако се прекид трудноће врши да би се сачувао живот или тешко нарушавања здравља жене, абортус може имати карактер хитне медицинске интервенције за коју се не тражи пристанак пацијента. У ситуацијама када се абортус обавља да би се елиминисало зачеће које је последица одговарајућег кривичног дела, може се говорити једино о медицински индикованом абортусу у смислу ублажавања тешког психичког нарушавања здравља труднице.

Лекарска услуга се заснива, по правилу, на одговарајућој хируршкој интервенцији са циљем уништења заетка или фетуса у утроби жене пре него што развије способност за ванматерични живот, под условима и у поступку прописаним законом.¹³ Уколико је фетус такве старости да је способан за ванматерични живот, говори се о „касном абортусу“. Лекарске услуге „касног абортуса“ су забрањене у појединим државама, што се чини тако што се одређује горња граница за вршење прекида трудноће у односу на тренутак зачећа детета. Пример из нашег најближег суседства представља најновије законодавство Црне Горе о прекиду трудноће, којим се забрањују абортуси након 32. недеље од зачећа детета.¹⁴ Супротно томе, наш Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама не предвиђа горњу границу допуштености абортуса.¹⁵ На тај начин, у Србији се допушта лекарска услуга „касног абортуса“ све до рођења детета.

Међутим, поред лекарске услуге прекида трудноће у смислу хируршког захвата, последњих пар деценија у одређеном броју држава у употреби је и медикаментни или фармацеутски, односно „хемијски“ абортус. С обзиром на средство којим се прекид трудноће обавља, овакав

¹² Ђурђевић, Н., *Обавеза лекара да обавести пацијента о ризицима медицинске интервенције*, Правни живот, бр. 11-12/1993, стр. 2070.

¹³ Поњавић, З., *нав. чланак*, стр. 267.

¹⁴ Чл. 4. ст. 2. Закона о условима и поступку за прекид трудноће Црне Горе из 2009. године.

¹⁵ Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама – ЗПТ, Службени гласник РС, бр. 16/95, 101/2005.

абортус представља фармацеутску услугу, чији обим и начин примене одређује лекар. Прекид трудноће се врши употребом „лека“ *mifepristone*, некада познатог под називом *RU-486*, по иницијалима некадашње француске фармацеутске компаније која је медикамент развила почетком осамдесетих година прошлог века.¹⁶ Поменути медикамент се комбинује са „леком“ *misopristol*, који се накнадно уноси.¹⁷ У нашој држави, медикаментни прекид трудноће обавља се од 2001. године и може се вршити само до 7. недеље трудноће.¹⁸ Медикаментни или хемијски абортус се заснива на неименованом мешовитом уговору између одговарајуће здравствене установе и труднице. Поменути уговор садржи, поред уговора о делу и уговора о налогу и елементе уговора о закупу, с обзиром да се трудница мора одређено време задржати у болници. Услуга фармацеутског прекида трудноће се, по правилу, не везује за медицинске индикације, те је битан састојак уговора обавеза лекара да исцрпно обавести трудницу о могућим ризицима. Обавеза обавештавања је тим пре наглашена ако се има у виду да се ради о релативно новијем начину прекида трудноће на нашим просторима, који многим женама још увек представља непознаницу.

2.2. Врсте лекарских и фармацеутских услуга прекида трудноће

Прекид трудноће обавља се још од античких времена. Илустрације ради, чувен је уџбеник Гинекологије старогрчког лекара Сорануса са Ефеса из 2 века н.е., где се заговарао абортус помоћу одређених биљних купки, пуштања крви и механичким потресањем тела, али се противило употреби оштрих инструмената ради изазивања побачаја.¹⁹ Супротно Соранусовим назорима, данас се највећи део прекида трудноће у свету обавља лекарским услугама које подразумевају хируршку интервенцију. Ипак, све већи значај у структури „здравствених“ услуга прекида трудноће добија и медикаментни или фармацеутски абортус. Сходно томе, може се рећи да се у односу на средство или начин обављања абортуса данас

¹⁶ Капамација, А., *et al.*, *Абортус лековима – савремена метода прекида трудноће*, Медицински преглед, Нови Сад, бр. 1-2/2010, стр. 65.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Стојнић, Ј., *et al.*, *Медикаментни абортус mifepristonom и misoprostolom у Србији и Црној Гори*, Војносанитетски преглед, Београд, бр. 6/2006, стр. 558.

¹⁹ Соранус је препоручивао да се жути себој, кардамон, сумпор, пелин и мирисна смола у једнаким количинама измрве у воду и користе приликом купања труднице која је намеравала извршити абортус. Видети: Soranus, *Gynecology* (tr. Temkin, Eastman, Edelstein, Guttmacher), The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1991, стр. 68.

разликују лекарске и фармацеутске услуге прекида трудноће. У оба случаја активност лекара одговарајуће специјализације игра одлучујућу улогу. Међутим, код лекарских услуга абортуса у ужем смислу, прекид трудноће је последица непосредне активности самог лекара у виду одговарајуће хируршке интервенције. У случају фармацеутског абортуса, на лекару је обавеза прописивања примене самог лека, али до прекида трудноће долази деловањем одговарајућих лекова, а не услед рада, односно посла који непосредно обавља сам лекар. Због тога ће се оваква врста услуге означити као фармацеутска услуга прекида трудноће. Приликом сагледавања врста здравствених услуга прекида трудноће, најпре треба поћи од лекарских, односно хируршких услуга абортуса.

Лекарске услуге прекида трудноће подразумевају неколико различитих врста оперативних захвата на телу труднице. У том смислу, може се разликовати више инвазивних техника којима се хируршким путем уништава ембрион или фетус. Најпознатији хируршки вид абортуса је свакако абортус путем евакуације и киретаже. У најкраћим цртама, у случају евакуације се најпре увећава женин грлић материце, а затим се садржај материце испражњава поступком сукције или исисавања. Код киретаже, такође се одговарајућим инструментима прошири канал грлића материце, а затим се киретом саструже матична слузница. Друга позната техника лекарског прекида трудноће хируршким путем јесте абортус вакуумском аспирацијом. Применом ове технике кроз матично грло (цервикс) уводи се одговарајућа цев, а затим се садржај материце исисава.²⁰ Ипак, са моралног и етичког становишта, најпроблематичнија је техника интактне дилатације и екстракције, која се често означава као „делимични пород-побачај“. Ова лекарска услуга врши се у случајевима „касих абортуса“, када је дете способно за ванматични живот. Фетус се најпре извлачи из вагине, а садржај лобање се исисава што усмрћује фетус, након чега се уклања тело детета. Треба нагласити да је поменута лекарска услуга по начину извођења знатно ближе порођају „царским резом“ него абортусу, с тим што је у првом случају циљ смрт, а у другом живот фетуса. Због стадијума у коме се изводи и самог начина вршења прекида трудноће, „абортус“ дилатацијом и екстракцијом се забрањује у многим државама.²¹

Међутим, као што је речено, развој фармацеутске индустрије омогућио је да се прекид трудноће обавља и путем уговора о фармацеутским услугама. Државе које су прве легализовале поменути начин прекида трудноће, биле су Француска и Кина 1985. године, а до данас је прекид трудноће „лековима“

²⁰ О техникама лекарске услуге прекида трудноће видети: Herring, J., *нав. дело*, стр. 262.

²¹ Абортус <http://sh.wikipedia.org/wiki/Abortus>, 20. фебруар, 2011.

признат у преко 35 држава света, укључујући и Србију.²² Као што је већ речено, фармацеутска услуга прекида трудноће обавља се, по правилу, сукцесивним уносом лекова *mifepriston* и *misoprostol*. На овај начин блокира се хормон потребан да омогући имплантацију оплођене јајне ћелије у зид материце.²³ Углавном се фармацеутска услуга прекида трудноће на овај начин може обавити до 7. недеље трудноће, са изузетком Шведске која допушта медикаментни абортус све до 9. гестацијске недеље.²⁴ Прекид трудноће одговарајућим фармацеутским услугама препоручује и Светска здравствена организација.²⁵ Стога се може претпоставити да ће овај вид абортуса постепено заузимати све већи удео у укупном броју извршених прекида трудноће.²⁶ На крају, посебно треба истаћи да обављање фармацеутских услуга абортуса у нашој земљи намеће потребу измена садашњег или доношења новог законодавства о прекиду трудноће. Још увек важећи Закон о поступку прекида трудноће у здравственим установама посматра услугу прекида трудноће само као хируршку интервенцију.²⁷ Због тога се поменути закон не може примењивати на фармацеутске услуге прекида трудноће.

Досадашње излагање посматрало је проблем прекида трудноће преваходно из угла труднице, односно лекара који обавља наведену услугу. Међутим, оно што изазива највише дилема и спорења у теорији и законодавној пракси јесте правни положај нерођеног детета. Познато је да дете данас представља централни субјект породичноправних односа, те да целокупно право у највећој мери гравитира ка заштити права и интереса деце. При томе се правни принцип заштите „најбољег интереса детета“ уздиже на ранг врховног начела у праву, без обзира на карактер правних односа који се на посредан или непосредан начин тичу детета. Због тога, један од великих камена спотицања у правној теорији и законодавству чини проблем правног статуса нерођеног детета.

Када је реч о правним односима који се тичу прекида трудноће, начело „најбољег интереса детета“ може се посматрати из два угла. Први аспект је неспоран, у случајевима када се лекарска, односно фармацеутска услуга прекида трудноће пружа малолетној трудници. Друго поље примене принципа „најбољег интереса детета“ је спорно, а односи се на правну

²² Капамација, А., et al., *нав. чланак*, стр. 64.

²³ Herring, J., *нав. дело*, стр. 262.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Safe abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems, World Health Organization, Geneva 2003 <http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9241590343.pdf>, 18. фебруар 2011, стр. 35.

²⁶ У Француској, држави са најдужом традицијом медикаментних абортуса, фармацеутске услуге прекида трудноће чине близу 70% укупно обављених абортуса. Вид. Стојнић, Ј., et al., *нав. чланак*, стр. 561.

²⁷ Чл. 1. ЗПТ РС.

могућност примене наведеног начела у односу на нерођено дете. У наредном делу рада ће се анализирати управо проблем спорног вида примене принципа „најбољег интереса детета“.

3. „Најбољи интерес детета“ и нерођено дете у светлу права на прекид трудноће

Заштита „најбољег интереса детета“ данас представља фундаментално правно начело, утемељено на глобалном нивоу. За то је најзаслужнија Конвенција Уједињених нација о правима детета из 1989. године, као међународни уговор кога су ратификовале безмало све државе света.²⁸ Поменутом Конвенцијом предвиђа се да ће „у свим поступцима који се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне установе социјалног старања, судови, управни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета бити од првенственог значаја.“²⁹ Међутим, Конвенција о правима детета не даје потпуну дефиницију детета. Тако се у наведеној Конвенцији дете дефинише као „свако људско биће испод доби од 18 година, осим ако се законом који се примењује на дете пунолетство не стиче раније“.³⁰ Као што се може приметити, Конвенција одређује горњу, али не и доњу старосну границу појма детета. На овај начин, свесно се избегао одговор на питање да ли се права из Конвенције, укључујући и „најбољи интерес детета“, признају и нерођеном детету или дете њихов титулар постаје тек моментом рођења. Ипак, систематско тумачење целокупног текста Конвенције даје повода и за једну и за другу опцију у смислу одређивања момента када се стиче правни статус детета. За оне који желе показати да се Конвенцијом штите права и нерођене деце, кључни аргумент представља позивање на садржину преамбуле овог међународног уговора. У преамбули Конвенције се наводи како „дете, из разлога своје физичке или душевне незрелости, захтева нарочиту заштиту и негу, која обухвата и одговарајућу правну заштиту, како пре, тако и после рођења“.³¹ Наведени део преамбуле Конвенције заправо представља незнатно измењен принцип 4. Декларације о правима детета из 1959. године. Поменути принцип се, између осталог, прокламује да се „детету и његовој мајци има пружити посебна нега и заштита, која обухвата негу како пре рођења, тако и после рођења детета“. Ипак, познато је да Декларација о правима детета, као општи правни

²⁸ Конвенција о правима детета усвојена је Резолуцијом Генералне Скупштине Уједињених нација бр. 44/25 од 20. новембра 1989. године. Наша држава ратификовала је поменути Конвенцију већ 1990. године. Видети Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, Службени лист СФРЈ - Међународни уговори бр. 15/90.

²⁹ Чл. 3. ст. 1. Конвенције УН о правима детета из 1989. године.

³⁰ Чл. 1. Конвенције УН о правима детета из 1989. године.

³¹ Пасус 9. преамбуле Конвенције о правима детета из 1989. године.

акт који је претходио Конвенцији, није имала обавезујући карактер. Супротно томе, Конвенција о правима детета представља међународни уговор са обавезујућом правном снагом за све државе које су га ратификовале. Међутим, проблем представља што сама преамбула Конвенције о правима детета, која садржи наведену прокламацију о заштити нерођеног детета, нема обавезујућу правну снагу.³² Упркос томе што није правно обавезујућа, преамбула може послужити као средство за тумачење основног текста Конвенције. Ово је тачка на којој се разилазе ставови правне теорије о томе штите ли се нормама Конвенције и права и интереси нерођеног детета. По једнима, ако се правила Конвенције о правима детета тумаче у светлу преамбуле, јасно је да се права деце имају штитити и пре његовог рођења, укључујући и право детета на живот.³³ На тај начин, слободни абортус, предмет права на прекид трудноће жене, био би директно у супротности са Конвенцијом о правима детета. Истовремено, не би се могло говорити да је у одређеним случајевима прекид трудноће у „најбољем интересу“ самог нерођеног детета зато што би се оно родило као нежељено. Другим речима, не може се прихватити да о томе шта је „најбољи интерес нерођеног детета“ одлучује искључиво трудница која дете носи. Наиме, право на живот, односно развој детета представља једино право детета које се не може ограничити начелом „најбољег интереса детета“. Сходно томе, ако би се прихватио овакав став, прекид трудноће би једино био допуштен у ситуацијама када би представљао начин да се сачува живот малолетне труднице, којој би као детету такође припадало право на живот, односно развој.

Међутим, ставови оних правних писаца који заступају становиште да се Конвенција о правима детета не може, чак ни помоћу преамбуле, тумачити у светлу заштите права и интереса нерођеног детета односе правагу. Кључни адут наведених теоретичара представља историјско тумачење текста Конвенције. Тако се, пратећи поступак усвајања Конвенције, може приметити да је већина делегација била при ставу да се питање признавање правног статуса детета ембриону или фетусу остави отвореним.³⁴ Другим речима, творци Конвенције о правима детета оставили су самим државама-уговорницама да својим унутрашњим, националним законодавствима уреде питање евентуалног признавања правног статуса детета и нерођеном детету.³⁵ Сходно томе се и примена начела „најбољег интереса детета“ на нерођено дете

³² *Rights of the Pregnant Child vs. Rights of the Unborn under the Convention on the Rights of the Child* <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/volume22n1/documents/163-188.pdf>, 20. фебруар, 2011, 168.

³³ Чл. 6. ст. 1. Конвенције о правима детета из 1989. године.

³⁴ *Ibid.*, стр. 169 – 173.

³⁵ Изузетак су били ставови појединих делегација, од којих је најдаље отишла Италија предлажући да се правило из преамбуле о заштити нерођеног детета треба тумачити као императивно право зато што чини део опште савести држава чланица међународне заједнице. *Ibid.*, стр. 167.

препушта унутрашњим правним системима држава које су Конвенцију ратификовале. Ово је тим пре разумљиво ако се има у виду да наведено начело нема универзалну садржину, већ примена принципа „најбољег интереса детета“ у значајној мери зависи од вредносних и културолошких ставова одређеног друштва.³⁶ Због тога не треба чудити што поједине државе, истина малобројне, признају правни статус детета и нерођеној деци. Самим тим, у наведеним друштвима се начело „најбољег интереса детета“ простире и на преднатални период. Типичан пример представља право Ирске у чијем Уставу се истиче: „Држава признаје право на живот новорођенчету и уз дужно поштовање једнаког права на живот мајке, гарантује да ће својим законима то право поштовати и, у мери у којој је то оствариво, бранити га и штитити“.³⁷ За разлику од права Ирске, наше правни поредак има релативно дугу традицију признавања права на слободно родитељство, које укључује и право на прекид трудноће. Тако се Уставом Србије гарантује како „свако има право да слободно одлучи о рађању деце“.³⁸ Међутим, када се ради о праву на прекид трудноће, титулар права није „свако“, већ једино и искључиво трудна жена. Тиме се наш законодавац определио за већинску концепцију према којој се правни статус детета везује за његово рођење. Истовремено, на овакав начин дејство начела „најбољег интереса деце“ остаје изван сфере нерођеног детета.

Упркос томе, поједини имовинскоправни интереси детета се штите и пре његовог рођења, на пример, у наследном праву.³⁹ Због тога се у нашој правној теорији указује на проблем неподударности заштите личних и имовинских интереса нерођеног детета.⁴⁰

На основу реченог, може се закључити да је са становишта Конвенције о правима детета легитимно како ирско, тако и решење које усваја наш правни поредак. Дакле, примена начела „најбољег интереса детета“ у смислу заштите личних интереса нерођеног детета зависи од моралних и културолошких вредности конкретног друштва. На крају крајева, и Европски суд за људска права признаје вредност наведених аргумената када у одлуци *ABC* против Ирске из 2010. године наводи: „Забрана абортуса у Ирској из разлога здравља или добробити заснива се на изграђеним моралним вредностима ирског народа у погледу права нерођеног детета на живот“.⁴¹ Као што се може видети, када се ради о правном уређењу статуса нерођеног детета наспрам права на прекид трудноће, не постоји пут, него путеви.

³⁶ Boele-Woelki, K., et al., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, стр. 36.

³⁷ Чл. 40. ст. 3. тач. 3. Устава Ирске.

³⁸ Чл. 63. ст. 1. Устава Републике Србије - УРС, Службени Гласник бр. 83/06.

³⁹ Чл. 3. ст. 2. Закона о наслеђивању Републике Србије – ЗОН РС, Службени Гласник бр. 46/95, одлука Уставног суда РС, ИУ бр. 358/95, 101/03.

⁴⁰ Водинелић, В., *нав. чланак*, стр. 15.

⁴¹ Видети фн. 8.

Veljko Vlašković, LL.M., An Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac

SERVICES OF MEDICAL AND PHARMACEUTICAL TERMINATION OF PREGNANCY AND "THE BEST INTERESTS OF THE CHILD" PRINCIPLE

Summary

Nowdays, in great majority of countries, termination of pregnancy or abortus is considered as a medical service that arises from the termination of pregnancy contract concluded between a doctor and a pregnant woman who wishes to end her pregnancy. With further development of technology in the field of pharmacy, it is now possible to end one's pregnancy using the pharmaceutical drugs such as mifopristone or misopristol. Since 2001, such service of pharmaceutical abortus has been available in Serbia as well. However, Serbian Law on procedure for termination of pregnancy involves only medical (surgery) services of abortus. Thus, there is a strong need to amend the existing Law on termination of pregnancy in Serbia or to adopt a new Law that would encompass all the pharmaceutical innovations in this area.

On the other hand, this paper reopens the eternal dilemma who should have the the advantage in the field of abortus law. Should it be a pregnant woman with her right of choice, or should the law favorize the right to life of an unborn child? This problem is analysed in the context of "the best interests of the child" principle, established by the rules of The United Nations Convention on the Rights of the Child (1989). The mentioned Convention does not provide the full definition of a child because it does not give us the answer what is the starting point for acquiring the legal status of a child. Using the method of historical interpretation of the Convention text, we may come to conclusion that such indeterminacy was intended in order to leave every single state-party a free space for own national legislation to regulate this matter in a way they find proper. So, Serbian legislator use this possibility to limit the application of "the best interests of the child" principle only to born children. Transferred to the field of abortus law, it means that our country recognizes and support the right of a pregnant woman to termination of her pregnancy. This is often called a voluntary abortion and it can be performed until the 10th week of conception.

Key words: *medical service, pharmaceutical service, termination of pregnancy, the best interests of the child.*